

ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 43 - número 97 - 2018

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Género y Derechos

Diana Maffía y Patricia L. Gómez

Coordinadoras

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 43 - número 97 - 2018

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Género y Derechos

Diana Maffía y Patricia L. Gómez

Coordinadoras



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2018
© AbeledoPerrot S.A., 2018
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 210 ejemplares

ISSN 0326-7431

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO, UBA

Directores:

Roberto Guillermo Moncayo

Pedro Aberastury

Marta Rosa Vigevano

Secretaría de Redacción:

Emiliano Buis

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

Marcelo Alegre (UBA)

Laurence Boisson de Chazournes (Université de Genève)

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

José Casas (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Diana Maffía (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Pedro Nikken (Universidad Central de Venezuela)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldí Cabanillas (UBA)

Edmundo Vargas Carreño (Universidad Nacional de Chile)

María Elsa Uzal (UBA)

Daniel Vítolo (UBA)

COMITÉ EVALUADOR

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Edgardo Donna (UBA)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Andrea Gastrón (UBA)

Silvina González Napolitano (UBA)

Carla Huerta (UNAM, México)

Patricia Llerena (UBA)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Fabián Salvioli (Universidad Nacional de La Plata)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

Colaboradores del Consejo Editorial

Natalia Luterstein

Revisión de títulos, resúmenes y palabras claves en Inglés

Marcos Kotlik

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano: Alberto J. Bueres

Vicedecano: Marcelo Gebhardt

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares: Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

Consejeros Suplentes: Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina/ Alejandro Norberto Argento

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

Consejeros Suplentes: Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

Consejeros Suplentes: Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

SECRETARIOS

Secretaría Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: Marcelo Haissiner

SUBSECRETARIOS

Subsecretario Académico: Lucas G. Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz

Subsecretaria de Planeamiento Educativo: Noemí Goldsztern de Rempel

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Luis R. J. Sáenz

Secretario: Jonathan M. Brodsky

ÍNDICE
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
AÑO 43, NÚMERO 97, 2018, BUENOS AIRES

PRESENTACIÓN

DIANA MAFFÍA Y PATRICIA L. GÓMEZ: Género y derechos	3
---	---

DOCTRINA

CAROLINA PATRÓN: Igualdad ante la ley. Subjetividad y neutralidad con mirada de género.....	11
MARIANO FERNÁNDEZ VALLE: La protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana	37
EULALIA PÉREZ SEDEÑO: Terrorismo y estereotipos de género	55
MARÍA LAURA LASTRES: Sobre la banalidad del mal en la violencia de género cuando los estereotipos son los cimientos de la banalidad	75
ROSEMARY AUCHMUTY: La experiencia de la disolución civil: no es exactamente “lo mismo que un divorcio”.....	99
MARÍA FLORENCIA ZERDÁ y MARINA BENÍTEZ DEMTSCHENKO: Violencia de género digital.....	133
CLAUDIA HASANBEGOVIC: Ataques a la libertad. Violencia de género económico-patrimonial contra las mujeres.....	167
BEATRIZ KOHEN: Participación femenina en los tribunales internacionales de derechos humanos. Realidades y argumentaciones	199
JAVIERA ARCE RIFFO: Abriendo la caja negra de los partidos políticos chilenos: expresiones de la desigualdad de género en la militancia política.....	217
SARAI MIRANDA JUÁREZ: Motivos del trabajo infantil de las niñas, los niños y las/os adolescentes ocupadas/os en el Estado de Chiapas, México. Diferencias por género.....	239

WALTER ALONSO BUSTAMANTE TEJADA: La jurisprudencia constitucional colombiana sobre intersexuales y transexuales. Puesta en jaque a la heterosexualidad normativa	259
EMILIANO LITARDO: La ley y el sexo. La ley de identidad de género y su potencia emancipatoria.....	287
ELEONORA LAMM: Los Principios de Yogyakarta +10 y la autonomía reproductiva. Deconstruyendo biología y deconstruyendo roles. Madres, padres y padres.....	315
IÑAKI REGUEIRO DE GIACOMI: Derecho a decidir: el derecho a tener sexo de las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial.....	331
LUCÍA CICCIA: Neurociencias y aborto: reinterpretao el concepto jurídico de persona desde una epistemología feminista.....	353
SONIA ARIZA NAVARRETE: La objeción de conciencia sanitaria: un estudio exploratorio sobre su regulación.....	373
LORENA BALARDINI, LAURA PAUTASSI, LILIANA RONCONI y MARTÍN SIGAL: La institucionalización del enfoque de género en la Facultad de Derecho...	405

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Blas Radi y Mario Pecheny (coordinadores), <i>Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</i> , Observatorio de género en la justicia CABA y Editorial Jusbares, 2018, comentario de MARÍA ALUMINÉ MORENO.....	423
Julieta Di Corleto (compiladora), <i>Género y Justicia Penal</i> , Didot, 2017, comentario de MARÍA FLORENCIA SOTELO.....	427
Apéndice. Pautas para la presentación de originales	431

INDEX
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
YEAR 43, NUMBER 97, 2018, BUENOS AIRES

PRESENTATION

DIANA MAFFÍA Y PATRICIA L. GÓMEZ: Genre and Rights	3
--	---

DOCTRINE

CAROLINA PATRÓN: Equality before the Law. Subjectivity and neutrality with a gender perspective	11
MARIANO FERNÁNDEZ VALLE: The protection against discrimination based on sexual orientation and gender identity in the case law of the Inter-American Court of Human Rights	37
EULALIA PÉREZ SEDEÑO: Terrorism and gender stereotypes	55
MARÍA LAURA LASTRES: About the banality of evil in gender-based violence: when gender stereotypes are the foundations of banality.....	75
ROSEMARY AUCHMUTY: The experience of civil partnership dissolution: not ‘just like divorce’	99
MARÍA FLORENCIA ZERDÁ and MARINA BENÍTEZ DEMTSCHENKO: Digital gender-based violence.....	133
CLAUDIA HASANBEGOVIC: Attacks against freedom. Economic-patrimonial gender-based violence against women.....	167
BEATRIZ KOHEN: Women’s participation in International Human Rights Courts. Realities and arguments	199
JAVIERA ARCE RIFFO: Opening the black box of chilean political parties: expressions of gender inequality in political activism.....	217
SARAI MIRANDA JUÁREZ: Reasons for child and adolescent labor in the state of Chiapas, Mexico. Gendered-based differences.....	239

WALTER ALONSO BUSTAMANTE TEJADA: The Colombian Constitutional case law on intersex and transsexual persons. Normative heterosexuality in check	259
EMILIANO LITARDO: Law and sex. The gender identity act and its emancipatory power.....	287
ELEONORA LAMM: The Yogyakarta principles +10 and reproductive autonomy. Deconstructing biologies and deconstructing roles. Mothers, fathers and parents.....	315
IÑAKI REGUEIRO DE GIACOMI: The right to decide: the right to have sex for women with intellectual and psychosocial disabilities	331
LUCÍA CICCIA: Neuroscience and abortion: reinterpreting the legal concept of person from a feminist epistemology	353
SONIA ARIZA NAVARRETE: Sanitary conscientious objection: an exploratory study on its regulation.....	373
LORENA BALARDINI, LAURA PAUTASSI, LILIANA RONCONI and MARTÍN SIGAL: The institutionalization of the gender approach in the Faculty of Law	405

BOOK REVIEWS

Radi, Blas y Pecheny, Mario, <i>Transvestites, transsexual women and Tribunals: do justice in the Autonomous City of Buenos Aires</i> , Buenos Aires, Ed. Jusbaire, Año 2018, comment of MARÍA ALUMINÉ MORENO.....	423
Di Corletto, Julieta, <i>Genre and Criminal Justice</i> , Buenos Aires, Ed. Didot, Año 2017, comment of FLORENCIA SOTELO.....	427
Guidelines for the submission of articles.....	437

PRESENTACIÓN

GÉNERO Y DERECHOS

Cuando hace un año la Dra. Marta Vigevano nos convocó a organizar un número temático sobre género de la *Revista Jurídica*, nos enfrentamos a un desafío estimulante: por un lado, incorporar reflexiones e investigaciones en torno a los géneros en una publicación con más de cincuenta años de trayectoria en los espacios académicos, y, por otra parte, la posibilidad de reunir perspectivas novedosas en los feminismos jurídicos, para dar cuenta de la necesidad de pensar la interseccionalidad del género y los derechos.

Las personas invitadas a participar en este volumen fueron convocadas teniendo en cuenta la importancia de dar luz sobre las sombras de esa interseccionalidad y, para ello, la interdisciplinariedad juega un papel fundamental en las reflexiones que aquí se presentan. Asimismo, fue un espacio oportuno para difundir dos de los trabajos finales presentados en el Programa de Actualización en Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que este año se encuentra desarrollando su sexta cohorte. A lo largo de esta revista, los temas de los artículos fueron solicitados teniendo en cuenta la pluralidad de sujetos y de situaciones que se constituyen y organizan en torno al respeto de los derechos humanos. Es por ello que el *leit motiv* de la convocatoria fueron los derechos de las personas como sujetos susceptibles de equidad y trato digno.

Los artículos fueron organizados en diez ejes articuladores que no pretenden ser exhaustivos ni excluyentes de otras perspectivas, pero que dan cuenta de algunas de las discusiones recientes, tanto conceptuales como en términos de consecuencias normativas¹.

Comenzamos con dos artículos en torno a la *igualdad y no discriminación*. Desde la última década del siglo XX, ambos principios se entienden como parte de una misma relación entendiendo la igualdad como sustantiva en un contexto de goce de los derechos humanos y no exclusivamente como igualdad de *iure*. Carolina Patrón abre la revista presentando las diferentes interpretaciones del concepto de igualdad que se presentan desde el ámbito jurídico y desde la teoría feminista, con el objetivo de construir un principio jurídico que dé cuenta de las

¹ Entre las discusiones recientes, se encuentra el debate en torno al lenguaje inclusivo. En esta publicación se presentan varias estrategias de uso, respetando la voluntad de quienes escribieron los artículos de este ejemplar.

diferencias sin transformarlas en desigualdades, lo que presenta desafíos interpretativos. Con esta lógica, *Mariano Fernández Valle* nos ofrece una síntesis de la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la discriminación por orientación sexual, analizando exhaustivamente casos emblemáticos por la importancia que los mismos tienen tanto a nivel regional como para cada uno de los países.

Continuamos con el eje sobre *estereotipos de género* en el convencimiento que los principios de igualdad y no discriminación pierden su razón de ser ante la persistencia de arquetipos viriles (una de cuyas condiciones es la racionalidad) y, por ello, los dos artículos presentados en este eje ponen foco sobre la supuesta irracionalidad de los sujetos. Por su parte, *Eulalia Pérez Sedeño* nos acerca de un tema muy poco abordado: el papel de las mujeres en los movimientos y/o acciones terroristas. Las mismas suelen ser presentadas como una excepción irracional, resultado de asignar a las mujeres valores intrínsecos a la ética del cuidado. Mientras tanto, *María Laura Lastres* analiza los estereotipos de género a través de los mitos que construyen al victimario como un ser irracional, mientras las víctimas presentan distintos perfiles: desde la “perfecta” que no tiene mácula o la “propiciatoria”, es decir aquella sobre la que se sospecha que su forma de vida la hace depositaria de su agresión.

Los estereotipos estén muy vinculados a barreras para ejercer la autonomía de las personas. Por ello, a continuación, se presenta el abordaje de la *autonomía en las relaciones de pareja*, a través del artículo de *Rosemary Auchmuty* en el que analiza las diferencias entre la disolución civil y el divorcio en Reino Unido, centrándose en las concepciones jurídicas de las parejas del mismo sexo y sus experiencias a la hora de finalizar sus uniones civiles, a través de entrevistas en profundidad realizadas a quienes realizaron las primeras uniones civiles y disolvieron dicho vínculo legal. La originalidad del artículo reside en mostrar cómo las experiencias de las personas homosexuales han sido históricamente puestas en los márgenes (o directamente, excluidas) del pensamiento jurídico hegemónico y las consecuencias que ello presenta a la hora de la disolución de una pareja cuando el único modelo existente es el del divorcio de parejas heterosexuales.

Entendiendo que la autonomía es fundamental para una vida libre de violencias, se presentan análisis sobre distintas expresiones de la *violencia de género*, el artículo de *María Florencia Zerdá* y *Marina Benítez Demtschenko* abre el tercero de los ejes que se incluyen en este volumen con un tema poco abordado en la literatura especializada y con escasos casos en el litigio: la “sextorsión”. Este término de nuevo cuño es expresión de las ciberviolencias, a través de chantajes en plataformas digitales con amenazas o actos de publicación de imágenes privadas de las víctimas, obtenidas con o sin su consentimiento, vinculadas a su actividad sexual; o en formas de acoso virtual. En la misma línea de formas poco abordadas de la violencia de género, el artículo de *Claudia Hasanbegovic* se concentra en las formas económico-patrimoniales de violencia

contra las mujeres y sus hijos como ataque a la autonomía de las mismas para una vida libre de violencias. La autora presenta un exhaustivo relevamiento de estudios nacionales e internacionales y la jurisprudencia argentina al respecto, llamando a un compromiso judicial con un marco normativo de respeto de los derechos humanos de las mujeres y les niñas.

El campo de los reconocimientos abre un nuevo eje: la participación de las mujeres en las instituciones. Beatriz Kohen pone su aguda mirada en los tribunales internacionales de derechos humanos, presentando los argumentos a favor de una participación igualitaria en la composición de dichos tribunales y las formas de participación de las mujeres en los mismos. La autora aboga por la implementación de medidas de acción afirmativas en vistas de los mecanismos informales que operan negativamente para una composición equitativa en un sistema jurídico dominado por la masculinidad hegemónica. Esos mecanismos informales son los que aborda *Javiera Arce Riffo* en los partidos políticos chilenos, registrando las barreras para que las mujeres puedan competir libre y exitosamente. La autora caracteriza estos impedimentos como una carrera femenina de obstáculos a sortear primero el más difícil que se presenta al interior del partido, y en segundo término dentro de las coaliciones electorales. Estos obstáculos son los que conspiran contra las cuotas de género como mecanismo de acción afirmativa frente a la ausencia de ética partidaria comprometida con la igualdad.

Cuando de exclusiones se trata, aquellas vinculadas con la edad ponen de relieve la situación de niñas y adolescentes. En el eje de trabajo e infancia, *Sarai Miranda Juárez* describe las unidades domésticas chiapanecas (México) como oferente de fuerza de trabajo y, simultáneamente, como el espacio en que se materializa el trabajo de niñas y niños, lo que puede ser presentado como un oxímoron. Asimismo, complejiza el ejercicio de los derechos de este grupo de sujetos en contextos de vulnerabilidad económica y social y da cuenta de las características de la organización androcéntrica de la sociedad, concluyendo que el ingreso muy temprano al mundo del trabajo es consecuencia de insuficiencia de los ingresos de los hogares para sufragar los gastos personales y costos escolares, y la conceptualización de niñas y niños como fuerza de trabajo.

Pero, ¿qué sucede cuando el reclamo por los derechos ya no parte de una distinción entre mujeres y varones cis? La relevancia de los desafíos jurídicos al binarismo sexual y a la heteronorma se presenta a través del recorrido que realiza *Walter Alonso Bustamante Tejada* desde las construcciones de la heterosexualidad dicotómica y biológica durante el siglo XX en Colombia, determinando la legitimidad de cuerpos e identidades, hasta el enfrentamiento de dichas construcciones en la Corte Constitucional durante los últimos 25 años. Lo interesante del planteo presentado en el artículo es que el reconocimiento jurídico de la intersexualidad y la transexualidad refieren tanto a las luchas de los sujetos como a la jurisprudencia que ha generado grietas y cuestionamientos a la heteronormatividad. En la misma línea de recorrido jurídico, *Emiliano Litardo*

analiza el derecho a la identidad de género desde su genealogía en Argentina, las formas de vinculación con sujetos de derecho que se encontraban excluidos en la práctica. Para ello realiza un análisis de las relaciones entre el biopoder del discurso médico hegemónico y las definiciones normativas de la diferencia sexual del discurso jurídico, y avanza en las formas de interpretación y aplicación de la Ley 26.743, de identidad de género, con un enfoque de derechos. En el cierre, el autor nos presenta una serie de interrogantes a manera de desafíos legales y políticos, sobre la utilidad de la pervivencia del marcador ‘sexo’ en las normas, cuando a todas luces deja de ser un sostén jurídico y el criterio binario de clasificación solo puede presentarse a través de genitalidad médica.

Con los argumentos expuestos frente al binarismo y la heteronormatividad, ingresamos en el eje de la autonomía sexual y reproductiva de la mano de dos personas especialistas sobre la cuestión. Por un lado, *Eleonora Lamm* nos presenta el derecho a formar una familia a través del acceso a las tecnologías reproductivas, con independencia de la orientación sexual y/o la identidad de género de las personas involucradas, y cómo el ejercicio de ese derecho ha producido una deconstrucción de los roles estereotipados desde la biología. Partiendo de los Principios de Yogyakarta +10, la autora plantea que la lógica sexual binaria es cuestionada también desde las relaciones sociales y ello pone en jaque las categorías de maternidad y paternidad. Si bien legislación argentina ha dado un paso significativo en la modificación del Código Civil y Comercial al introducir la categoría de voluntad procreacional, la autora argumenta que la deconstrucción también debe afectar las bases culturales y propicia la supresión del sexo como categoría jurídica. Por su parte, *Iñaki Regueiro de Giacomi* nos propone analizar la autonomía de las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial y la privación de su ejercicio en distintos planos, como el sexual y el reproductivo. El artículo pone de manifiesto las dificultades de la interseccionalidad de las agendas de género y de discapacidad, poniendo el foco en el aborto no punible y su implicancia en el derecho a tener sexo, y una mirada diferente sobre las interpretaciones jurídicas artículos doctrinarios y fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pero la autonomía en sus distintos aspectos no puede pensarse sin el horizonte de una bioética feminista. Para ello, los artículos que integran este eje refieren a la interrupción voluntaria del embarazo desde dos problemas éticos. Por un lado, *Lucía Ciccía* reinterpreta el concepto jurídico de persona humana a la luz de los conceptos de vida y de muerte, desde una perspectiva muy original como resultante de la extrapolación de vida clínica. La autora analiza la forma en que la ciencia moderna establece un sistema de valores dicotómicos para definir la vida y la muerte centrado en la actividad cerebral del sujeto y cómo los mismos son utilizados por el Derecho para la determinación de los límites de la persona humana, fundándose normativamente en descripciones biologicistas interpretadas como “neutrales”. Nos presenta un nuevo formato de las interacciones de saberes médicos y jurídicos como discursos fundantes del poder. Desde

otro aspecto ético, *Sonia Ariza Navarrete* presenta la objeción de conciencia en el ámbito sanitario frente a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo y a los derechos sexuales y reproductivos, así como frente a la eutanasia. A diferencia de la objeción frente a otros fenómenos como los conflictos bélicos, en el ámbito de la salud supone un riesgo para los derechos de otras personas, como es el caso de las mujeres, niñas y adolescentes y constituye un obstáculo para el ejercicio y disfrute de los mismos. Para ello, la autora analiza las características de las regulaciones frente al fenómeno en más de cincuenta países para dar cuenta de la evidencia empírica para que permitan delinear políticas públicas relativas a la objeción de conciencia, evitando la indeterminación que obstaculizan los derechos de pacientes.

El último de los ejes nos lleva a pensar en las formas de institucionalización del género y los derechos. Por ello, presentamos una de las aproximaciones institucionales que se lleva adelante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como uno de los caminos virtuosos a recorrer con la mayor prontitud, especialmente por la comprensión de la agenda académica de género con un enfoque de derechos humanos. *Lorena Balardini, Laura Pautassi, Liliana Ronconi y Martín Sigal* presentan los resultados del diagnóstico sobre el estado de situación de la transversalización del enfoque de género y derechos humanos en el ámbito académico, a través de una iniciativa conjunta del Programa de Género y Derecho y el Centro de Derechos Humanos, que reunió a profesores y profesoras de la Facultad. En términos generales, concluyen en la necesidad de potenciar acciones internas sin duplicarlas, avanzando en enfoques transversales que transformen las actuales prácticas en la enseñanza del derecho, así como las relaciones al interior de la comunidad que presenta segregación vertical y horizontal.

Para finalizar, se presentan los comentarios de dos libros de reciente publicación y estrechamente vinculados con el tema de trabajo de este número de la revista. *Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, compilado por Blas Radi y Mario Pecheny, es una publicación del Observatorio de Género en la Justicia y Editorial Jusbaire, cuya reseña realizó *María Aluminé Moreno*. Por su parte, *María Florencia Sotelo* nos acerca la compilación de Julieta Di Corletto titulada *Género y derecho penal* publicada por Ediciones Didot.

Dado que los años que llevamos trabajando juntas en feminismos académicos ya se cuentan por décadas, agradecemos a muchas personas que han hecho posible la concreción de este proyecto editorial. En primer lugar, a *Marta Vígevano* por su convocatoria a preparar un número temático de *Revista Jurídica* sobre género y derechos. Su confianza ha supuesto un desafío de articulaciones y sinergias muy importante. En segundo lugar, nuestro muy especial agradecimiento a *María Eugenia Poggio* por su compromiso y dedicación a lo largo de todo el proceso de compilación, corrección y edición, porque sin su colaboración este número de la *Revista* no sería posible.

A *María Agustina Allori* por su rigurosidad y celeridad en la traducción del texto de Rosemary Auchmuty y a *Beatriz Kohen* y *Aluminé Moreno* por las revisiones de dicha traducción. Beatriz tuvo la buena idea de incluir el excelente artículo de Rosemary, quien se esforzó personalmente para lograr la autorización de publicación.

A *Eulalia Pérez Sedeño* por sus gestiones ante el Consejo de *Isegoría*, para reproducir su artículo sobre terrorismo.

Y por supuesto a cada una de las autoras y autores por aceptar el desafío de reflexionar y compartir sus ideas en torno a las intersecciones del género y los derechos.

DIANA MAFFÍA y PATRICIA L. GÓMEZ

DOCTRINA

IGUALDAD ANTE LA LEY. SUBJETIVIDAD Y NEUTRALIDAD CON MIRADA DE GÉNERO

Por CAROLINA PATRÓN*

Resumen:

El presente artículo busca poner en diálogo algunas discusiones en torno al principio de igualdad en tanto derecho humano fundamental y sus dificultades, si es que las tiene como tal, para efectivizar la igualdad real. Se analizarán las características morales de los derechos humanos y especialmente el carácter moral de la igualdad como derecho humano fundamental. Concepto y concepción de la igualdad tienen diferentes significados tanto en el mundo jurídico como en los estudios de género y la teoría feminista. Brevemente se expondrá cómo el concepto de igualdad, desde diferentes enfoques se vincula, dialoga y relaciona con un principio jurídico que se constituye como derecho humano fundamental, pero que como principio jurídico general habilita diversas interpretaciones exponiendo las dificultades existentes en la consolidación de igualdad real. El objetivo es favorecer la reflexión en torno a los caminos posibles para la construcción de un principio que no reproduzca, ni transforme en desigualdad las diferencias ni la diversidad.

Palabras clave:

Igualdad, moral, derecho, neutralidad, feminismo.

EQUALITY BEFORE THE LAW. SUBJECTIVITY AND NEUTRALITY WITH A GENDER PERSPECTIVE

Abstract:

This article establishes a dialogue between some discussions on the principle of equality as a fundamental human right and its difficulties, if any, to effect real equality. It

* Doctora (c) en Estudios de Género, CEA - UNC (ARG). Lic. en Ciencia Política UDELAR (URU). A marzo 2018, Coord. del Grupo de Políticas de Género de la Suprema Corte de Justicia - Uruguay. Agradezco a Diana Maffía por su gran generosidad y guiarme en el camino de soñar un mundo donde la igualdad sea una realidad para todxs.

analyzes the moral characteristics of human rights and, especially, the moral character of equality as a fundamental human right. In the legal world, as well as in gender studies and feminist theory, the concept and conception of equality have different meanings. The piece will briefly explain how, through different approaches, the concept of equality, is linked, dialogues and relates to a legal principle that is constituted as a fundamental human right —but as a general legal principle it enables different interpretations, exposing the existing difficulties in the consolidation of real equality. The objective is to favor reflection on the possible paths for the construction of a principle that does not reproduce inequality, nor transforms differences or diversity into inequality.

Keywords:

Equality, morals, law, neutrality, feminism.

INTRODUCCIÓN

La igualdad es un concepto esencial de la democracia por medio del cual se fundamentan la ética, las leyes y constituciones nacionales. Al mismo tiempo, aunque resulte paradójico, bajo un presunto velo de neutralidad, afecta los derechos de algunos grupos de personas, particularmente de las mujeres.

Claramente las diferencias entre las personas, esas que nos hacen ser únicas e irrepetibles no están aquí en cuestión, muy por el contrario, son esas diferencias las que deben ser protegidas en honor a la igualdad. El problema radica en la desigualdad y en aquellas herramientas teóricas, jurídicas, sociales y culturales que reproducen la desigualdad como si se tratara de diferencias, utilizando para ello un velo de “neutralidad”.

La igualdad es un derecho humano, individual, pero también colectivo y como tal debe ser analizado y deconstruido. Abordaré algunas cuestiones que rodean al principio de igualdad como derecho humano fundamental y plantearé lo imprescindible que resulta el feminismo y en particular el feminismo jurídico para introducir una mirada crítica en la teoría y no solo en la práctica del derecho.

Aunque resulte muy recorrido el camino de la igualdad no hay tramos muy largos por donde caminar sin tropezar o caer en un pozo o una grieta. Por eso debemos continuar recorriéndolo, para identificar tanto los pozos como aquellas grietas casi invisibles por donde se filtra el agua y que un día sin que nos demos cuenta hacen que el camino entero colapse. La única forma de fortalecer la democracia es que el camino de la igualdad no tenga fisuras, resista y no admita reparaciones parciales o superficiales y analizar la construcción de la igualdad desde la teoría es comenzar a identificar esas grietas.

1. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO HUMANO - MORAL - FUNDAMENTAL

Hablamos de igualdad a diario aun cuando no mencionemos la palabra, o no tengamos intención de referirnos a ella. Y es que siempre que interactuemos con otra persona o revisemos nuestra historia personal, ella estará presente. A pesar del tiempo y de muchos esfuerzos por explicar qué significa y cómo materializar su significado en la vida de las personas, continúa siendo motivo de interés y preocupación por no lograr acuerdos sobre cómo materializarla.

La igualdad como idea nos remite a conceptos y concepciones diversas, por ejemplo, desde la matemática adoptaría un sentido de identidad en tanto dos objetos son iguales si son el mismo objeto, pero si al referirnos a la igualdad lo hacemos como principio jurídico, el objeto nunca será el mismo porque las personas son diferentes y diversas, es decir, únicas.

Ello hace más complejo su abordaje cuando esperamos que la igualdad incorpore las diferencias y la diversidad humana.

Aunque insuficiente, existe un mínimo consenso en torno al concepto de igualdad dentro del pensamiento político actual, pero existen divergencias en el enfoque respecto del “valor” de la igualdad. Es decir, desde las diferentes concepciones políticas, ideológicas y/o dogmáticas se comparte un umbral mínimo de igualdad en el que se encuentra la idea de igualdad ante la ley, como una idea moral y no estrictamente jurídica.

Pero qué es la igualdad como idea moral y cómo se construye esa moral que determina la idea de igualdad ante la ley.

Para exponer esta complejidad en torno a la definición y abordaje de la igualdad parece interesante realizar un ejercicio que Carlos Nino magníficamente planteó en torno a la pregunta “¿qué es el derecho?”. Permítaseme intentar hacer una analogía entre la brillante respuesta de Nino, ahora con la pregunta ¿qué es la igualdad?

Una de las primeras cuestiones planteadas por Nino¹ era la dificultad de los propios juristas para definir su objeto de estudio. Para responder a ello, esbozaba una hipótesis vinculada a cierta filiación de éstos con una concepción sobre el vínculo entre el lenguaje y la realidad, que implica ideas poco precisas sobre los presupuestos que han de tenerse en cuenta al definir un concepto o expresión del lenguaje, como puede ser “derecho”, o en este caso “igualdad”.

Esta idea de vínculo o relación entre lenguaje y realidad expresa que los conceptos manifiestan “una esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos”². Ello significaría que existe una sola forma de definir una palabra y que se accede a dicha definición a través de una “intuición intelectual”

¹ NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada, 12ª impresión, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 11.

² *Ibid.*, p. 11.

impresa en el significado propio de la expresión, por lo que definir un concepto es un acto descriptivo de determinados hechos.

La igualdad no ha escapado a esta lógica de significación y, por lo tanto, ha estado impregnada durante mucho tiempo por la idea de que existe una conexión metafísica entre el nombre de un objeto del pensamiento y lo que se nombra, y para quienes se afilien a esta idea, desconocer dicha conexión implicaría riesgos.

Nino plantea que esta idea se contrapone a una concepción convencionalista propia de la filosofía analítica, donde la creencia se sitúa en que la relación entre el lenguaje y la realidad es un establecimiento del hombre. Para esta concepción la igualdad puede ser nombrada de diferentes maneras, porque las cosas tendrán “propiedades esenciales” siempre que las personas hagan de ellas requisitos o condiciones necesarias para el uso de una palabra; o sea, es una decisión humana y como tal puede ser modificada³.

A estas dos visiones y para ampliar la complejidad de la respuesta, Nino incluye la ambigüedad de la palabra “derecho”, ambigüedad compartida también con la palabra “igualdad”. Los diferentes usos y significados que adoptan tanto la palabra derecho como igualdad establecen sistemas de interpretación diversos sobre una misma palabra, según el contexto en que sea utilizada.

Luego, Nino nos enfrenta a la “carga emotiva” de la palabra derecho, indicando que ello perjudica su significado cognoscitivo y expresa “porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable”⁴.

La igualdad como concepto también tiene una carga emotiva que perjudica su significado cognoscitivo. Por ejemplo, si una persona imprime a la igualdad un sentido restrictivo, estará considerando como válida la idea de que solo algunos serán iguales a él y, por lo tanto, merecedores de sus mismos derechos.

Este ejercicio es interesante para considerar algunas dimensiones de la igualdad, sobre todo para pensar en ella tomando en cuenta su complejidad y comprender que la misma se hace reflejo en la realidad en tanto su goce efectivo como derecho humano fundamental tiene aún muchas dificultades.

El ejercicio que Nino nos invita a hacer en torno a la definición de la palabra “derecho” y que se plantea aquí para la “igualdad” tiene que ver también con las concepciones que nacen del iusnaturalismo y el positivismo jurídico y, sobre todo, con el vínculo entre los fenómenos jurídicos y los valores morales o entre derecho y moral.

Las controversias entre iusnaturalistas y positivistas, aun siendo diametralmente opuestas coinciden en que existen ciertos valores morales que ambas visiones comparten. Es decir, que existen principios morales como el derecho a

³ *Ibid.*, p. 12.

⁴ *Ibid.*, p. 16.

la vida, la integridad física, la igualdad intrínseca entre los seres humanos que el derecho debe defender y que están por encima de cualquier intento de regularlos de manera restrictiva tanto metafísica como jurídicamente.

Roberth Uribe⁵ nos dice que el problema reside en determinar si es posible construir un concepto de derecho con independencia de un concepto de moral, o si, por el contrario, los conceptos morales son necesarios y como consecuencia el concepto de derecho es dependiente de ellos. Además, “como problema filosófico de índole teórico-conceptual, el análisis de estas relaciones no es un problema empírico” y, por tanto, debe ser analizado en el plano teórico.

Aquí se reafirma entonces la idea de que existen determinados derechos que, además de jurídicos, son morales. Es entonces donde comenzamos a trabajar en la idea de que los derechos humanos son derechos de naturaleza moral y no jurídica y que al referirnos a ellas algunas personas podrían inferir que no son, relevantes para la teoría y la práctica del derecho. Carlos Nino nos explica por qué inferirlo es un error. La identificación de un sistema jurídico es una cuestión teórica que puede resolverse en forma valorativamente neutra (...); la decisión acerca de qué actitudes y qué curso de acción debe adoptarse frente a un cierto orden jurídico o ante una determinada norma jurídica, es una cuestión práctica que, no puede resolverse sin comprometerse, (...), con ciertos principios de justicia y moralidad social, como los que establecen los derechos individuales básicos⁶.

Nos plantea, que es necesario determinar cuáles son los principios morales de los que derivan los derechos básicos para luego poder definir a las personas morales, que serían las portadoras de tales derechos.

Como expresa Seyla Benhabib, existe un derecho moral fundamental, el “derecho a tener derechos” de todo ser humano, esto es, de ser reconocido por otros y de reconocer a otros a su vez como persona merecedora de respeto moral y de derechos legalmente garantizados en el seno de una comunidad humana. Defenderé que los derechos humanos articulan principios que protegen la libertad comunicativa de los individuos. Aunque estos principios morales son distintos de la especificación moral de los derechos, existe, sin embargo, una conexión necesaria, y no meramente contingente, entre los derechos humanos como principios morales y su forma legal⁷.

⁵ URIBE, Roberth, “Ética y derecho en la posmodernidad”, Grupo de Investigación “Saber, poder y derecho”, Línea de Investigación “Derecho y Lenguaje”, inscritos en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2008, p. 224.

⁶ NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. ampliada y revisada, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 21.

⁷ BENHABIB, S., “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, N° 39, julio-diciembre 2008, pp. 178-180.

Los acuerdos en cuanto a un umbral mínimo de igualdad refieren a que las razones morales son más importantes a las que se producen por el auto interés. Si no fuera de este modo cada persona haría uso de su fuerza para hacer prevalecer aquello que es de su interés. Si, en cambio, todos persiguen solo el auto interés, todos se perjudicarían. Es lo que Hobbes llamaba “estado de naturaleza”, donde la persecución del interés personal generaría situaciones constantes de conflicto. Nino⁸ nos plantea que ello no quiere decir, que el hecho de aceptar ser moral signifique satisfacer el auto-interés personal en cada situación, ya que, si no existiera dicho conflicto, la moral no sería necesaria.

De aquí la importancia de un acuerdo o contrato que permita equilibrar el conflicto generado entre el auto interés y las razones morales, un contrato donde no prime una mirada egoísta sino una en donde todas las personas sean poseedoras de igual valor.

Maffía⁹ nos plantea la existencia de un “Contrato Moral” que nos permite analizar con perspectiva histórica, cómo se fue construyendo la idea de ciudadanía (y por tanto quienes eran y/o son sujetos portadores de derechos) y qué o a quienes incluía. Nos ilumina con claridad meridiana en las formas y estrategias en que se construyeron a lo largo de la historia una serie de exclusiones “justificadas” para mantener una estructura social que instauró relaciones jerárquicas entre las personas. De este modo y a lo largo de la historia, las personas han estado posicionadas en categorías diferentes, en cuanto al reconocimiento de derechos sociales, políticos, económicos, culturales, etc. Ello ha dependido de los intereses de quien fuera durante siglos el único sujeto hegemónico y dominante, el varón, blanco, adulto y propietario. Procesos de construcción de una moral y de un sujeto jurídico determinantes para la exclusión e inaccesibilidad a derechos de determinadas personas o grupos de personas, que aún hoy ven limitadas sus posibilidades de goce pleno de derechos y para los cuales la igualdad real no es efectiva.

Se hace imprescindible entonces analizar la construcción del principio de igualdad en términos de la moral sobre la que ha sido construido y en qué medida dicha moral sigue operando en la estructura teórica y filosófica del derecho actual, así como también alertar sobre los riesgos de la construcción de normas morales basadas en ciertas premisas de corte individualista que no escapen a las lógicas del “auto interés”¹⁰. “El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros”¹¹.

⁸ NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 373.

⁹ MAFFÍA, Diana, “El contrato moral”, en CARRIÓ, Elisa – MAFFÍA, Diana (comps.), *Búsquedas de sentido para una nueva política*, Buenos Aires, Paidós, 2005.

¹⁰ NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 71.

¹¹ *Ibid.*, p. 109.

Según Alegre, la idea de igualdad podría operar en muchos niveles, pero distingue tres formas en las que la idea de igualdad ingresa en la teoría política y moral. En la primera figura como una cuestión de reconocimiento, que implica igual valía moral, o igual importancia de la vida de los individuos, en la segunda como una cuestión de prescripción abstracta, que significa que los individuos deben ser tratados como portadores de igual valor moral y en la tercera en la que se usa en términos de prescripción específica y es donde las diferentes teorías “rompen filas” en tanto aparecen diferentes interpretaciones sobre su alcance, por ejemplo respecto a qué es una distribución igual de oportunidades¹².

A partir de ello debemos analizar desde qué lugar nos paramos cada uno y comprender que el principio de igualdad como principio moral no puede ser totalmente “neutral”. Es decir, siempre que reconozcamos que un derecho humano es de carácter moral, debemos asumir que la neutralidad jurídica estará al menos difusa, ya que dependerá de la “moral” de quienes construyan y luego de aquellos que lean e interpreten al principio de igualdad. Quizá el mejor ejercicio sea en primer lugar revisar nuestra propia concepción de igualdad, pero sobre todo nuestra moral y cómo opera esta sobre nuestra idea de igualdad.

Para ello también es necesario comprender que la palabra interpretación en el lenguaje de los juristas padece de ambigüedades. Ricardo Guastini¹³ menciona al menos cuatro aspectos referidos a las ambigüedades de la palabra. La primera tiene que ver con el vínculo entre “proceso vs. producto”. Esto quiere decir, que algunas veces nos estaremos refiriendo a una actividad, que requiere de un proceso mental y otras al resultado de dicha actividad, vinculado al discurso construido a partir de la primera. La segunda ambigüedad planteada por el autor refiere al vínculo entre “abstracto vs. concreto”. Lo primero significa interrogarse respecto al significado, a la identificación de contenido de una norma o texto que no refiere a un caso concreto, y la segunda refiere a la “decisión sobre la extensión de un concepto”¹⁴ para el caso concreto. La tercera ambigüedad refiere a la cognición vs. decisión. Guastini plantea que la interpretación cognitiva consiste en identificar los posibles significados sin elegir ninguno, mientras que la interpretación decisoria implica seleccionar un significado, descartando los otros. La cuarta ambigüedad refiere a la “interpretación” (en sentido estricto) vs. Construcción jurídica. Esta dice Guastini es quizá la más importante, ya que al referirnos a la palabra “interpretación”, a veces, nos referiremos a la adjudicación de determinado significado a un texto y otras “a falta de algo mejor, llamaremos construcción jurídica”. Esta última incluye una serie de operaciones deductivas que forman parte de la doctrina y si bien son muchas menciona cua-

¹² ALEGRE, Marcelo, “Igualdad y discurso moral”, en *Isonomía*, N° 23, octubre 2005, pp. 117-118.

¹³ GUASTINI, Ricardo, “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía*, N° 43, octubre 2015, pp. 11-48.

¹⁴ *Ibid.*, p. 14.

tro que considera las más importantes. La construcción de lagunas (normativas y axiológicas); de jerarquías axiológicas, de excepciones implícitas y de normas implícitas.

¿Por qué es importante tener en cuenta estos elementos para trabajar en torno a la igualdad y sus dificultades de materialización en la vida de las personas?

Lo explicaré brevemente. Como planteáramos al principio, el derecho como concepto es ambiguo, del mismo modo que el concepto de igualdad y el de interpretación. Guastini plantea que la ambigüedad del derecho es doblemente indeterminada, por un lado, en lo relativo al sistema jurídico como tal y por otro a cada uno de sus componentes¹⁵.

A los objetivos planteados para el presente artículo me interesa indagar brevemente en esta última ambigüedad, pero especialmente en la construcción de lagunas normativas y axiológicas y en la construcción de jerarquías axiológicas.

Las lagunas normativas existen cuando un “supuesto hecho no está regulado en manera alguna por las normas explícitas en el sistema”. Por ejemplo, la reclamación de identidad de género y rectificación de partida de nacimiento en Uruguay previa aprobación de la ley 18.620 “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios” en el año 2009. Antes de aprobada la ley, los casos de reclamación de reconocimiento de la identidad de género podían interpretarse bajo el supuesto que dicho derecho no está regulado, pero al mismo tiempo podían ser interpretados en el sentido opuesto. Es decir que sí está regulado, en tanto existen otras normas de carácter general que lo contemplan. En suma, la interpretación puede crear las lagunas o evitarlas. Las lagunas axiológicas refieren, por ejemplo, a las situaciones en que los legisladores han otorgado un derecho a cierto grupo de personas sin extender el mismo a otras personas que pertenecerían a un grupo similar. Guastini plantea el ejemplo de un derecho otorgado a los profesores universitarios y no lo ha hecho extensivo a los profesores de secundario. El intérprete puede observar a los dos grupos de personas como “sustancialmente iguales”, o bien interpretar que la norma no contempla a los segundos y valorar que no existe una vulneración de derechos.

Para el autor, ambos tipos de lagunas axiológicas dependen de juicios de valor del intérprete, “es el intérprete que ‘construye’ valorativamente dichas lagunas”. Y plantea que tanto las lagunas normativas como axiológicas se resuelven creando normas implícitas, regulando así los casos no previstos¹⁶. Tal es el caso mencionado de la Ley de “Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios” aprobada en Uruguay en 2009.

¹⁵ *Ibid.*, p. 21.

¹⁶ *Ibid.*, p. 32.

Sobre esta dificultad planteada en torno a las lagunas normativas y axiológicas, el principio de igualdad, en tanto principio general, presenta dificultades cuando es reclamado en situaciones concretas y más adelante observaremos algunas soluciones para la interpretación de este, como es el principio de igualdad como no sometimiento de grupos planteada por Roberto Saba.

El otro elemento a tener en cuenta es la construcción de jerarquías axiológicas. Ellas son una relación de valor entre diferentes normas. Pero dicho valor no es otorgado por el propio derecho, sino por el intérprete a través de “un juicio de valor comparativo, expreso o tácito: la norma N1 tiene más valor que la norma N2”¹⁷. Una de las formas más comunes de crear jerarquías axiológicas es aquella que entre dos normas se considera a una de ellas como principio y a otra como regla. De este modo suelen orientar la interpretación. Guastini ejemplifica planteando que existen tribunales constitucionales que asumen que las normas constitucionales no tienen el mismo valor unas con otras, de decir que hay algunas por encima de otras en términos de jerarquía. Y plantea que la consecuencia de ello es que estas no pueden ser modificadas o derogadas porque están exentas de revisión constitucional. Aquí suele aplicarse la idea de ponderación para resolver este tipo de conflicto y pensar simbólicamente qué principio pesa más para el caso concreto.

La pregunta que corresponde hacer ahora respecto del principio de igualdad es ¿qué sucede cuando el conflicto es presentado dentro de un mismo principio?

Sobre la respuesta a esta pregunta volveré más adelante.

2. IGUALDAD, NEUTRALIDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO

A partir de lo anterior, se hace imprescindible analizar la construcción del concepto de igualdad y del principio de igualdad desde el feminismo y los estudios de género y la relación de estos con la filosofía del derecho. Es ya aceptado y reconocido por la comunidad internacional que los aportes que los movimientos feministas han hecho a lo largo de la historia, sobre todo desde la Ilustración a nuestros días en la lucha por la igualdad de derechos, han sido de gran relevancia. Desde el feminismo de la igualdad, al feminismo del reconocimiento y al feminismo post estructuralista la idea de igualdad y construcción de sujeto, de persona, y de persona y sujeto jurídico ha estado siempre presente.

Como plantea Malena Costa, el feminismo jurídico entiende al derecho como un fenómeno que excede la pura normativa, porque se encuentra en un vínculo “inextricablemente” unido a cuestiones políticas, sociales y culturales.

¹⁷ *Ibid.*, p. 33.

Cuestiones que han perpetuado situaciones en donde las diferencias han sido invisibilizadas y transformadas en situaciones de desigualdad¹⁸.

Nancy Fraser plantea que hoy la perspectiva neoliberal aplaude la elección individual, el intercambio entre iguales y el logro meritocrático, pero al mismo tiempo no ve, ni quiere ver, las desigualdades estructurales puestas a la luz y cuestionadas durante décadas por los grupos subalternos, incluidos los feministas. Y se pregunta:

¿Conseguiremos quienes sostenemos perspectivas de igualdad más robustas y ambiciosas resistir el asalto neoliberal? (...) ¿O podría la actual crisis resultar un momento de transformación trascendental en el que la propia igualdad se transforma, se profundiza y se amplía, se vuelve más sustancial e incluyente, y avanza hacia la plena paridad de participación en la vida social?¹⁹.

Asimismo, plantea que actualmente estamos entre dos formas de comprender la igualdad, una liberal y otra que sería propia de la democracia radical.

Para comprender estas dos formas de comprender la igualdad es necesario tener en cuenta todo lo trabajado en el primer apartado, respecto al conflicto entre moral y derecho y la búsqueda de principios morales que sean contrarios alejados del auto interés. Asimismo, y no menos importante, es necesario observar las etapas del feminismo. Ello porque, como se mencionara anteriormente, el feminismo ha dado luz a lo largo de la historia a las situaciones de desigualdad y exclusión de las mujeres y grupos de personas en condición de sometimiento.

El feminismo de la igualdad planteaba que la construcción de “sujeto” y “persona” estuvo signada por la construcción de una mujer sujeto político “igual” que el sujeto político hombre. Básicamente el feminismo de la igualdad reivindicaba colocar a la mujer en pie de igualdad con los hombres manifestando que las diferencias de género son construcciones sociales y culturales que devienen del patriarcado y que, por tanto, no son categorías naturales²⁰.

De hecho, las primeras en evidenciar los conflictos en torno a la igualdad de derechos fueron Olympe de Gouges y Mery Wollstonecraft. La primera advirtió respecto de los límites de aquel “ciudadano universal” de la Revolución Francesa al que hacía referencia Maffía, señalando cómo operó este para justificar la exclusión de mujeres, niños, afros, etc. La segunda, Mery Wollstonecraft, puso sobre la mesa la necesidad de ampliar la educación de las mujeres y potenciar su autonomía. Visualizaba que las mujeres debían escapar del ámbito

¹⁸ COSTA, Malena, “Críticas del derecho y feminismos jurídicos”, *IIº Jornadas CINIG de Estudios de Género y Feminismos* - 27, 28 y 30 de septiembre, La Plata, Argentina, 2011.

¹⁹ FRASER, N., “Fortunas del Feminismo”, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015, p. 14.

²⁰ DE BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, 2 vols., Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1987.

doméstico a donde habían sido condenadas para lograr consolidar un lugar propio en el mundo, del mismo modo que los hombres.

Lejos de alcanzar el objetivo, a la primera le costó la muerte en la guillotina y a la segunda le costó sobrellevar la condena social sobre sus pensamientos poco convencionales para la época.

La igualdad de derechos que defendían continuó restringida durante todo el siglo XIX. A pesar de ello surgieron fuertes figuras que defendieron con enorme convicción la idea de que las diferencias entre hombres y mujeres no eran de carácter sustantivo y que estas debían tener el mismo status jurídico. John Stuart Mill y Harriet Taylor fueron quizá los exponentes más reconocidos en el siglo XIX, dando paso a los primeros movimientos sufragistas de mujeres.

Ya en el siglo XX, como plantea Malena Costa, la deficiencia de la universalidad moderna revela discrepancias de la igualdad moderna y quizá a partir de allí las feministas comienzan a incursionar con fuerza en el derecho. Empiezan a plantear que la búsqueda de igualdad de las mujeres respecto de los hombres significa que las mujeres deben adaptarse a un modelo ciudadano masculino²¹.

Y aquí quisiera señalar un apunte realizado por la autora que refiere a destacar cómo una de las críticas feministas al derecho más importantes tiene que ver con que los principios de imparcialidad y objetividad son funcionales al modelo establecido.

Si tomamos en cuenta el análisis precedente podemos observar cómo se fueron construyendo jerarquías que indicaban un mayor valor a los hombres respecto de las mujeres. Por lo tanto, las feministas comienzan a visibilizar cada vez más que el derecho se trata de una institución hecha a partir del punto de vista masculino dominante²².

Malena Costa plantea que “en la medida en que el paradigma de la neutralidad es entendido como un dispositivo patriarcal”²³, las feministas comienzan a enfrentarlo haciendo visibles las diferencias entre varones y mujeres.

Las marxistas incorporan una dimensión en este plano en tanto consideran que la negación de la igualdad jurídica opera en realidad sobre la desigualdad social. Comienzan a discutir la idea de la igualdad entre ciudadanos, pero esta idea es un ideal abstracto opuesto a su “materialidad concreta”. Y plantean que “para reconocer la condición ciudadana de sus miembros, el Estado debe anular las diferencias de nacimiento, estado social, cultural y de ocupación”²⁴.

Costa plantea que la segunda línea del pensamiento jurídico feminista señala que la igualdad ciudadana funciona por intermedio de la anulación de las

²¹ COSTA, Malena, “Críticas del derecho y feminismos jurídicos”, ob. cit., p. 14.

²² *Ibid.*, p. 14.

²³ *Ibid.*, p. 14.

²⁴ MARX, Carl, en COSTA, Malena, “Críticas del derecho y feminismos jurídicos”, ob. cit., p. 14.

diferencias de género, y operando a través del paradigma de neutralidad del lenguaje jurídico mantiene y perpetúa las desigualdades.

Aquí aparece una tercera línea del feminismo jurídico que se concentra en los efectos del lenguaje y del discurso jurídico, estableciendo que este se afirma en la idea de diferencia sexual y se presenta como herramienta de producción y fijación de significados de la normativa de género.

Alicia Ruiz plantea que

El reconocimiento de la mujer como “sujeto de derecho”, resignifica el discurso acerca de las mujeres. Más allá de su operatividad efectiva, la atribución de la palabra desde el derecho produce una intervención importante en el mundo simbólico. (...) El derecho participa en la configuración del estereotipo “mujer”, y es a partir de ese estereotipo, que las reglas jurídicas reconocen o niegan “derechos”, a las mujeres de carne y hueso²⁵.

El discurso jurídico opera más allá de la pura normatividad, establece creencias, ficciones, mitos que favorecen la consolidación de un imaginario colectivo resistente a las transformaciones. Las normas jurídicas se transforman en una cuestión cotidiana, se “naturalizan” y lo que es natural no es cuestionable.

El feminismo de la diferencia o reconocimiento reivindica y revaloriza el concepto de diferencia sexual y lo coloca como motor de la liberación de las mujeres. Comienza a plantear que la igualdad entre hombres y mujeres no parte de una categorización binaria y heterosexual, ya que esta categorización pertenece al mismo sistema de dominación que las colocó en un lugar de sujeción y sometimiento. Aparece el reconocimiento de otras manifestaciones y categorías genérico-sexuales²⁶.

Esta crítica a la neutralidad del derecho aparece a partir de revisar las propuestas del feminismo liberal, sobre todo a la idea de existencia de un sujeto neutro, sin raza, sexo o clase social, que se configura como sujeto universal construido a partir de las características del grupo dominante y que, por tanto, obliga a la mujer a asumirlo como modelo. La crítica se focaliza en que asumir dicho modelo limita a las mujeres al acceso de un mundo previamente constituido. Un mundo construido en función de los intereses del grupo dominante sin acuerdos ni equilibrios entre los intereses de estos y los de las mujeres.

Arguyen, por tanto, que las consecuencias sexistas del derecho no surgen solamente por una mala aplicación de las leyes.

Es, entonces, el segundo movimiento del feminismo jurídico que hace visibles las diferencias entre varones y mujeres con el objetivo de brindar una solución al sesgo sexista del derecho.

²⁵ RUIZ, Alicia, “De cómo el derecho nos hace mujeres y hombres”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001, p. 8.

²⁶ SCOTT, Joan W., “Igualdad vs Diferencia: Los usos de la teoría postestructuralista”, *Feminist Studies*, vol. 14, N° 1, primavera de 1988, www.debatefeminista.com [6/9/2014].

En el campo jurídico se destacan dos grandes corrientes del feminismo de la diferencia. Por un lado, el “feminismo cultural”, donde Carol Gilligan (su principal exponente) “asume la posibilidad de identificar una voz femenina para evaluar sus potenciales contribuciones a la doctrina jurídica”²⁷. Y, por otro lado, el “feminismo radical”, quienes consideran que no es posible la existencia de un punto de vista femenino nacido en el núcleo de una sociedad patriarcal. Aquí tenemos a Catherine MacKinnon como la principal exponente de esta corriente. Ella sostiene que tanto las corrientes que luchan por la igualdad de trato, como las que reclaman un trato diferente para las mujeres, incurren en el mismo problema, “la subsunción de las mujeres a patrones de medición masculinos”²⁸.

Según Carol Smart, el derecho es parte del proceso de fijación de género y al mismo tiempo compone un discurso que insiste en la rígida distinción entre “macho y hembra”, “masculino y femenino”. “(...) el derecho pasa a insistir en los atributos que emanan de la diferencia biológica” y reafirma la idea de que el derecho continúa construyendo divisiones de género y que, por lo tanto, las feministas deberían ver al derecho como un lugar donde discutir los “significados de género”, para romper con nociones de género planteadas por la ley²⁹.

Por último, el feminismo postestructuralista insta la idea de que la categoría “mujer” es una invención y que el feminismo debe dirigir sus esfuerzos a desmantelarlo, sobre la base de que el género es performativo y que, por tanto, construye el mismo sujeto que parece expresar³⁰.

En tal sentido, existe una tercera perspectiva del feminismo jurídico que es el postfeminismo, o el feminismo deconstructivista. Esta perspectiva plantea que “mientras más ciegas sean las leyes en cuanto al género, más probable es que colaboren en sostener el privilegio de los varones hegemónicos e invisibilicen las necesidades de las mujeres y demás sujetos subordinados”³¹.

El “postfeminismo jurídico se propone reconstruir la idea de género en el derecho, tanto en su teoría como en su práctica, y analizar el derecho como un proceso de producción de identidades fijas, en lugar de analizar simplemente la aplicación del derecho a sujetos que ya tienen género”³². Para Costa, el principio de igualdad significa apelar a toda la humanidad, pero aun así dicha “humanidad

²⁷ COSTA, Malena, “El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos”, *Feminismo/s* 15, junio 2010, pp. 243/235-252.

²⁸ *Ibid.*, p. 244.

²⁹ SMART, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en BIRGIN, Haydee (comp.), *El derecho en el género y el derecho*, Buenos Aires, Biblos, Colección Identidad Mujer y Derecho, 2000, p. 69.

³⁰ BUTLER, Judith, “Performatividad, precariedad y políticas sexuales”, en *AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 4, N° 3, setiembre-diciembre 2009, pp. 321-336, www.aibr.org.

³¹ COSTA, Malena, “El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos”, ob. cit., p. 246.

³² *Ibid.*, p. 247.

igualada refiere siempre a condiciones que hacen que determinados grupos sean reconocidos como humanos y otros no”³³.

En este punto cito una frase de Judith Butler que es por demás elocuente: “Que la categoría [humano] se elabore en el tiempo y que funcione a través de la exclusión de una amplia serie de minorías significa que su rearticulación se iniciará precisamente en el momento en el que los excluidos hablen a y desde dicha categoría”³⁴. Esto refiere también a la idea de “Standpointism” creado por Harding y otras, para indicar que el “conocimiento debía ser creado a partir del punto de vista de los oprimidos”³⁵.

En este punto entiendo pertinente realizar la siguiente pregunta: ¿Por qué es importante tener en cuenta esta noción de un conocimiento creado a partir del punto de vista de los oprimidos? Responderé con un ejemplo conocido, y es que del mismo modo en que Eleanor Roosevelt en 1948 planteó no sentirse incluida por su condición de mujer en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y trabajando en la redacción de lo que luego se consagraría como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los movimientos de mujeres comenzaron a permear a través de la perspectiva de género un cambio de paradigma en términos de derechos y de reconocimiento. Las mujeres comenzaron a construir conocimiento a partir de su situación de opresión y la identificación, reivindicación y lucha por ampliar los derechos y el reconocimiento de las mujeres como sujetos de derechos, exigiendo su reconocimiento como “humanas” hizo que otros grupos históricamente excluidos, vulnerados y sometidos comenzaran a tomar fuerza en sus reclamos por el mismo reconocimiento de derechos. Los y las niños/as, las personas con discapacidad, los afrodescendientes, los indígenas, etc. Asimismo, es importante considerar que las mujeres no solo pertenecen al universo de mujeres históricamente excluidas como sujetos de derechos, sino que también muchas de ellas pertenecen a otros grupos de personas excluidas y vulneradas, por lo que se conjuga una doble o múltiple exclusión y discriminación. Los movimientos de mujeres y los estudios de género han avanzado muchísimo en la identificación, conceptualización, interpretación del concepto de igualdad y comprenden que el Derecho ha sido una herramienta por medio de la cual se ha determinado a lo largo de la historia la exclusión de la mujer y de otros colectivos de personas en situación de vulnerabilidad y exclusión social, política, cultural y económica.

Nancy Fraser plantea que hoy ni igualdad, ni diferencia serían una concepción factible de la justicia de género, porque tanto una como la otra han quedado en un punto muerto. Para dar una solución posible propone reinterpretar conceptualmente la justicia de género, observándola como una idea compleja.

³³ *Ibid.*, p. 249.

³⁴ PULECIO PULGARIN, Jairo, “Judith Butler: Una filosofía para habitar el mundo”, *Universitas Philosophica*, 57, año 28: 61-85, julio-diciembre, Bogotá, Colombia, 2011, p. 63.

³⁵ SMART, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, *ob. cit.*, p. 51.

Con ello, se elimina la “suposición de que la justicia de género puede identificarse con un solo valor o una sola norma, ya sea la igualdad, la diferencia, o cualquier otra cosa”³⁶. De este modo, propone observarla como una idea compleja que incorpora una pluralidad de principios normativos distintos. Propone siete principios normativos: el principio de la antipobreza; el principio de la antiexplotación; los tres principios de la igualdad; igualdad de renta, igualdad en el tiempo de ocio, igualdad de respeto; el principio de antimarginación y el principio antiandrocentrista.

Es interesante el planteo de Nancy Fraser, en tanto parte de la idea de que la justicia de género no puede identificarse con un solo valor o una sola norma. La autora comprende que la multidimensionalidad de las personas y de la realidad significa una dificultad para definir un principio que pueda comprender todas las dimensiones de la igualdad.

Aquí nos enfrentamos nuevamente a un conflicto de intereses en tanto el planteo de Fraser obliga a considerar cada dimensión o principio de la justicia de género en términos de valor. Es decir, ¿vale para todas las personas lo mismo el principio de la antiexplotación que el principio de igualdad de ocio? A pesar de ello entiendo que los principios planteados por Fraser para la justicia de género son una buena herramienta para avanzar en la construcción de igualdad real.

3. PROTEGER LA DIFERENCIA Y ELIMINAR LA DESIGUALDAD

Como plantea Ferrajoli³⁷, la igualdad es un principio complejo, determinado para tutelar las diferencias y para oponerse a las desigualdades. Diferencias y desigualdades son conceptos diferentes e incluso opuestos al principio de igualdad. La contradicción entre igualdad y diferencia está dada justamente en que la igualdad es una norma, reconociendo que existe una asimetría entre ambas.

Igualdad es un término normativo: quiere decir que los “diferentes” deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no es suficiente enunciarla sino que es necesario actuarla, observarla, garantizarla y sancionarla. Diferencia/s —no menos que las “desigualdad/es y la/s discriminación/es”— es, por el contrario, un término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas hay diferencias, y que son entonces sus diferencias las que se tienen que tutelar, respetar y garantizar en obsequio al principio de igualdad³⁸.

³⁶ FRASER, Nancy, *Fortunas del feminismo. Del capitalismo gestionado por el estado a la crisis neoliberal*, Madrid - Quito, Traficantes de Sueños - IAEN, p. 144.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *El principio de igualdad y la diferencia de género*, México, Fontamara, 2010. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28960.pdf#page=15>. Fecha de consulta: 20/4/2018.

³⁸ *Ibid.*, p. 11.

Pero la igualdad “debe afrontar la cuestión de las diferentes manifestaciones —jurídicas— del principio. El principio de igualdad en sentido estricto, el mandato de no discriminación, igualdad entre el hombre y la mujer, y la igualdad sustancial”³⁹.

Estas constituyen dimensiones de la igualdad y dependerán de la “extensión de la clase de sujetos (todos) a que se refiere la igualdad” y también, “de la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados de forma universal”⁴⁰.

Aquí volvemos a enfrentarnos a las diferentes cargas valorativas de la igualdad como derecho y sobre todo qué sujetos han sido efectivamente portadores de dicho derecho a lo largo de la historia.

Hobbes planteaba que la única igualdad jurídica se encuentra en el derecho a la vida, el resto estaría en las dinámicas naturales, por lo tanto, obligadas a transformarse en desigualdades. Para Locke, la igualdad incorpora derechos de libertad y autonomía privada, por supuesto restringida a los ciudadanos, varones, alfabetizados y propietarios. En términos históricos, dichos derechos ya no son solamente políticos y civiles, sino que también son derechos sociales. Aun después de tantos estudios y avances en la conceptualización y alcance del principio de igualdad, el problema sigue radicado en que persisten limitaciones para comprender que la igualdad jurídica es “la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes”⁴¹.

Es muy importante desentrañar conceptualmente la distinción entre diferencia y desigualdad en términos jurídicos, ya que diferencia es lo que hace a cada persona única y portadora de derechos fundamentales, mientras que las desigualdades son las que determinan entre los sujetos, posiciones de poder y sujeción.

En este punto quisiera detenerme un poco y traer, a mi entender, una de las mejores soluciones a varios conflictos planteados hasta el momento y responder a la pregunta planteada al final de la primera sección del presente artículo. Luego expondré algunos interrogantes que surgen también de este planteo.

Me refiero a la idea de igualdad como no sometimiento de grupos planteada por Roberto Saba y que permite definir dos grandes dimensiones de la igualdad como principio jurídico y, al mismo tiempo, establece herramientas de interpretación que permiten visualizar la construcción moral de un principio que jerarquiza los principios morales fundamentales protegiendo las diferencias y eliminando las desigualdades.

³⁹ CARBONELL, Miguel (comp.), “El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción”, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 12.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2005, p. 17.

⁴¹ *Ibid.*, p. 17.

Roberto Saba plantea que igualdad ante la ley desde una mirada tradicional significa igualdad de trato en igualdad de circunstancias, es decir que todas las personas que estén en igualdad de circunstancias podrán ejercer sus derechos. La primera dimensión es la idea de igualdad como no discriminación (es la idea que ha adquirido mayor consenso) que es aquella que responde al ideal básico de igualdad de trato ante la ley, despojado de arbitrariedades o prejuicios. La misma corresponde a la “visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables. Tiene por objeto impedir que las decisiones estatales se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas”⁴². Es decir, que el Estado debe ser “ciego” a las condiciones de nacimiento, físico, sexual y/o de género de las personas. La idea es que el Estado debe y tiene la responsabilidad de actuar frente a todos aquellos factores que impliquen una situación desigual entre las personas, como puede ser el acceso a la educación, a la salud y a la justicia y garantizar la igualdad de circunstancias, necesaria para el principio de igualdad. Saba plantea que esta perspectiva parece desatender las situaciones en donde la desigualdad de trato no surge de la arbitrariedad o la existencia de prejuicios, sino que son consecuencia de otras situaciones como la inequidad estructural que padecen o han padecido históricamente algunos grupos de personas como ser, las mujeres. Por tanto, aquí tenemos dos enfoques, el primero protege a las personas de los caprichos, arbitrariedades y la irracionalidad y el segundo busca prevenir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de subordinación. Estas dos dimensiones se acercan mucho a las dos dimensiones planteadas por Fraser.

En este sentido, “la razonabilidad funcional puede, en ocasiones y por ser ciega al contexto, perpetuar prácticas sociales desigualitarias”⁴³ y dada la fuerte dificultad que existe para identificar las desigualdades estructurales, aquellas que no son visibles a simple vista, uno de los desafíos más complejos que enfrenta la interpretación individualista de la igualdad ante la ley está dado por el establecimiento de acciones afirmativas o también denominadas “medidas de discriminación inversa”⁴⁴.

Las acciones afirmativas significan que el Estado adopte un “trato diferente” fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos. De algún modo esta postura y nueva forma de interpretación del principio de igualdad planteado

⁴² SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo - GARGARELLA, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 12.

⁴³ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI Editores, Colección Derecho y Política, 2016, p. 79.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 79.

por Saba, de igualdad como no subordinación de grupos, o como no sometimiento viene a dar una respuesta, entre otras cosas, a la dificultad planteada por Ferrajoli, para la distinción conceptual en términos jurídicos entre diferencia y desigualdad.

Esta nueva noción de igualdad

...entendida como no sometimiento impacta sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en las Constituciones y los tratados internacionales, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad estructural. La noción de igualdad como no sometimiento obliga a redefinir la concepción de categorías sospechosas, como a trazar los límites en el ejercicio de derechos fundamentales asociados con la libertad personal⁴⁵.

Ahora, cabe indagar respecto a ¿qué es una categoría sospechosa? O como se pregunta Saba “¿qué convierte a una categoría en sospechosa? ¿Qué es lo sospechoso de una categoría sospechosa?”⁴⁶.

Para establecer las categorías sospechosas de las que no lo son Saba propone tres argumentos. El primero establece que una categoría es sospechosa cuando su utilización para realizar una distinción se enfrenta a una clara prohibición constitucional.

El segundo establece que una categoría es sospechosa cuando “es prácticamente imposible encontrar algún caso en que la categoría justifique un trato diferente en virtud del principio de razonabilidad”⁴⁷. De acuerdo con este principio es difícil pensar que el sexo o la nacionalidad como categorías puedan ser funcionales a algún tipo de propósito de interés urgente para el Estado. Y el tercer argumento establece que “las categorías sospechosas se reconocen por su asociación con el objetivo de proteger a grupos vulnerables o sistemáticamente discriminados”⁴⁸.

Saba introduce un análisis profundo respecto de algunas herramientas de derecho internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y plantea que en la Convención se establece un listado de criterios prohibidos que responden a la idea de igualdad como no arbitrariedad, mientras que la idea de igualdad como no subordinación

...exige examinar si el criterio escogido propicia un trato que perpetúe una situación de desigualdad estructural; por este motivo y desde esta última

⁴⁵ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 85.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 87.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 92.

perspectiva, los criterios prohibidos no pueden imaginarse en abstracto ni enumerarse, pues serán todos aquellos cuya aplicación redunde en la creación, cristalización o perpetuación de sometimiento de un grupo, lo cual está determinado por el contexto⁴⁹.

De esta manera, entender la categoría sexo como categoría sospechosa significa una paradoja. Por ejemplo, desde el punto de vista de la igualdad como no discriminación la variable sexo no puede ser considerada en tanto la diferencia sexual no puede superar el test de razonabilidad del Estado para prohibir a uno u otro sexo el acceso a la educación. Sin embargo, la categoría sexo desde la perspectiva de igualdad como no sometimiento toma un significado diferente, en tanto no considerar la variable sexo para analizar una situación de sometimiento de las mujeres respecto de los hombres significa perpetuar la desigualdad estructural entre ambos.

Saba nos explica que entender “el modo en que obran los principios de no discriminación y no sometimiento puede ayudarnos a definir cuáles son las categorías sospechosas, así como a determinar si contribuyen a la implementación del principio de igualdad constitucional o si constituyen un obstáculo a su aplicación”⁵⁰.

La importancia del planteo de Saba radica fundamentalmente en la posibilidad de clasificar al principio de no discriminación como un principio individualista porque no supone el reconocimiento de la existencia de grupos en situación de sometimiento e incluso niega su existencia. Desde la concepción del principio de igualdad entendido como no discriminación, el Estado perpetúa la exclusión de las mujeres entre sus miembros. De este modo, Saba entiende que el principio de no discriminación resulta inadecuado para efectivizar el ideal de igualdad como no sometimiento, ya que la negación de los grupos sistemáticamente segregados impide adoptar medidas de tratos preferentes que eliminen las situaciones de desigualdad estructural⁵¹.

Owen Fiss, entre otros, adhieren a esta idea que incluye una “lectura estructural de la desigualdad y su consiguiente visión del principio de igualdad”, ya que entienden que el objetivo perseguido por la igualdad ante la ley es “evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad”⁵².

Resulta interesante preguntarse respecto a cómo se constituyen dichos grupos, ya que algunos podrían sugerir que durante el ejercicio de reconocer o agrupar a los sujetos dentro de determinados grupos, se invisibilizan otras subjetividades o situaciones de sometimiento, o que se invisibilizan y desconocen

⁴⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 94.

⁵¹ *Ibid.*, p. 111.

⁵² *Ibid.*, p. 58.

las diferencias y subjetividades de cada sujeto. Pero Saba aclara muy acertadamente que dichos grupos tienen una identidad propia diferente a las identidades de los miembros específicos que lo componen, por tanto, son interdependientes. Ello permite distinguir las identidades de los sujetos⁵³.

Aun así, es necesario analizar si esta lectura logra disuadir concepciones más individualistas, en tanto puede preguntarse ¿cuán clara es dicha distinción para aquellos sujetos que no pertenecen a dicho grupo y deben reconocer las identidades y subjetividades de los sujetos insertos y reconocidos en la identidad de un grupo?

Al mismo tiempo abre interrogantes sobre los límites y alcance de “los sujetos” que en representación del Estado deben “interpretar” las situaciones de desigualdad estructural para aplicar el principio de igualdad entendido como no sometimiento de grupos.

4. IGUALDAD Y FEMINISMO JURÍDICO

Entiendo que Saba nos ayuda a pensar en y desde el derecho y abre puertas para continuar avanzando en la eliminación de conflictos de intereses implicados en las diferentes visiones del principio de igualdad y, sobre todo, en las formas de interpretación de la igualdad como derecho humano fundamental.

Es una herramienta para avanzar en el análisis del desarrollo histórico de los Derechos Humanos. Observar del mismo modo, cómo la mirada feminista y los estudios de género han dado luz en los procesos de comprensión respecto al alcance y dificultades de la igualdad real, permiten dar cuenta de las resistencias ideológicas y políticas que se despliegan en cada interpretación y argumentación sobre el principio de igualdad.

Entiendo en este sentido que Saba le brinda al feminismo jurídico una herramienta maravillosa para avanzar en dicho camino.

Para ello, el feminismo debe repensar desde qué lugar construye hoy y entiende hoy al derecho. Entiendo y comparto la mirada de Malena Costa en relación con su análisis de la situación actual del feminismo jurídico.

Plantea que durante el cuarto período del área jurídica, la corriente crítica a los universales trae consigo la puesta en cuestión del derecho como discurso útil para las mujeres movilizándolo los cimientos del área jurídica feminista⁵⁴.

Costa plantea que durante la década de 1990 la influencia cada vez mayor de los estudios *queer*, los enfoques decoloniales y de la diversidad sexual modifican los objetos de interés para los feminismos jurídicos. El foco comienza a ponerse en la dimensión del poder como constitutivo de las relaciones sociales

⁵³ *Ibid.*, p. 59.

⁵⁴ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?*, ob. cit., p. 157.

y, a partir de allí, desde los feminismos jurídicos comienza a señalarse que el poder se manifiesta y habita no solamente en

Las relaciones sociales que condicionan a las mujeres sino también en las relaciones entre los propios grupos feministas de investigación y del activismo político. Desde la inteligibilidad postmoderna, y con la mirada puesta cada vez más en las subjetividades, el objetivo de los feminismos jurídicos se difumina entre diversas áreas, en la intersección cada vez más marcada con otras disciplinas. Las feministas jurídicas abogan ahora por una praxis que ponga el acento más en la deconstrucción de los discursos jurídicos que en la culminación de una jurisprudencia o pensamiento legal feminista⁵⁵.

Entiendo que es necesario hacer pausas para repensar políticamente al feminismo jurídico y su capacidad de asumir el reto de construir derecho feminista enfrentando la paradoja entre los requisitos metodológicos que implica la construcción jurídica, sobre todo, si hablamos de derechos fundamentales, y la premisa casi obligada del feminismo de evitar universalismos absolutistas que diluyan las subjetividades de los sujetos.

Pero también tengo una gran convicción respecto de la obligación que como feministas tenemos de no renunciar a espacios que han sido históricamente dominados por los grupos dominantes.

Por ello, reivindico al derecho como espacio posible, no solo para la intervención deconstructiva de los discursos, sino también como espacio de intervención política donde materializar la igualdad real.

Es imprescindible, entonces, avanzar en la construcción moral feminista y analizar si es posible avanzar hacia un nuevo orden social y normativo, en un derecho que podría ser multiversal, flexible y dinámico. Un nuevo orden que no se presente como un arreglo derivado de principios generales, que perpetúan el “igualamiento”⁵⁶ de las diferencias sin distinguirlas de las desigualdades.

Es un imperativo reivindicar la intervención feminista en el derecho porque, como hemos visto, el feminismo imprime la mirada multidimensional de los sujetos y del mundo que los rodea y existen herramientas para avanzar en la materialización de la igualdad, tales como la planteada por Saba.

Recordar que “hay que percibir la igualdad teniendo en cuenta la naturaleza de los elementos que amenazan destruirla estructuralmente”, entre los elementos que distingue Rosanvallon está la reproducción social y dice de esta, “se define por la transmisión de los factores estructurantes de la desigualdad.

⁵⁵ COSTA, Malena, “Feminismos jurídicos. Propuestas y debates de una trama paradójal”, en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, N° 66, 2015, pp. 153-161. ISSN: 1130-0507 (papel) 1989-4651 (electrónico), <http://dx.doi.org/10.6018/daimon/>, p. 157.

⁵⁶ BUTLER, Judith - LACLAU, Ernesto, “Los usos de la igualdad”, *Debate Feminista*, vol. 19, N° 10, abril de 1999. [1995]. Disponible en: <http://www.debatefeminista.com/PDF/Articulos/losusos384.pdf>, fecha de consulta: 30/2/2015.

Se trata del equivalente moderno del privilegio: transforma las diferencias sociales que existen en un momento determinado en destinos inexorables de las generaciones”⁵⁷.

El feminismo abre espacios para mirar a los sujetos desde sus diferencias y condiciones de precariedad⁵⁸, y es fundamental construir un principio de igualdad que admita una mirada no preformativa de los sujetos.

Carol Smart también plantea que podríamos pensar que el “derecho tiene género”, de este modo no nos exigiría fijar una categoría ni un referente empírico varón o mujer. Podríamos, así, “dar lugar a una idea más flexible: una postura subjetiva dotada de género que no permanezca fijada al sexo por determinantes biológicos, psicológicos ni sociales”, sobre todo a través de hacerse la pregunta, “¿cómo opera el género dentro del derecho, y cómo opera el derecho para producir el género?”⁵⁹.

CONCLUSIÓN

Para finalizar planteo la necesidad de interpelarnos y analizar nuestra propia moral y nuestra visión del mundo. Y ello implica asumir que pertenecemos a un grupo de personas, que puede ser muy numeroso o pequeño, con privilegios o carente de ellos, excluido de algunos ámbitos de la vida política, social, económica y cultural o no. Luego es necesario repensar y analizar en nosotros mismos qué visión tenemos de las personas que pertenecen a otros grupos. Identificar y definir qué nos hace únicos y por tanto diferentes, pero sobre todo identificar qué factores históricos, sociales, culturales, económicos y políticos nos colocan a nosotros o a otras personas en situación de desigualdad y, por lo tanto, de discriminación, exclusión o vulneración de derechos. Luego de este ejercicio tan necesario podremos identificar con claridad cuándo un principio, norma, o política pública nos desconoce o incluye como sujetos de derechos.

De esta manera habremos transitado el primer tramo del recorrido, identificado las grietas que debemos reconstruir. A partir de allí sabremos dónde cimentar un camino verdaderamente democrático en donde todas y todos podamos transitar ambos lados del camino sin temor a tropezar y en donde la igualdad sea el reflejo de la diversidad.

⁵⁷ ROSANVALLON, Pierre, *La sociedad de iguales*, 1ª ed., Buenos Aires, Manantial, 2012, p. 325.

⁵⁸ BUTLER, Judith, “Performatividad, precariedad y Políticas sexuales”, en *AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 4, N° 3, setiembre-diciembre 2009, pp. 321-336, www.aibr.org.

⁵⁹ SMART, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en BIRGIN, Haydee (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, ob. cit., p. 39.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, M., “Igualdad y discurso moral”, en *Isonomía*, N° 23, octubre 2005.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- “Derechos Humanos sin Metafísica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, pp. 237-248, ISSN: 0214-8676.
- AMORÓS, Celia, “El feminismo: senda no transitada de la Ilustración” [PDF] de *e-mujeres.net*, fecha de consulta: 20/6/2015.
- AMORÓS, Celia - DE MIGUEL ÁLVAREZ, Ana (eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, 3 vols., Madrid, Minerva Ediciones, 2005.
- BENHABIB, S., “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, N° 39, julio-diciembre 2008, 175-203.
- “Feminismo y posmodernidad: una difícil alianza”, disponible en; http://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1266600200.feminismo_y_posmodernidad_behabib.pdf.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, “El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado”, disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/9.pdf.
- BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Barcelona - Buenos Aires - México, Ediciones Paidós - ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.
- BUTLER, Judith, *Lenguaje, poder e identidad*, Madrid, Editorial Síntesis, 2004.
- “Fundamentos contingentes: el feminismo y la cuestión del ‘Postmodernismo’”, Buenos Aires - Argentina, Centro de Documentación sobre la Mujer, 2001.
- “Performatividad, precariedad y Políticas sexuales”, en *AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 4, N° 3, setiembre-diciembre 2009, pp. 321-336, www.aibr.org.
- BUTLER, Judith - LACLAU, Ernesto, “Los usos de la igualdad”, en *Debate Feminista*, vol. 19, N° 10, abril de 1999, [1995]. Disponible en: <http://www.debatefeminista.com/PDF/Articulos/losuso384.pdf>, fecha de consulta: 30/2/2015.
- CARBONELL, Miguel (comp.), “El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción”, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- COBO, Rosa, “Aproximaciones a la teoría crítica feminista”, en *CLADEM. Boletín del Programa de Formación*, N° 1, 2014.
- “Aplicaciones del principio de igualdad: la acción afirmativa y la discriminación positiva”, Jornada de Trabajo e Intercambio de Experiencias en la Aplicación del Mainstreaming de Género, Unidad de Igualdad y Género de Andalucía, 2003. www.unidaddegenero.com, fecha de consulta: 4/3/2015.

- “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 36, Universidad de A. Coruña, España, 2002, pp. 29-44.
- “Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau”, en *Avances del Cesor*, año IX, N° 9, 2012, pp. 109-121.
- COSTA, Malena, “Feminismos jurídicos. Propuestas y debates de una trama paradójica”, en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, N° 66, 2015, pp. 153-161, <http://dx.doi.org/10.6018/daimon/>.
- “El pensamiento jurídico feminista en los confines del siglo XX”, en *Asparkia*, N° 26, 2015, pp. 35-49.
- “Críticas del derecho y feminismos jurídicos”, II° Jornadas CINIG de Estudios de Género y Feminismos - 27, 28 y 30 de septiembre, La Plata - Argentina 2011.
- “El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos”, *Feminismo/s* 15, junio 2010, pp. 235-252.
- DE BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, 2 vols., Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte 1987.
- FACIO, A., “El principio de igualdad ante la ley”, *El Otro Derecho*, N° 8, junio 1991, ILSA, Bogotá D.C., Colombia. *Metodología para el Análisis del Derecho. Corporación de Desarrollo de la Mujer. Género y Derecho*, Santiago de Chile, La Morada.
- FERRAJOLI, L., “El principio de igualdad y la diferencia de género”, 2010, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28960.pdf#page=15>, fecha de consulta: 20/3/2018.
- “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 73-96.
- “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *Isonomía*, N° 9, octubre 1998, pp. 173-184.
- FRASER, Nancy, *Fortunas del feminismo*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015.
- “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en *Revista de Trabajo*, año 4, N° 6, agosto-diciembre 2008.
- *Iustitia interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 1997.
- “Feminismo para el 99%”, 2017, disponible en <http://www.laizquierda-diario.com/ideasdeizquierda/un-feminismo-para-abolir-las-jerarquias/>, fecha de consulta: 30/4/2018.
- GUASTINI, Ricardo, “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía*, N° 43, octubre 2015, pp. 11-48.
- HONNET, A., “El derecho a la libertad. Esbozo de una eticidad democrática”, Katz Editores, Madrid, 2014.

- “Reconocimiento y obligaciones morales”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 1996 (8), pp. 5-17.
- LAPORTA, Francisco J., “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, N° 67, Madrid, Editorial Sistema, 1985, pp. 3-31.
- MACKINNON, Catherine A., “Hacia una teoría feminista del Estado”, vol. 27, Universitat de València, 1995.
- MAFFÍA, Diana, “El contrato moral”, en CARRIÓ, Elisa - MAFFÍA, Diana (comp.), *Búsquedas de sentido para una nueva política*, Buenos Aires, Paidós, 2005.
- “Sujetos, política y ciudadanía”, en CHAHER, Sandra - SANTORO, Sonia, *Las palabras tienen sexo. Herramientas para un periodismo con perspectiva de género*. Buenos Aires, Artemisa Comunicación Ediciones, 2010.
- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada, 12ª impresión, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. ampliada y revisada, 2ª reimpresión, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2007.
- “Derecho, moral, política”, en *Doxa*, N° 14, 1993.
- NOGUEIRA, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y las acciones positivas”, en *AFDUDC*, N° 10, 2006, pp. 799-831.
- OLSEN, F., “El sexo del derecho”, en RUIZ, Alicia E. C. (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42.
- “El sexo del derecho”, en KAIRYS, David (ed.), *The Politics of Law*, Pantheon, Nueva York, 1990, pp. 452-467.
- PATEMAN, Carol, *El contrato sexual*, Barcelona-México, Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 1995.
- PULECIO PULGARIN, Jairo, “Judith Butler: una filosofía para habitar el mundo”, en *Universitas Philosophica*, N° 57, año 28, julio-diciembre, Bogotá, 2011, pp. 61-85.
- PULEO, Alicia, *Filosofía, género y pensamiento crítico*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2000.
- ROSANVALLON, Pierre, *La sociedad de iguales*, 1ª ed., Buenos Aires, Manantial, 2012.
- RUIZ, A., “Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, 2011, pp. 275-288.
- “De cómo el derecho nos hace mujeres y hombres”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001.
- “La justicia como igualdad”, en *AFDUAM 2*, 1998, pp. 131-144.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI Editores, Colección Derecho y Política, 2016.

- “(Des)igualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo - GARGARELLA, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires. 2007.
- SCOTT, Joan W., “Igualdad vs Diferencia: los usos de la teoría postestructuralista”, *Feminist Studies*, vol. 14, N° 1, primavera de 1988. www.debatefeminista.com [6/9/2014].
- *Parité!: La igualdad de género y la crisis de universalismo francés*, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- SMART, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en BIRGIN, Haydee (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Biblos, Colección Identidad Mujer y Derecho, 2000.
- *Feminism and the Power of Law*, Routledge, London, 1989, capítulo 4: “The quest for a feminist jurisprudence”, pp. 66-90.
- URIBE, Roberth, “Ética y derecho en la Posmodernidad”, Grupo de Investigación “Saber, poder y derecho”, Línea de Investigación “Derecho y Lenguaje”, inscritos en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2008. Disponible en: <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/850/743>.

Recepción: 25/4/2018

Aceptación: 6/6/2018

LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Por MARIANO FERNÁNDEZ VALLE*

Resumen:

El presente trabajo compila y reseña la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo referente a la protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. A ese fin, se analizan los aspectos más salientes de las decisiones adoptadas por el tribunal interamericano en los casos “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, “Duque vs. Colombia”, “Homero Flor Freire vs. Ecuador” y “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, junto con aquella recaída en el marco de su Opinión Consultiva N° 24/17, sobre identidad de género y derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo. El trabajo cierra con conclusiones que sintetizan estos avances y destacan su importancia a nivel regional.

Palabras clave:

Igualdad y no discriminación, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, jurisprudencia interamericana.

* Abogado, Magíster en Derecho y Posgrado en “Derecho Constitucional y Derechos Humanos” (Universidad de Palermo). Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (Universidad de Chile). Fue docente en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad de Palermo, en la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS) y en la Escuela del Servicio de Justicia, entre otras instituciones. Actualmente se desempeña como docente en la asignatura “Derechos Humanos y Garantías” de la Facultad de Derecho de la UBA, y en cursos de posgrado de esa unidad académica. Integrante de la Red Alas - Red Latinoamericana de Académicos/as del Derecho. Funcionario Letrado de la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público de la Defensa, República Argentina.

THE PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION BASED ON SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY IN THE CASE LAW OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract:

This paper compiles and reviews the recent case law of the Inter-American Court of Human Rights related to protection against discrimination based on sexual orientation, gender identity and gender expression. With this aim, I analyze the most salient aspects of the decisions adopted in the cases “Atala Riffo and Daughters vs. Chile”, “Duque vs. Colombia”, “Homero Flor Freire vs. Ecuador” and “Ramírez Escobar and others vs. Guatemala”, and in the Advisory Opinion N° 24/17, about gender identity and the rights of same-sex couples. The article ends with conclusions that synthesize these advances and highlight their importance at the regional level.

Keywords:

Equality and non discrimination, sexual orientation, gender identity, gender expression, Inter-american case law.

INTRODUCCIÓN

La protección legal de los colectivos LGBT se ha introducido de forma tardía en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, incluso en comparación con otros sistemas de protección como el europeo y el universal. No obstante, en tiempos recientes ha avanzado de forma notoria a través de distintas decisiones de la Comisión Interamericana (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En este trabajo, me centraré en este último ámbito y repararé los aspectos principales de cinco importantes decisiones adoptadas por el tribunal de San José: (1) *Atala Riffo y niñas vs. Chile*¹, (2) *Duque vs. Colombia*², (3) *Homero Flor Freire vs. Ecuador*³, (4) *Opinión Consultiva OC-24*⁴, y (5) *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*⁵. En su conjunto, estas decisiones⁶ abordan algunas

¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

² Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

³ Corte IDH, *Caso Homero Flor Freire vs. Ecuador*. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-24*. 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

⁵ Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁶ Los casos que se reseñan a lo largo del escrito no se agotan en la descripción sintética que se ofrece, que se circunscribe únicamente a las dimensiones relacionadas con la orientación

de las cuestiones que han adquirido mayor visibilidad en el activismo regional y en los debates al interior de los diferentes Estados.

1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN CINCO ACTOS

1.1. Primer acto: Atala Riffo y niñas vs. Chile

La Corte dio sus primeros pasos en la materia a propósito del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en un contexto en el que la temática comenzaba a posicionarse más fuertemente en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA)⁷. En este precedente, señaló que el Estado chileno violó el principio de igualdad y no discriminación —entre otros aspectos— por la decisión de su Corte Suprema de Justicia que privó a la peticionaria de la tuición y custodia de sus tres hijas menores de edad por su orientación sexual y por haber iniciado una convivencia con otra mujer.

La Corte IDH consideró allí que la orientación sexual y la identidad de género⁸ constituyen categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se incluyen en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a través de la fórmula genérica que proscribe la discriminación por “cualquier otra condición social”. Como consecuencia de ello, entendió la Corte que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”⁹.

Indicó también que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”¹⁰, consideración que debe leerse a la luz de la resistencia que en muchos órdenes locales generan ciertas manifestaciones de estos temas, y en oposición al mayor margen de apreciación estatal

sexual y la identidad de género. Para una mirada completa del contexto, de la plataforma fáctica y del análisis jurídico realizado por la Corte Interamericana, se sugiere la lectura exhaustiva de cada una de las decisiones.

⁷ A modo de ejemplo, véanse las resoluciones de la Asamblea General de la OEA 2435, de 2008; 2504, de 2009; 2600, de 2010 y 2653, de 2011, centradas en la denuncia y preocupación por la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual e identidad de género existentes al interior de los Estados.

⁸ Si bien la Corte IDH incluye en su decisión a la “identidad de género” dentro de las categorías protegidas contra la discriminación, con posterioridad —y en razón de las características del caso— su desarrollo no va a detenerse en ella sino únicamente en la “orientación sexual”.

⁹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, cit., párr. 91.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 92.

que han reconocido otros sistemas de protección de derechos humanos, como el europeo. En este sentido, esta temprana jurisprudencia adelanta un punto central, que luego se consolidará en decisiones posteriores, según el cual el termómetro social/institucional existente a nivel regional o hacia el interior de cada Estado no puede convertirse en parámetro de interpretación del alcance de los derechos convencionalmente reconocidos.

En el caso citado, la Corte IDH rechazó todos los argumentos que se habían esgrimido en el orden doméstico para vincular la decisión de privar a la peticionaria de sus hijas con el alegado objetivo de resguardar el interés superior de aquellas, a saber: (1) la presunta discriminación social que las niñas podrían enfrentar por la orientación sexual de su madre; (2) la presunta “confusión de roles” derivada de la convivencia de su madre con una persona de su mismo sexo; (3) la supuesta prevalencia que la peticionaria habría dado a su vida personal por sobre los intereses de sus hijas; (4) el alegado derecho de las niñas a crecer y desarrollarse en una familia “normal y tradicional”.

En franca oposición a este despliegue argumental, la Corte IDH afirmó que “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”¹¹ y que, por lo tanto, “no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”¹². Indicó, a su vez, que “[e]l interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos”¹³. Consideró, además, que no era admisible condicionar las opciones de vida de la peticionaria a través de una concepción tradicional sobre el rol de las mujeres como madres, que espera que renuncien a aspectos esenciales de su identidad para privilegiar la atención sus hijos/as¹⁴. Aclaró también que la Convención Americana no consagra un “modelo específico” de familia, ni puede ser utilizada para validar percepciones “limitadas y estereotipadas” de este concepto¹⁵.

Adicionalmente, la Corte señaló que la decisión de privar a la peticionaria de la tuición de sus hijas por su orientación sexual y por el haber iniciado una convivencia con otra mujer no solo implicaba una discriminación contra ella, sino también contra las niñas. Indicó que “las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se ex-

¹¹ *Ibid.*, párr. 109.

¹² *Ibid.*, párr. 109.

¹³ *Ibid.*, párr. 110.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 140.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 145.

tiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre”¹⁶. Por ello, resolvió que “[a]l haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales”¹⁷, y que “[a]demás, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir no continuarían viviendo con ella”¹⁸.

Fuera de las importantes consideraciones previas, existe un aspecto de la decisión algo menos auspicioso, vinculado con el análisis realizado por la Corte IDH respecto de la violación de las garantías judiciales y del principio de imparcialidad, con motivo de la forma en la que se gestionó judicialmente el caso en el orden doméstico. En concreto, la Comisión Interamericana había indicado en su demanda ante la Corte IDH que

la posición de desventaja en que Karen Atala fue puesta por parte de las autoridades judiciales a lo largo del proceso al considerar su orientación sexual como un elemento fundamental de su habilidad para ser madre, así como el uso evidente de prejuicios discriminatorios contra la población homosexual en las decisiones determinantes del proceso, permiten concluir que la señora Karen Atala no fue escuchada con las debidas garantías en el proceso de custodia de sus hijas, en particular, no contó con la garantía de imparcialidad y, en suma, le fue negado un acceso efectivo a la justicia¹⁹.

No obstante, respecto de este punto la Corte IDH indicó que

si bien es cierto que en el presente caso se han declarado algunas violaciones a la Convención (...), una violación del artículo 8.1 por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales²⁰.

Y agregó a ello que

El Tribunal constata que ni la Comisión ni los representantes han aportado elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de

¹⁶ *Ibid.*, párr. 151.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 154.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 155.

¹⁹ CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas - N° 12.502*, 17/9/2010, párr. 149.

²⁰ *Ibid.*, párr. 190.

imparcialidad subjetiva de los jueces. Tampoco se han aportado elementos convincentes que permitan cuestionar la imparcialidad objetiva de los jueces en la sentencia de la Corte Suprema. Una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar por este Tribunal una falta de la imparcialidad objetiva²¹.

De tal modo, el criterio transcrito sugiere que es posible hallar discriminatoria una sentencia o razonamiento judicial por uso de estereotipos y prejuicios sin que de ello se siga una violación a las garantías judiciales y, en particular, al principio de imparcialidad judicial, aspecto desde mi perspectiva cuestionable. Por otra parte, cabe también la pregunta si respecto de este tipo de casos, anclados precisamente en contextos discriminatorios contra colectivos LGBT que la Corte tuvo por probados, es posible predicar el principio general según el cual la “imparcialidad subjetiva” de las autoridades se presume.

1.2. Segundo acto: *Duque vs. Colombia*

Con posterioridad, en el caso *Alberto Duque vs. Colombia* la Corte IDH ratificó la especial protección que poseen la orientación sexual y la identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y amplió los alcances del reconocimiento familiar de las uniones de personas del mismo sexo²². Allí determinó la responsabilidad del Estado colombiano por privar al peticionario de la “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja, con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo.

Entre otras consideraciones, ponderó en el caso que según los “Principios de Yogyakarta” (Nº 13):

los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte²³.

²¹ *Ibid.*, párr. 191.

²² Véase Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, cit., párrs. 89-139.

²³ *Ibid.*, párr. 110. Los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (“Principios de Yogyakarta”) fueron redactados en el año 2006 por un panel de especialistas en la materia, y

Por otra parte, tomó también en consideración la jurisprudencia comparada en materia de acceso no discriminatorio a pensiones por parte de parejas del mismo sexo, junto con los distintos avances que a nivel regional establecieron “que las preferencias sexuales de una persona no constituyen un obstáculo para hacer realidad los derechos a acceder a una pensión de sobrevivencia”²⁴. Al respecto, la Corte IDH se sirvió de lo resuelto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en *Young vs. Australia*²⁵, que planteaba una discusión emparentada con la del presente caso. Respecto de los avances existentes en la región, la Corte citó la adopción de la sociedad de convivencia (2006) y el matrimonio igualitario (2009) en la Ciudad de México; la Ley de Unión Concu- binaria (2007) y el matrimonio igualitario (2013) en Uruguay; la Ley 1004 de Unión Civil de la Ciudad de Buenos Aires (2002) y la Ley de Matrimonio Igu- alitario de Argentina (2010); distintos avances administrativos y jurisprudencia- les en Brasil; la ley 20.830, del acuerdo de Unión Civil y de los convivientes civiles de Chile; la decisión de la Corte de EE.UU. recaída en *Obergefell et al vs. Hodges*, y jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que ya había avanzado en este sentido.

Este caso continuó la línea iniciada por *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y a su vez adelantó materias que posteriormente serían objeto de mayor desarrollo en la *Opinión Consultiva OC-24*, en especial en lo referente a la protección de los derechos derivados de la unión de personas del mismo sexo. En otro orden, también adelantó un aspecto que se retomó luego en la *OC-24*, vinculado con el uso de los “Principios de Yogyakarta” como uno de los parámetros interpreta- tivos de las disposiciones convencionales en lo que a esta materia involucra²⁶.

No obstante lo anterior, la posición de la Corte en este caso fue más mode- rada en materia de reparaciones. Mientras que en *Atala Riffo y niñas vs. Chile* la Corte fue enfática a la hora de señalar que la discriminación estructural con- tra los colectivos LGBT exigía no solo pensar las reparaciones en términos de reparación integral sino también en términos de “vocación transformadora”²⁷, en el caso *Duque vs. Colombia* no retomó esta línea ni hizo consideraciones

constituyen al día de hoy uno de los instrumentos más completos sobre el tema. Estos principios fueron receptados con posterioridad a su publicación por distintos organismos de las Naciones Unidas y, más recientemente, por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

²⁴ *Ibid.*, párrs. 112 y ss.

²⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Young vs. Australia*, Comunicación N° 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003), 18/9/2003.

²⁶ La relevancia del uso de estos principios no sólo quedó de resalto a través del voto de mayoría de la Corte, sino que se vislumbra, asimismo, en la oposición que uno de los votos par- cialmente disidentes expresó al respecto. Véase voto del juez Eduardo Vio Grossi, p. 8.

²⁷ La Corte había considerado allí que las reparaciones debían tener una vocación trans- formadora “de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correc- tivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI”. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, cit., párr. 267.

al respecto, lo cual podría explicarse en atención a los avances que ya habían tenido lugar en ese país cuando la Corte IDH resolvió el pleito, muchos de ellos potenciados por la actuación de su tribunal constitucional a través de una serie de decisiones pioneras en el continente.

Asimismo, la Corte IDH mostró nuevamente aquí una mirada limitada sobre la violación al principio de imparcialidad judicial, que se había alegado en el caso en relación con la posición denegatoria que los órganos jurisdiccionales mantuvieron en el ámbito interno frente al reclamo del peticionario para acceder a la pensión. Al respecto, la Corte IDH señaló que

no es posible concluir que las autoridades hayan actuado esencialmente y de forma principal con fundamento en otros aspectos más allá de lo expresamente establecido en leyes colombianas. Además, la Corte no cuenta con elementos que le permitan considerar que las autoridades judiciales actuaron con ausencia de imparcialidad o conforme a prejuicios o estereotipos relacionados con la orientación sexual del señor Duque que habrían influenciado de manera central y decisiva su decisión²⁸.

Sin embargo, no alcanza a comprenderse acabadamente por qué los jueces se eximirían de responder por una violación al principio de imparcialidad por el mero hecho de actuar sobre la base de la normativa vigente, en especial cuando la propia Corte IDH encontró en el caso que dicha normativa era discriminatoria por razones vinculadas con la orientación sexual²⁹. En ese sentido, encuentro mayor solidez al razonamiento utilizado por la Comisión Interamericana en su actuación ante la Corte, que había señalado que los méritos de las acciones judiciales interpuestas para acceder a la pensión en el ámbito interno “se rechazaron en base a una interpretación dogmática y formalista de la normativa vigente” y que “los procesos judiciales perpetuaron con sus decisiones los prejuicios y estigmatización de las parejas del mismo sexo, al reafirmar una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia vinculada exclusivamente con la ‘conservación de la especie y la procreación de los hijos’”³⁰.

1.3. Tercer acto: *Homero Flor Freire vs. Ecuador*

En este caso, la Corte Interamericana determinó la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por la sanción discriminatoria impuesta al señor Freire, en virtud de la cual fue dado de baja del Ejército por la percepción acerca de su orientación sexual y por aplicación de una normativa reglamentaria que

²⁸ *Ibid.*, párr. 165.

²⁹ *Ibid.*, párrs. 124-125. Eso más allá de que no haya declarado una violación al art. 2º, en atención a la evolución normativa y jurisprudencial que existió en Colombia en lo que respecta al reconocimiento y la protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

³⁰ *Ibid.*, párr. 141.

sancionaba de forma disímil los actos sexuales según involucren a personas de distinto o de igual sexo.

El caso permitió ratificar una vez más los aspectos ya abordados en los anteriores, relacionados con el carácter protegido de la orientación sexual y de la identidad de género, junto con la prohibición de discriminación *de iure* y *de facto* por tales motivos, pero a su vez presenta un aspecto singular que lo diferencia de aquellos y que fue tomado por la Corte Interamericana para profundizar su jurisprudencia y ampliar el nivel de protección. En este sentido, el hecho de que el peticionario negara el acto que se le achacara y de que no se identificara como homosexual, permitió a la Corte entrar en un análisis de la discriminación sufrida ya no con base en su autoidentificación sino en la percepción por parte de su entorno.

Al respecto, la Corte señaló que

el señor Flor Freire niega la ocurrencia del acto sexual con otro hombre y ha afirmado de manera consistente que no se identifica como homosexual. Al respecto, este Tribunal recuerda que la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este sentido, la orientación sexual de una persona dependerá de cómo esta se autoidentifique. Por tanto, para esta Corte, la manera como el señor Flor Freire se identifica es lo único relevante al momento de definir su orientación sexual. No obstante, la Corte advierte que, a efectos de la decisión en el presente caso, es necesario dilucidar si hubo discriminación contra la presunta víctima en el proceso de separación de las fuerzas armadas en virtud de una orientación sexual diversa, fuera esta real o percibida³¹.

A la hora de efectuar ese análisis, la Corte hizo un repaso por el reconocimiento que distintos instrumentos internacionales, órganos de derechos humanos y Estados de la región han hecho de la prohibición de discriminación por orientación sexual en las fuerzas armadas³² y, en el caso, entendió que la existencia de una normativa reglamentaria que, por una parte, sancionaba de una forma más gravosa los actos sexuales homosexuales y que, por otra parte, los sancionaba aun fuera del servicio, no superaba el test de convencionalidad

³¹ Corte IDH, *Caso Homero Flor Freire vs. Ecuador*, cit., párr. 103. Véase también párrs. 120-123. La Corte sostuvo, además, que “el concepto de ‘discriminación por percepción’ está contemplado en varios instrumentos internacionales, como por ejemplo, la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre la Protección contra la Violencia y otras Violaciones de Derechos Humanos de las Personas en base a la Orientación Sexual o Identidad de Género, real o imputada de 12 de mayo de 2014. Asimismo, ha sido incluido en la legislación de varios países y/o señalado por su jurisprudencia” (párr. 122).

³² *Ibid.*, párrs. 128-135.

y resultaba discriminatoria, por cuanto la diferencia no estaba sostenida en una fundamentación objetiva y razonable sino, por el contrario, denotaba el objetivo de excluir de las fuerzas armadas a las personas homosexuales³³.

1.4. Cuarto acto: la Opinión Consultiva OC-24/17

La línea iniciada en los precedentes citados se consolidó y amplió de forma reciente en la *Opinión Consultiva OC-24*, emitida a instancias de la solicitud del Estado de Costa Rica. Entre los ejes más relevantes, el Estado costarricense consultó a la Corte IDH: (1) acerca del alcance de la protección que la CADH reconoce a la identidad de género y de cómo esta protección debería determinar los procesos dirigidos al cambio de nombre registral y rectificación de partidas documentales por este motivo, y (2) acerca de si la CADH exige que se reconozcan los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo y si a tal efecto es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule esas uniones³⁴.

El enorme interés alrededor de esta consulta, así como su importancia en la construcción de estándares en América Latina, se vio reflejado en la cantidad de contribuciones que la Corte recibió de manera previa a su pronunciamiento y a los fines de influir en él: organizaciones no gubernamentales, personas físicas, entidades públicas e incluso Estados aportaron a este proceso, con posiciones diversas³⁵.

En el mismo sentido, la propia Corte IDH se mostró consciente de la importancia de los puntos llamados a resolver, de las diferencias que existen en su abordaje, y de la heterogeneidad que caracteriza a la movilización legal y social LGBT, de allí que advirtió previo a su análisis que

Esta Corte debe abordar estas temáticas teniendo en cuenta que en ellos suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos, así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Por todo ello, la Corte procurará, en la presente opinión, evitar hasta donde sea posible, caer en esas definiciones conceptualmente problemáticas y, cuando deba hacerlo, advierte que lo hará con la

³³ *Ibid.*, párrs. 137-138.

³⁴ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-24*, cit., párr. 3.

³⁵ Véase *ibid.*, párrs. 6-11.

mayor amplitud y provisionalidad, sin asumir ni defender ninguna posición conceptual y menos aún irreductible³⁶.

Adicionalmente, reseñó a modo de consideración preliminar distintos datos de contexto “con la finalidad de enmarcar la importancia de las temáticas que se abordarán en esta opinión para la tutela efectiva de los derechos de estas personas que han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales”³⁷. Allí rescató numerosas actuaciones de los mecanismos de protección de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano dirigidas a denunciar y abordar graves situaciones de violencia y discriminación cometidas por motivos de orientación sexual, identidad o expresión de género, así como la falta de debida diligencia en su investigación, enjuiciamiento y sanción, entre otros aspectos³⁸.

(1) Ya respecto del primer eje de consulta, a la hora de resolver la Corte IDH señaló que la identidad de género está protegida por la Convención Americana, se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada, a la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y a su libertad de expresión; que no responde a factores objetivos ni inmutables; y que es instrumental al ejercicio de otros derechos de carácter civil, político, económico, social y cultural³⁹.

También resaltó su especial protección derivada del art. 1.1 de la CADH, aun sin un reconocimiento expreso. De modo complementario, avanzó y dotó de esta especial protección no solo a la identidad de género sino también a la “expresión de género”⁴⁰, aspecto de singular importancia si se considera que esta última puede o no corresponderse con lo que socialmente se espera de la primera. De acuerdo con la Corte IDH, siguiendo lo indicado en *Homero Flor Freire vs. Ecuador*, “[e]n lo que respecta la expresión de género, este Tribunal ya ha señalado que es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector

³⁶ *Ibid.*, párr. 31.

³⁷ *Ibid.*, párr. 33.

³⁸ Es posible que en un futuro no muy lejano existan pronunciamientos de fondo de la CIDH al respecto en el sistema de peticiones individuales, que podrían luego ser tratados por la Corte IDH. Véase CIDH, Informe N° 73/16, Petición 2191-12, Informe de Admisibilidad, *Alexa Rodríguez*, El Salvador, 6/12/2016, párr. 9; CIDH, Informe N° 64/16, Petición 2332-12, Informe de Admisibilidad, *Vicky Hernández y Familia*, Honduras, 6/12/2016, párrs. 30-31; CIDH, Informe N° 99/14, Petición 446-09, Informe de Admisibilidad, *Luis Alberto Rojas Marín*, Perú, 6/11/2014, párr. 59-60. En los casos citados, se discuten ante la CIDH las responsabilidades estatales por actos de violencia contra personas LGBT, y por la falta de debida diligencia en su investigación y juzgamiento.

³⁹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-24/17*, cit. párr. 101.

⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 78-79.

social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima⁷⁴¹.

Con relación directa a otros aspectos incluidos en este primer eje de la consulta⁴², la Corte señaló, además, que

El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género autopercibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana⁴³.

En función de ello, los Estados están obligados a regular los procedimientos adecuados para respetar y garantizar tales derechos sin discriminación. Respecto de estos procedimientos, el tribunal interamericano indicó, entre otros requisitos, que

a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales⁴⁴.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 79. Y continúa la Corte indicando que “[e]n consecuencia, de conformidad con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender en relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no. En ese sentido, se debe entender que toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su artículo 1.1”. Véase *ibid.*, párr. 79.

⁴² Debe indicarse que el eje de consulta estaba circunscrito a la adecuación de los registros, no así a lo relativo al acceso a la salud integral y/o a técnicas quirúrgicas y hormonales por motivos de identidad o expresión de género. Respecto de este último tema, es posible que en el futuro se desarrollen estándares en el marco del sistema de peticiones individuales. Véase CIDH, Informe N° 11/16, Petición 362-09, Informe de Admisibilidad, *Luiza Melinho*, Brasil, 14/4/2016. En el caso referido, en trámite ante la CIDH, “los peticionarios sostienen que la negativa del Estado de llevar a cabo la cirugía de afirmación sexual de la señora Melinho en un hospital público, la negativa de reembolsarla por los gastos de la cirugía que fue llevada a cabo en un hospital privado y la negativa de otorgarle una indemnización por supuestos daños morales constituirían violaciones de los artículos 1, 4, 5, 8, 11, 24 y 25 de la Convención Americana en perjuicio de la señora Melinho” (párr. 48).

⁴³ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-24/17*, cit., párr. 116.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 160.

En adición a lo señalado, la Corte IDH interpretó que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género también son aplicables a niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que dicha identidad se reconozca en los documentos y en los registros, y que

este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación⁴⁵.

(2) Con relación al segundo eje de consulta, vinculado con la protección de los derechos derivados de los vínculos de personas del mismo sexo, la Corte retomó y profundizó los desarrollos vertidos en *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y en *Duque vs. Colombia*. Indicó aquí que “la existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades”, que su “conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos” y que “en la actualidad existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio”⁴⁶.

Sobre esta base, consideró que la CADH protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo (arts. 11.2 y 17, CADH); que también deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas heterosexuales, todos los derechos patrimoniales que se derivan de ese vínculo familiar (arts. 1.1 y 24, CADH); y que incluso la obligación de los Estados trasciende los derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones consagrados en el derecho interno de cada Estado⁴⁷.

A lo mencionado agregó que “[l]os Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de [...] todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”⁴⁸ y que para ello “podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo”⁴⁹.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 154.

⁴⁶ *Ibid.*, párrs. 177-178.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 199.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 228.

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 92.

El tribunal entendió que la forma más sencilla y eficaz de proteger esos vínculos es mediante la extensión de las distintas figuras ya existentes, incluido el instituto del matrimonio⁵⁰. Consideró que establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas de un mismo sexo en la forma en que pueden fundar una familia no supera un test de escrutinio estricto de igualdad, porque no existen finalidades convencionalmente aceptables para que esa distinción sea considerada necesaria o proporcional⁵¹.

En este sentido, señaló que la finalidad de procreación que típicamente se esgrime para justificar la diferencia es incompatible con la protección de la familia como realidad social y que, por otra parte, no es una característica que defina a las relaciones conyugales⁵². También descartó que las convicciones religiosas o filosóficas que poseen las personas puedan ser utilizadas como parámetro de convencionalidad ni utilizadas como guía interpretativa de los derechos humanos⁵³. En adición, consideró que

crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo⁵⁴.

Respecto de este punto, la Corte IDH avanzó más allá del coto que otros organismos de protección de derechos humanos fijaron en su jurisprudencia, que siempre vieron en el matrimonio igualitario una frontera infranqueable⁵⁵, frontera que también se verifica en muchos Estados de la región latinoamericana. Consciente de esto, la Corte advirtió la posibilidad de que las reformas necesarias para adecuar las figuras existentes enfrenten dificultades institucionales, pero aclaró que, transitoriamente y en tanto de buena fe se impulsen esas reformas, los Estados “tienen de la misma manera el deber de garantizar a las

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 218.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 220.

⁵² *Ibid.*, párr. 221.

⁵³ *Ibid.*, párr. 223.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 224.

⁵⁵ Véase Comité de Derechos Humanos, *Joslin et al. vs. Nueva Zelanda*, Comunicación N° 902/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/902/1999, 30/7/2002 y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Schalk and Kopf vs. Austria*, Application N° 30141/04, 24/6/2010.

parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna”⁵⁶.

1.5. Quinto acto: Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala

Finalmente, cabe traer a colación una decisión sumamente reciente, en la que se declaró la responsabilidad del Estado de Guatemala por distintas violaciones de derechos que tuvieron lugar en los procedimientos que derivaron en la separación arbitraria de una familia, a través de la irregular entrega en adopción de dos hermanos a familias de otro país, todo en el marco de un contexto más amplio de “serias irregularidades en los procesos de adopción de niñas y niños guatemaltecos, favorecido por una debilidad institucional de los órganos de control y una normativa flexible e inadecuada que facilitó la formación de redes y estructuras de delincuencia organizada dedicadas al ‘lucrativo’ negocio de las adopciones internacionales”⁵⁷.

Si bien el caso no trata directamente acerca de cuestiones vinculadas con la orientación sexual y la identidad de género, estas se abordan a propósito del análisis de los motivos arbitrarios que fundaron la declaración del estado de abandono de los niños y, consecuentemente, la separación de la familia biológica, a saber: (1) la situación económica de la familia, (2) el rol de género asignado a la madre de los niños y al padre de uno de ellos y (3) la orientación sexual de la abuela materna de los hermanos⁵⁸.

Respecto del último punto, el razonamiento de la Corte IDH continuó la misma senda trazada en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, según la cual la orientación sexual no es un criterio que permita la disminución o restricción de derechos, ni la determinación de las aptitudes parentales o de cuidado⁵⁹. En este caso la Corte tuvo por acreditado que en el marco de los procedimientos internos de Guatemala se había descartado la posibilidad de que el cuidado de los hermanos se asignara a la abuela materna, porque tenía “preferencias homosexuales” y podía transmitir “esta serie de valores a los niños que tenga a cargo”⁶⁰, y frente a ello señaló que

A pesar de que la resolución judicial que declaró a los niños en estado de abandono no contiene una motivación explícita, queda establecido que dicha autoridad judicial consideró que ninguno de los familiares de los hermanos Ramírez constituía un recurso adecuado para su protección y que uno de los argumentos para fundamentar esta consideración fue la orientación

⁵⁶ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-24/17*, cit., párr. 228.

⁵⁷ Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 145.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 275.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 300.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 301.

sexual de la abuela materna. La Corte reitera que la orientación sexual no puede ser utilizada como un elemento decisorio en asuntos de custodia o guarda de niñas y niños. Las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, como las utilizadas en este caso, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños no son idóneas para garantizar el interés superior del niño, por lo que no son admisibles. Tomando en cuenta que la orientación sexual de la abuela materna se tuvo en cuenta, de manera explícita, para adoptar la decisión de declarar a los niños Ramírez en estado de abandono y separarlos de su familia biológica, este Tribunal considera que ello constituyó un elemento adicional de discriminación en el presente caso⁶¹.

Por otra parte, a propósito de que la abuela materna no había formado parte de las actuaciones internacionales como presunta víctima, la Corte IDH también recordó que “la prohibición de discriminación en perjuicio de los niños se extiende a las condiciones de sus padres y representantes legales y, en este caso, de otras personas que hubieran podido ejercer su cuidado como su abuela”, por lo que la discriminación contra ella también alcanza a los niños que se vieron privados por esa razón de la posibilidad de crecer y desarrollarse en su medio familiar y dentro de su cultura⁶².

En adición a lo anterior, y como novedad respecto de jurisprudencia previa en este campo, la Corte IDH consideró aquí el carácter *interseccional* de la discriminación sufrida⁶³, en tanto consideró que respecto de la madre biológica de los niños “habrían confluído en forma interseccional distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a su condición de madre soltera en situación de pobreza, con una madre lesbiana”, y que la discriminación experimentada por ella sería el resultado del actuar entrecruzado de todos esos factores, que interaccionan y se condicionan entre sí⁶⁴.

CONCLUSIONES

Las cinco decisiones repasadas permiten extraer algunas conclusiones.

En primer término, son representativas de un interés cada vez más creciente en la temática, que se vincula con las luchas que en cada uno de los Estados de la región libra el activismo organizado a fin de ampliar el reconocimiento

⁶¹ *Ibid.*, párr. 301

⁶² *Ibid.*, párr. 302.

⁶³ El concepto “interseccionalidad” fue acuñado hace casi 30 años por Kimberlé Williams Crenshaw. La Corte IDH hizo uso de él por primera vez en su decisión recaída en el caso *González Lhuy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 1º de septiembre de 2015. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 290.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, cit., párrs. 276 y 304.

de los derechos de los colectivos LGBT. La Corte Interamericana se mueve al compás de las discusiones locales y las orienta dentro de los límites delineados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En segundo término, estas decisiones en su conjunto consolidan una línea jurisprudencial según la cual la “orientación sexual”, la “identidad de género” y —más recientemente— la “expresión de género” constituyen categorías especialmente protegidas por el DIDH, lo que implica que toda distinción que sobre esa base disminuya o restrinja derechos se presume prohibida, debe ser sometida a un estricto escrutinio, y exige la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del Estado. A su vez, esta jurisprudencia deriva esa especial protección de lo dispuesto en el art. 1.1 de la CADH, en cuanto reconoce que los derechos deben ser respetados y garantizados sin discriminación sobre la base de la fórmula abierta “*y cualquier otra condición social*”. Finalmente, esa protección no solo incluye a quienes se identifican como parte del grupo afectado, sino también a quienes son percibidos como parte de él o sufren una discriminación por conexión o asociación a ese grupo.

En tercer término, esta jurisprudencia ratifica que la discriminación contra colectivos en razón de la orientación sexual y la identidad de género no resulta episódica, sino que responde a un patrón estructural de menosprecio hacia las formas no hegemónicas de sexualidad, que se manifiesta no solo en las condiciones de acceso desigual de *iure* y de *facto* a derechos, sino en los altos niveles de violencia que se registran a nivel regional. No obstante, debe notarse que esta idea a menudo cobra más fuerza en el análisis conceptual de los casos sometidos a la Corte IDH que a la hora de disponer las medidas de reparación, donde el tribunal interamericano registra avances menos significativos a la luz del parámetro de “vocación transformadora” que debería caracterizarlas.

BIBLIOGRAFÍA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Caso Homero Flor Freire vs. Ecuador. Sentencia 31 de agosto de 2016. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas.

Caso González Lhuy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1º de septiembre de 2015. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Opinión Consultiva OC-24. 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas - N° 12.502, 17/9/2010, párr. 149.

Informe N° 73/16, Petición 2191-12, Informe de Admisibilidad, *Alexa Rodríguez*, El Salvador, 6/12/2016.

Informe N° 64/16, Petición 2332-12, Informe de Admisibilidad, *Vicky Hernández y Familia*, Honduras, 6/12/2016.

Informe N° 99/14, Petición 446-09, Informe de Admisibilidad, *Luis Alberto Rojas Marín*, Perú, 6/11/2014.

Informe N° 11/16, Petición 362-09, Informe de Admisibilidad, *Luiza Melinho*, Brasil, 14/4/2016.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS:

Young vs. Australia, Comunicación N° 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003), 18/9/2003.

Joslin et al. vs. Nueva Zelanda, Comunicación N° 902/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/902/1999, 30/7/2002.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

Schalk and Kopf vs. Austria, Application N° 30141/04, 24/6/2010.

Recepción: 30/5/2018

Aceptación: 14/7/2018

TERRORISMO Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO*

Por EULALIA PÉREZ SEDEÑO**

Resumen:

Las discusiones e investigaciones sobre el terrorismo raramente se centran en la implicación del género en la cuestión. La idea de que las mujeres solo desempeñan, en todo caso, labores de apoyo, corresponde a unos estereotipos de género que asocian a las mujeres con la ternura, la compasión, la sensibilidad, el cariño, el cuidado, el afecto y la sumisión. Dichos estereotipos extienden la creencia de que las mujeres son apolíticas, que la división del trabajo entre mujeres y hombres se basa en diferencias físicas y en la distinta capacidad de unas y otros para llevar a cabo ciertos actos y en que el propósito y función primaria de una mujer es ser madre y esposa en vez de tener una identidad. Al aceptar esos estereotipos, las mujeres terroristas se convierten en una anomalía, en algo irracional, en especial las terroristas suicidas islamistas.

Palabras clave:

Terrorismo, estereotipos de género, mujeres terroristas suicidas.

TERRORISM AND GENDER STEREOTYPES

Abstract:

Research and discussions on terrorism rarely take up the issue of gender. The idea that women only perform supportive roles reflects certain gender stereotypes that associate women with tenderness, compassion, sensibility, love, caregiving, affection

* Reproducción del artículo publicado originalmente en *Isegoria. Revista de Filosofía Moral y Política*, N° 46, enero-junio, 2012, pp. 233-247, ISSN: 1130-2097 DOI: 10.3989/isegoria.2012.046.10. Disponible en <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewFile/781/780>. Agradecemos al equipo editorial los permisos para la reproducción.

** Profesora de Investigación en Ciencia, Tecnología y Género en el Departamento de Ciencia, Tecnología y Sociedad del Instituto de Filosofía, CCHS-CSIC (España) y Catedrática de Lógica y Filosofía de la Ciencia. Instituto de Filosofía, IFS-CCHS del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Correo electrónico: eulalia.psedeno@cchs.csic.es.

and submission. These type of stereotypes construct and ideal of apolitical women, in which the labor division is based upon biological differences and the distinct abilities to carry out certain tasks, and where the primary role of women is, in the end, to become a mother and a wife instead of developing an identity. If these stereotypes are accepted, then women terrorists become an anomaly, an irrational subject, especially women who are Islamic suicide bombers.

Keywords:

Terrorism, gender stereotypes, women suicide bombers.

INTRODUCCIÓN

Cuando se plantea el papel de las mujeres en el terrorismo, lo primero en que se piensa es en las mujeres como víctimas, como individuos humillados por razones políticas o religiosas. Hay casos en diversas partes del mundo como Ruanda, Argelia, Yugoslavia y Afganistán, donde se han producido ataques sistemáticos contra niñas y mujeres. En las últimas décadas, por ejemplo, en Bosnia los grupos nacionalistas serbios ejecutaron una campaña sistemática de violaciones como parte de la limpieza étnica de la población musulmana de la región. Del mismo modo, en la provincia de Kivu, en el Congo, y en la región de Darfur, en Sudán, las mujeres han sido objeto de violaciones sistemáticas por parte de insurgencias o contrainsurgencias de un tipo u otro. En Uganda, el Ejército de Resistencia del Señor (LRA, *Lord's Resistance Army*) despliega una política de raptó y reclutamiento obligatorio de chicas y chicos jóvenes para convertirlos en esclavas a las primeras y en soldados a los segundos. Y en Afganistán las chicas son envenenadas y se vuelan sus escuelas porque los talibanes creen que educar a las mujeres viola sus principios religiosos fundamentales¹. Más allá de la vergüenza y la humillación, el propósito político detrás de estas campañas es extender el miedo y el terror entre el grupo objetivo, hombres y mujeres, una exhibición de dominio.

Pero la idea de que las mujeres son siempre víctimas, nunca las terroristas, es un estereotipo de género clásico en sí mismo. Además, en un nivel más básico, los esfuerzos antiterroristas no pueden ser efectivos si se basan en supuestos falsos sobre quiénes son los terroristas, por lo que hacer definiciones del terrorismo basándonos en que los terroristas son varones masculiniza el en-

¹ Algo diferente es la violencia ejercida por ETA en nuestro país, donde de las aproximadamente 900 muertes, 38 mujeres han sido víctimas directas de la banda armada, aunque habría que añadir las que sufrieron la violencia en sus parejas, hijos o padres. Ver HAMILTON, Carrie, *Women and ETA. The Gender Politics of Radical Basque Nationalism*, Manchester, Manchester University Press, 2007.

foque del terrorismo e introduce la peligrosa y destructiva idea de que estamos en «guerra» con el terror².

1. UN POCO DE HISTORIA

El 30 de julio de 1977, Susanne Albrecht, una joven perteneciente al RAF (*Rote Armee Fraktion*, Facción del Ejército Rojo³) tocó el timbre de la casa de su abuelo, Jürgen Ponto, director ejecutivo del Dresdner Bank y, cuando este le abrió la puerta y Susanne le entregó un ramo de rosas, otro miembro de la banda le disparó, en un intento frustrado de secuestro.

Los titulares de los periódicos alemanes mostraban de manera clara el shock producido. El 1 de agosto de 1977, el periódico *Bild* decía: “La muerte llega con rosas rojas”; *Stern* encabezaba un reportaje publicado el 4 de agosto de 1977 con la frase que había dicho el abuelo al abrir la puerta: “Es Susanne”; otro medio de comunicación, Spiegel, titulaba un reportaje publicado una semana más tarde de la siguiente manera: “Las mujeres dominan ahora la escena terrorista en Alemania Occidental” y más adelante manifestaba que los criminólogos estaban confundidos y confusos acerca de los motivos que llevaban a una mujer a militar en organizaciones terroristas. No entendían cómo una joven agraciada y de clase media había echado por tierra todo lo que la sociedad esperaba de ella. La misma publicación insistía en que las mujeres y las jóvenes se estaban alejando de forma radical de sus roles convencionales, afirmando que las acciones de Albrecht “no encajan con la imagen tradicional del sexo que en inglés se denomina ‘the fair sex’ (el bello sexo) - el género de la belleza, de la decencia, de la luz”⁴. La apelación a los sentimientos, a la belleza, la decencia, y la luz, como el encanto y el deber de la mujer, revela un cierto desamparo, o confusión cultural: si belleza y bondad no son equiparables y si la feminidad es algo que ya no podemos idealizar como pura y bella, ¿a dónde vamos a llegar?

¿Por qué tanta extrañeza? Lo que impactaba profundamente en la sociedad alemana era la «violación» de la tradicional subordinación de las mujeres y el estereotipo que las iguala con la naturaleza, la crianza, el cuidado y les asigna un carácter pasivo, emotivo y subjetivo; dicho de otro modo, en los grupos terroristas parecía haber una “división del trabajo” que no encajaba con la división tradicional, pues las mujeres no solo ejercían tareas de ayuda, o recogida de información, sino que también eran luchadoras activas y hasta asumían labores de liderazgo.

² Este último aspecto constituye una gran preocupación en los estudiosos del terrorismo. Ver SANMARTÍN, José, *El terrorista. Cómo es. Cómo se hace*, Barcelona, Ariel, 2005.

³ También conocida como la «Banda BaaderMeinhof» (por el apellido de sus dos miembros más importantes y conocidos) fue una de las organizaciones revolucionarias de izquierda radical más activas de la República Federal de Alemania en la posguerra.

⁴ COLVIN, Sarah, *Ulrike Meinhof and West German Terrorism. Language, Violence and Identity*, Rochester, Nueva York, Camden House, 2009, p. 193.

La historia ofrece ejemplos diversos de las implicaciones de las mujeres en actividades terroristas. Por ejemplo, las mujeres desempeñaron papeles importantes, incluyendo los de liderazgo, en el terrorismo que surgió en Rusia durante la década de 1870, mucho antes de que logaran el derecho al voto en las democracias occidentales. La primera organización terrorista moderna “La Voluntad del Pueblo” (Narodnaya Volya) surgió entre estudiantes jóvenes de clase media, incluyendo mujeres, que buscaban utilizar a los campesinos rusos para sus fines revolucionarios. Este grupo no pretendía llevar a cabo una revolución de masas, sino una serie de asesinatos selectivos, en concreto de líderes clave del régimen zarista. Entre 1878 y 1882 desplegó una campaña en este sentido que culminó con el asesinato del zar Alejandro II, en 1881. En sus memorias, Vera Figner, miembro del Comité Ejecutivo de La Voluntad del Pueblo da cuenta de estos hechos en los que participó⁵. Pero no fue la única mujer que participó en la muerte del zar, pues otras muchas estuvieron implicadas en la planificación y ejecución del asesinato, por el que fueron juzgadas y ejecutadas. A pesar de su derrota por parte de las autoridades rusas, La Voluntad del Pueblo sirvió de inspiración para otros grupos europeos, por ejemplo en Irlanda, y en otros no europeos⁶.

También las mujeres participaron en el Partido Socialista Revolucionario, que se formó en Kharkov en 1901 para eliminar la monarquía rusa y sustituirla por una República de obreros. De inspiración marxista (aunque ni Marx ni Engels estaban a favor del terrorismo individual) el partido creó una unidad separada, la Organización de Combate, para llevar a cabo operaciones terroristas que produjo una ola de asesinatos desde su formación hasta el estallido de la revolución en 1917. Dora Brilliant fue la encargada de idear el asesinato del ministro del interior en 1903, uno de sus logros más notables. Y pocas personas recuerdan que fue una mujer, Fanny Kaplan, miembro del partido revolucionario socialista antibolchevique, la que casi tiene éxito en asesinar a Lenin en 1918, pues consideraba que Lenin estaba dirigiendo mal el curso de la revolución.

Las mujeres tomaron más o menos parte en las luchas por la independencia de diversos países tras la Segunda Guerra Mundial, que tenían ciertos componentes terroristas, aunque en China, Sudeste Asiático, Cuba y África Subsahariana, la lucha armada predominante fue la guerra de guerrillas. En Argelia, en cambio, la lucha por su independencia de Francia, entre 1954 y 1962, incluía guerrillas rurales y actos terroristas urbanos; el Frente de Liberación Nacional (FLN) asignó la ejecución de importantes atentados terroristas a mujeres, sobre todo a aquellas que podían pasar por europeas. Por ejemplo,

⁵ Después del asesinato del zar, Vera fue arrestada y sentenciada a 25 años de prisión.

⁶ WEINBERG, Leonard - EUBANK, William, “Women’s Involvement in Terrorism”, *Gender Issues*, vol. 28, N° 1 y 2, 2011, pp. 22-49.

Zohra Drif, Dajmila Bouhard y Samia Lakhdari fueron a un mitin de Yacef [Saïdi Yacef, líder del FLN en Argel] en uno de sus escondites de la Casbah. Se les dijo que esa misma tarde iban a colocar tres bombas en el corazón del Argel europeo (...). Se quitaron el velo, se tiñeron el cabello y se vistieron con el tipo de ropa de verano floja que las muchachas *piéd noir* llevarían para un día de playa. A cada una de ellas se les dio una pequeña bomba (...) Las mujeres pasaron luego por los controles del ejército francés en el barrio europeo. Dejaron sus bombas en diferentes lugares, incluyendo una cafetería —murieron tres personas y hubo docenas de heridos⁷.

Los años sesenta vieron nacer o desarrollarse diversas organizaciones terroristas en Alemania (por ejemplo, el ya mencionado RAF), los Estados Unidos (como el Ejército Simbiótico de Liberación que saltó a la fama por el secuestro de Patricia Hearst y su posterior captación para la causa) y Sudamérica (como los Tupamaros uruguayos, los argentinos Montoneros o la peruana Sendero Luminoso) en las que las mujeres desempeñaron destacados papeles.

Finalmente, desde la década de los años ochenta en adelante se desarrolla un nuevo terrorismo con ciertos rasgos distintivos: en primer lugar, la religión desempeña un papel importante en la activación de los nuevos grupos; en segundo, no solo le interesa matar cuanto más gente mejor, sino que mucha gente lo vea; en tercero, persigue la obtención de armas “de destrucción masiva” y la utilización de terroristas suicidas; y, por último, este nuevo terrorismo utiliza de forma amplia y masiva, las nuevas formas de comunicación disponibles en Internet⁸.

2. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Los estereotipos, esto es, el conjunto de creencias existentes sobre las características que se consideran apropiadas para hombres y para mujeres, sitúan a estas en la esfera privada y al cuidado del hogar y de la descendencia, mientras el varón ocupa la esfera pública. Los rasgos estereotípicos de personalidad asociados a las mujeres las consideran tiernas, compasivas, sensibles a las necesidades, cariñosas, afectuosas, sumisas y de llanto fácil; en cambio, los que se asocian a la masculinidad atribuyen a los hombres comportamiento de líderes, que son amantes del peligro, individualistas, agresivos, de fuerte personalidad, atléticos, egoístas y duros⁹ (López-Sáez, Morales y Lisbona, 2008). Como se puede apreciar, rasgos muy acordes con lo que debe ser un auténtico terrorista

⁷ *Ibid.*, pp. 26-27.

⁸ WEINBERG, Leonard - EUBANK, William, “Women’s Involvement in Terrorism”, *Gender Issues*, vol. 28, Nº 1 y 2, 2011.

⁹ LÓPEZ-SÁEZ, Mercedes - MORALES, J. Francisco - LISBONA, Ana, “Evolution of Gender Stereotypes in Spain: Traits and Roles”, *The Spanish Journal of Psychology*, vol. 11, Nº 2, 2008, pp. 609-617.

y de los que carecerían las mujeres. Los mismos estereotipos se revelan en los comentarios de los líderes militantes que discuten el papel de las mujeres en los conflictos y que conducen a la perpetuación de ese mito y se traduce en la creencia, en primer lugar, de que las mujeres son apolíticas; en segundo, que la división del trabajo entre mujeres y hombres se basa en diferencias físicas y en la capacidad de unas y otros para llevar a cabo ciertos actos; y, en tercer lugar, que el propósito y función primaria de una mujer es ser madre y esposa en vez de tener una identidad. Los mismos, por ejemplo, aparecen en la organización terrorista ETA: en los funerales de activistas, la madre o la compañera oficia como símbolo de fertilidad, de la vida, la semilla de futuros luchadores:

la *indarra* (fuerza) se expresa de diferente manera en el hombre y en la mujer; así la *indarra* masculina se manifiesta culturalmente a través de la acción (...) Por el contrario, la *indarra* femenina se expresa fundamentalmente en el estar, el contener, el apoyar, lo que puede verse en el ritual funerario, donde es la mujer quien tiene el papel de asumir una situación dolorosa¹⁰.

Es decir, la mujer se mantiene en su papel tradicional, como guardiana de la *etxe* (casa) y representación de la tierra y de los poderes fecundos.

Los mismos estereotipos de género se encuentran en la base de la «sabi-duría convencional» que, si bien tiende a ignorar el papel de las mujeres como actores centrales, tiene pocas dudas acerca de que las mujeres desempeñan roles de apoyo en favor de los grupos terroristas, pues se supone que las mujeres están en mejor posición para proporcionar y mantener casas seguras, para servir de cebo o efectuar labores de vigilancia o mensajería, porque por lo general levantan menos sospechas. Así sucedió, por ejemplo, en los inicios de ETA, donde comenzaron a colaborar en infraestructuras, pero quedando al margen de lo más importante en la organización, la *ekinza*, la acción.

La creencia de que las mujeres solo desempeñan esos papeles de apoyo y que no son actores principales en la planificación y ejecución de ataques terroristas se basa en estereotipos de género que buscan separar a las mujeres del conflicto, sea este guerra o sea terrorismo, y mantener la posición de las mujeres como custodias de la vida civil. Los ejemplos son amplios y variados. En 2002, Shaykh Ahman Yassin, el líder espiritual de Hamás, ahora fallecido, hablaba en contra de la terrorista suicida Wafa Idris, no porque no le gustara la táctica, sino porque la había llevado a cabo una mujer: “la mujer es la segunda línea de defensa en la resistencia a la ocupación, protege a los fugitivos, pierde al hijo, al marido y al hermano, carga con las consecuencias de todo esto y se enfrenta a la

¹⁰ ARETXAGA, Begoña, *Los funerales en el nacionalismo radical vasco*, citada en ALCEDO, Miren, “Mujeres de ETA: la cuestión del género en la clandestinidad”, *La Factoría*, N° 4, octubre-enero, 1998, p. 64.

hambruna y al bloqueo”¹¹. Así pues, el papel de las mujeres es aguantar lo más duro del conflicto, mientras deja la primera línea a los hombres. Pero estas ideas no son solo propias del mundo musulmán y su religión. El libro sobre la guerra de guerrillas del Che Guevara también afirmaba:

Pero también en esta etapa (...) una mujer puede efectuar sus tareas habituales en tiempo de paz (...) es más fácil mantenerla en sus tareas domésticas (...) los hombres menosprecian [esos deberes] que efectúan; ellas tratan constantemente de dejar de hacer esas tareas para entrar en las fuerzas que combaten activamente¹².

Todo lo que se aleja del estereotipo se convierte en anómalo e irracional. Dolores González Katarain, Yoyes, reflexionaba al respecto, aunque desde una perspectiva más feminista:

No quiero convertirme en la mujer que, porque los hombres consideran de alguna forma macho, es aceptada. Cómo lograr que mi presencia signifique de hecho que otras también puedan estar, cómo lograr que mi presencia llame a otras y no tienda a considerarme, de alguna forma, un bicho raro, cómo lograr que estos hombres comprendan que la liberación de la mujer es un objetivo revolucionario para que lo asuman plenamente¹³.

En otro escenario, uno de los titulares de *Spiegel* poco después del asesinato de Ponto por el FAR, rezaba de la siguiente manera: “las mujeres en los grupos clandestinos: algo irracional”. Citando a un ex jefe del *Verfassungsschutz* federal, Günter Nollau, el artículo desarrollaba toda una serie de tópicos que igualaban lo femenino con lo irracional, haciéndose eco así de los estereotipos dicotómicos y jerárquicos que equiparan lo femenino con lo irracional, la emotividad, subjetividad, la naturaleza, etc., y lo masculino con lo racional, objetividad, la cultura, etc. Según este “experto”, las mujeres alemanas estaban cometiendo en esos momentos más de la mitad de todos los actos de violencia terrorista. El diagnóstico que recoge *Spiegel* es el siguiente: “la emancipación

¹¹ HERMAN, Susan, “Women and Terrorism”, en *The Gender Dimensions of Terrorism: How Terrorism Impacts the Lives of Women*, Women’s Rights Law Reporter 40th Anniversary Symposium. Rutgers Law School, 2009, p. 5. Disponible en <http://www.aclu.org/gender-dimensions-terrorism-how-terrorism-impacts-liveswomen>.

¹² Fidel Castro, en cambio, aceptaba la idea de que las mujeres entraran en combate, pero las consideraba una fuerza civilizadora: “incluso cuando las mujeres van por los montes con un rifle en la mano, siempre hacen que nuestros hombres sean más aseados, más decentes, más caballerosos” es decir, siguen ejerciendo sus roles de género. Ver HERMAN, Susan, “Women and Terrorism”, ob. cit., p. 6.

¹³ GONZÁLEZ KATARAIN, Maria Dolores, *Yoyes, desde su ventana*, Irún, Alberdania, 2009, p. 57.

de las mujeres ha llegado al exceso”¹⁴. El resultado es el ascenso de la irracionalidad; el caos, el colapso de la razón se presenta cuando desaparece el dominio masculino, su racionalidad, que justifica que los hombres estén al mando porque piensan mejor. Uno de los casos paradigmáticos, dentro del terrorismo de ETA, es el de Idoia López Riaño, apodada “la Tigresa”, que es descrita como alocada, temperamental, mal disciplinada, “esclava de su cuerpo y su cabello” y “terrenal”¹⁵.

Los estereotipos sexistas que rodean a las terroristas hacen que las mujeres implicadas en violencia terrorista sean más demonizadas que los hombres. El supuesto habitual es que las mujeres terroristas deben estar incluso *más* deprimidas, más locas, ser *más* suicidas, psicópatas que sus contrapartes masculinas. En palabras del periodista José Luis Martín Prieto, «la crueldad de las mujeres supera a la de los hombres. Son capaces de alcanzar territorios despiadados, inexplorados por los varones. Y abundando en el estereotipo esencialista femenino añade. “La mujer, que genera la vida, también puede alcanzar la mayor capacidad para quitarla”¹⁶. Alcedo señala: “Según los testimonios de los varones los militantes más ‘sanguinarios’ (*sic*) son mujeres”¹⁷. Pero, seguramente, es el pago por su integración en las organizaciones terroristas, es resultado de la presión que se ejerce sobre ellas. Como señala Alcedo, cuando la mujer no se resigna a ese papel subordinado y pasivo y “reclama poder efectivo buscando ella también los que tradicionalmente han sido elementos de simbolización de la *indarra* masculina (...) empieza a imitar los aspectos más llamativos y tal vez más burdos de la conducta masculina (...) comienza a hacerse familiar la presencia femenina en los actos más espectaculares de la organización (...) A medida que la mujer coge el hierro y, sobre todo, en la medida en que muere por el hierro, se observa en los comentarios de mis informantes varones una mayor aceptación de la mujer en la organización. La integración se paga en sangre”¹⁸.

Con respecto al acto terrorista llevado a cabo por el RAF, antes mencionado, el editor de *Die Welt* se quejaba a los lectores de que las mujeres terroristas demostraban un maligno potencial de emancipación: “[hay] una nefasta influencia de una determinada raza del feminismo. Las mujeres de los círculos revolucionarios están constantemente bajo presión para probar a los demás, pero sobre todo a sí mismas que están ‘emancipadas’ y ‘son tan buenas como los hombres’. No solo están en guerra contra el enemigo de clase si no contra *su propia naturaleza interna*. Eso hace que sean todavía más desesperadas y violentas; hace

¹⁴ COLVIN, Sarah, *Ulrike Meinhof and West German Terrorism. Language, Violence and Identity*, Rochester, Nueva York, Camden House, 2009, p. 195.

¹⁵ En palabras de su compañero de organización terrorista, Suárez Gamboa, citado en *El Mundo* del 29/7/2010.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ ALCEDO, Miren, “Mujeres de ETA: la cuestión del género en la clandestinidad”, ob. cit.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 6-7.

que sean horrorosamente duras de corazón y despiadadas”¹⁹. Esta es otra idea también muy extendida, otro estereotipo, a saber que cuando las mujeres se dedican a la violencia son peores que los hombres. También la Tigresa es descrita como mortífera, sanguinaria, indomable, “una serpiente venenosa”, una “dama negra”²⁰.

3. LAS TERRORISTAS SUICIDAS Y LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

En el análisis del terrorismo ejecutado por mujeres se presentan una serie de cuestiones que no se han planteado de manera explícita hasta muy recientemente: ¿cuál es el papel de las mujeres en el terrorismo? ¿Son víctimas —directas o colaterales— o agentes? Y, en este caso, ¿ejercen tareas de apoyo o desempeñan papeles activos en la organización y ejecución de atentados? Y si esto es así, ¿por qué o cuáles son sus motivos? ¿Son diferentes a los de los varones? Dicho de otro modo, ¿tiene género el terrorismo? ¿Es el terrorismo un medio “masculino” que cada vez usan más las mujeres islámicas para plantear su bajo estatuto en la sociedad y lograr la liberación? ¿Lo usan las mujeres porque “solo con el arma del símbolo clásico de la masculinidad y con particular crueldad [una mujer islámica puede lograr] ser una mujer completamente emancipada”? ¿O el terrorismo es simplemente un acto de guerra “unisex” que es usado por las mujeres? Cuando una mujer lleva a cabo una misión suicida ¿lo hace como fundamentalista islámica, en el nombre de la liberación del Islam, o lo está haciendo como una feminista oprimida en el nombre de la emancipación de las mujeres?

Examinaremos brevemente algunos casos de mujeres islámicas suicidas, usando fundamentalmente mujeres palestinas y sus patrones de casos individuales, para analizar el impacto de las cuestiones de género en el contexto del terrorismo islámico. Esos patrones muestran que las mujeres que toman parte en actividades terroristas, a diferencia de la mayoría de sus contrapartidas masculinas, no estaban guiadas puramente por motivaciones de liberación del Islam y toman en consideración factores adicionales, tales como las circunstancias personales que las dejaron sin nada que perder o con sed de venganza.

La importancia de las terroristas suicidas radica en el auge experimentado en los últimos años. Entre 1985 y 2010 las terroristas suicidas cometieron unos 260 ataques con bombas (aproximadamente una cuarta parte de todos los perpetrados) desde diferentes organizaciones terroristas. Desde 2002, en algunos

¹⁹ ZEHM, Günter, en *Die Welt* (2/81977), citado en COLVIN, Sarah, *Ulrike Meinhof and West German Terrorism. Language, Violence and Identity*, ob. cit., p. 196. La cursiva es mía.

²⁰ ANTOLÍN, Matías, *Mujeres de ETA. Piel de serpiente*, Madrid, Temas de Hoy, 2002, pp. 20-21.

países suponen el 50% de los operativos, habiendo matado o herido a cientos de personas, hombres, mujeres y niños²¹.

Como hemos visto, los estereotipos de género supuestamente “alejan” a las mujeres del terror y se considera que las terroristas son una anomalía, una excepción. En este sentido se tiende a buscar razones: en qué entorno familiar han crecido y en qué medida y cómo fueron socializadas. Debido a los estereotipos de género parece “innatural” que las mujeres sean capaces de ejercer la violencia y se recurre a maldecir al cruel padre, marido, hermano u otros parientes masculinos, que la obligaron por primera vez. Pero, es un mito suponer que las mujeres son pacíficas y que estas mujeres que cometen ataques suicidas son una excepción a la regla. Siempre han existido y la idea de que una mujer que actúa de forma inhumana no lo hace por propia voluntad es absurda. Las terroristas suicidas prueban lo opuesto y rompen con ello un tabú en dos niveles: no solo violan la norma del ser humano civilizado, sino que, además, sacuden los fundamentos de la imagen idealizada de la mujer dentro del Islam.

Hay varios ejemplos de mujeres “mártires” en la historia del Islam. La más conocida y prominente sea probablemente Nusayaba bint K’ab, que según la leyenda luchó al lado de su marido y sus dos hijos en el califato de Abu Bakr en el siglo VII. Fue herida 11 veces y perdió un brazo. También se ha dicho que varias mujeres parientes del profeta Mahoma, como su esposa Aisha y su nieta Zaynab bint Ali, fueron activas en la Jihad. Sin embargo, no se utilizan estas figuras históricas como modelos de referencia, sino otros de la historia más reciente, como Loula Abboud o Wafra Idris. Loula fue la primera mujer que se voló a sí misma en Oriente Medio, en abril de 1985, después de que los soldados israelíes actuarán contra su grupo. Su historia fue notable porque era cristiana y comunista y, por lo tanto, no entraba en el perfil usual de la suicida islámica con bomba. Wafa Idris se convirtió en una heroína palestina y un modelo de referencia en el año 2002, al ser la primera mujer palestina que llevó a cabo un ataque suicida en Israel. Un periódico egipcio incluso la describió como “la novia del cielo, que prefirió la muerte a las diversiones de la vida” y consideró que era un “potente mensaje para la nación árabe”.

El famoso caso de Wafa Idris rompió el mito de las mujeres pacíficas. Incluso aunque en muchos casos se considera que estas mujeres son víctimas, en la percepción del público se convierten en modelos de referencia. Wafa Idris, por ejemplo, se convirtió en un icono generacional, pues hasta entonces, en los territorios palestinos ocupados, las mujeres habían sido utilizadas como carne de cañón. Otro icono del terrorismo internacional moderno en Oriente Medio, Leila Kahled, que en los años 70 estuvo implicada en el secuestro de un avión en nombre del Frente de Liberación Palestina, se convirtió en la *pinup girl* del terrorismo para la gente de la calle e inspiró a cientos de mujeres jóvenes del

²¹ BLOOM, Mia, “Bombshells: Women and Terror”, *Gender Issues*, N° 28, 2011, pp. 1-2.

mundo que admiraban sus famosas y emocionantes imágenes en los medios²². Y la idea de la madre sacrificada que no es capaz de matar a otra persona llegó a su final con el ataque perpetrado por Reem Reyashi, madre de dos niños, que hizo estallar su bomba suicida en un control matándose a sí misma y a cuatro israelíes²³.

Pero la aceptación social y política de estas mujeres dista de ser unánime. Osama Bin Laden expresó claramente en su famosa *fatwa* de 1996 “la declaración de guerra contra los Estados Unidos y occidente” y, además, afirmó que las mujeres juegan un papel importante en la Jihad: “nuestras mujeres (...) motivan y consuelan a sus hijos, hermanos y esposos para luchar contra el enemigo”²⁴. Interesantemente el papel de las mujeres quedó fuera en su siguiente *fatwa* de 1998, “La Jihad contra judíos y cruzados”. En la Hamás palestina inicialmente su líder, Sheik Yassin, rechazó que las mujeres fueran bombas vivientes. El éxito de esta estrategia en la Hisbollah libanesa, las brigadas Al-Aqsa y la Jihad islámica palestina le persuadieron de utilizar a las mujeres como “un ejército de reserva” que pudiera ser usado, si fuera necesario, y que luego fue implementado.

Tanto Hamás como la Jihad islámica al comienzo de la primera Intifada señalaron que no permitirían que se reclutara a mujeres. Tiempo después el líder de la Organización para la Liberación de Palestina, Yasser Arafat, apeló a la igualdad: «las mujeres y los hombres son iguales. Vosotras sois mi ejército de rosas que destruirán los tanques israelíes»²⁵. La tarde del 27 de enero de 2002, el mismo día en que Arafat hizo esa declaración, la ya mencionada, Wafa Idris, se voló a sí misma en un centro comercial de Jerusalén. Un ataque suicida y un mes más tarde, el líder espiritual de Hamas promulgó una *fatwa* que admitía el derecho de las mujeres a engrandecerse a sí mismas y alcanzar el paraíso mediante ataques terroristas suicidas.

Hay otras diferencias de género entre los terroristas hombres y mujeres. La demanda de terroristas varones es mucho mayor que la de terroristas mujeres, pues las organizaciones están menos abiertas a reclutar mujeres. Esto significa que un terrorista varón dispone de una amplia variedad de organizaciones donde elegir a la hora de desarrollar sus actividades terroristas, mientras que una mujer podría incorporarse a una organización terrorista que no represente completamente sus ideas e ideales porque no hay otra que la acoja. Además, mientras hay

²² En las fotos aparece con chaqueta militar verde, un pañuelo palestino del que asoma un hermoso y generoso flequillo negro, a veces mirando recatadamente al suelo, a veces sonriendo, mientras acaricia una metralleta roja.

²³ MCGREAL, Chris, «Humanbomb mother kills four Israeli at Gaza checkpoint», *The Guardian*, 15/1/2004, <http://www.fromoccupiedpalestine.org/node/1054>. Consultado del 8/10/2011.

²⁴ Disponible en http://nlarchiv.israel.de/2003_html/05/220503a.htm.

²⁵ VICTOR, Barbara, *Army of Roses: Inside the World of Palestinian Women Suicide Bombers*, USA, Rodale, 2003.

muchos campos de entrenamiento para terroristas varones, solo hay un campo de entrenamiento conocido para mujeres terroristas (financiado por la organización terrorista femenina las Brigadas de Al Aqsa), lo que significa que las mujeres que deciden enrolarse en actividades terroristas están menos entrenadas y tienen menos experiencia.

En las sociedades islámicas se enseña que llevar a cabo una misión suicida conduce directamente al cielo, sea quien fuere quien ejecute la acción. Pero el reconocimiento que se les da a mujeres y hombres con respecto a sus actividades terroristas también es diferente. En este mundo las mujeres no son tratadas de igual manera, pues si bien se supone que tanto unas como otros, como mártires, irán al paraíso, el tratamiento en la tierra es diferente, alcanzando ellos un estatus de estrella, con sus retratos colgados en los muros, etc. Tampoco son tratados de igual manera por lo que se refiere a la paga compensatoria que da Hamás, la Jihad islámica o la Autoridad Nacional de Palestina por llevar a cabo misiones suicidas. Según Barbara Victor (2003) mientras las familias de los suicidas varones reciben una pensión durante el resto de su vida de unos 400\$ al mes, las familias de las terroristas suicidas raras veces reciben la mitad de esa cantidad.

Los ataques suicidas son eficientes con respecto al coste, tecnológicamente fáciles de llevar a cabo y con bajo riesgo. Las terroristas a menudo son más mortales por el elemento sorpresa. Las terroristas suicidas con bombas tienden a ser más exitosas en alcanzar sus objetivos y tienen proporciones más altas de asesinatos que los hombres. Por media matan cuatro veces más personas que sus contrapartes masculinas. Las mujeres parecen menos sospechosas y son controladas de manera menos estricta por las fuerzas de seguridad. Se convierten en armas baratas. Además de esta ventaja táctica hay otras muchas ventajas estratégicas, ya que los ataques realizados por mujeres atraen muchísimo el interés de los medios (en una proporción de ocho a uno con respecto a los hombres), uno de los objetivos diferenciadores de este terrorismo de última hornada. Así se logra mejor la expansión del miedo y el horror y las ambiciones políticas. Las mujeres sirven, además, porque inspiran simpatía; los medios de comunicación se interesan más por sus motivaciones, su situación familiar y personal. Un cálculo esencial que hay detrás de las operaciones suicidas de las mujeres es la efectividad en los medios. Le va bien al negocio de los medios el horror y lo inimaginable que resultan las terroristas suicidas, especialmente en occidente. Normalmente no se espera que una mujer sea capaz de una acción tan «inhumana». Eso se sigue de los estereotipos antes mencionados. Por eso se produce esa sensación de espanto y de estupefacción. Si la suicida está embarazada o deja huérfanos y marido eso representa un paso más en el camino psicológico de la incomprensión y el horror. Como efecto colateral, la captación de terroristas suicidas también aumenta el reclutamiento de los hombres debido a la vergüenza de que las mujeres actúen y ellos no.

Según el jeque Yussef al-Qaradwi, las terroristas suicidas son «héroes de nuestro tiempo que se sacrifican por el Islam como bombas vivas»²⁶. El hecho es que dicho jeque apoya los comandos suicidas palestinos desde 1995. Sus seguidoras femeninas le aprecian principalmente porque él defiende la «emancipación» de las mujeres, en la misma medida en que elogia a las terroristas suicidas femeninas. Para las mujeres que son menos valientes, aunque ellas están listas para el combate, sugiere la Jihad económica, es decir, la guerra santa de los boicots, como no comprar Coca-Cola, McDonald's o pañales desechables de marcas occidentales²⁷.

La cuestión de por qué las mujeres palestinas se convierten en terroristas suicidas ha preocupado a mucha gente. Se han realizado simposios y conferencias y se han escrito muchos artículos periodísticos y académicos sobre este fenómeno. El caso de Wafa Idris, de 27 años, se presenta menos como un acto político que como un intento de evasión de una mujer marginada que se divorció porque no pudo tener hijos durante los nueve años que duró su matrimonio. Además, tenía mala relación con su hermano mayor, que desde la muerte del padre se convirtió en el hombre dominante de su vida. En la sociedad palestina tradicional, una divorciada sin hijos es una carga y no tienen la posibilidad de volverse a casar. Este tipo de mujeres, que no se ajustan a las normas sociales, son muy fáciles de captar. Wafa Idris, la primera terrorista suicida palestina en Israel, sirve como figura, a la vez que como ejemplo de las mujeres reprimidas en la sociedad masculina islámica. Ella asesinó para recuperar su honor perdido en la sociedad islámica.

Este es el tipo de respuestas que se da a la cuestión de por qué las mujeres se conviertan en terroristas y, por lo general, están sesgadas. Se supone que el género “débil y blando” se une principalmente a la Jihad militante debido a razones sociales y emocionales, tales como la filiación familiar, la muerte del marido, divorcio o solo ingenuidad. Wafa no podía tener hijos y su marido se divorció de ella. Como mujer sin hijos, está fuera de la sociedad y rescató su honor y el de su familia eligiendo la “muerte de una mártir”. Pero no hay un perfil comprensivo de las terroristas suicidas. Las motivaciones, los hechos concomitantes y las historias personales son demasiado dispersas. La mujer iraquí y su marido que intentaron volarse en el hotel Radisson de Ammán pretendían aparentemente vengarse de la muerte de sus hermanos a manos del ejército de los Estados Unidos. Muchas mujeres chechenas se vengán de las violaciones en masa por parte de los soldados rusos. En las Tigresas de Tamil la tortura y el abuso sexual jugaron un papel enorme. En Palestina un «mártir» se convierte en héroe, como hemos dicho, su imagen se pone en los muros. La valoración social de la familia aumenta en algunos casos e incluso reciben dinero que sirve para pagar la educación de los hermanos. También hay otra justificación, como la

²⁶ Ver http://www.zeit.de/2002/37/Globalisierung_auf_Islamisch.

²⁷ Ver http://nlarchiv.israel.de/2003_html/05/220503a.htm.

vida insostenible bajo la ocupación israelí, la discriminación y humillación por parte de los soldados israelíes que los mantienen encerrados entre muros sin poder ir a donde quieran, es decir, que están básicamente como en una prisión. En esta situación, la muerte y la vida eterna en el paraíso podrían parecer atractivas. Ciertamente se puede considerar como un tipo y “pseudo-acto” de emancipación, aunque no en el sentido de las mujeres occidentales. Por primera vez, las mujeres islámicas actúan por sí mismas sin pedir permiso a nadie. No solo los hombres son guerreros orgullosos, también lo son las mujeres, lo que las iguala en un terreno dominado por los hombres. Esto prueba que el aspecto religioso no es necesariamente lo principal, especialmente en el caso de las mujeres. Sin embargo, no se pueden evitar los aspectos religiosos a la hora de considerar a las mártires y sus motivaciones, ya que están profundamente enraizados en su vida religiosa y social.

En el caso de Sajida al-Rishawi, varios de sus hermanos habían sido asesinados en Irak en la lucha contra las tropas aliadas. Para los grupos de la Jihad ella era vulnerable para ser inductada y movilizada después de sus muertes, aunque se presentó voluntaria para su misión en Jordania después de que un matrimonio de conveniencia le proporcionara una cobertura plausible para viajar. En el caso de Muriel Dagausque, una mujer belga convertida al islam que se voló en Irak, fue ella quien persuadió a su marido para unirse a la Jihad, desafiando su hombría y urgiéndole a proteger y defender a sus hermanas del islam. La manipulación de los roles tradicionales de género tiene también un poderoso efecto en las sensibilidades y sentimientos masculinos de obligación individual. La idea de que los hombres podrían estar ocultándose tras las faldas de las mujeres resuena en estas sociedades dominadas por los hombres. Las mujeres terroristas, por otro lado, retan a los hombres a ser más proactivos. Las organizaciones terroristas son conscientes de este influjo y utilizan de forma deliberada operativos femeninos para avergonzar a los hombres y hacerles participar y hacer más por la causa.

Algunos estudios han argumentado que las motivaciones de las terroristas suicidas son de tipo emocional, personal, y que sus motivaciones políticas están menos fundamentadas porque, en las entrevistas que les hacen inmediatamente después de su arresto, cuentan historias diferentes a las que relatan en entrevistas posteriores, después de un período en prisión, incluso aunque sea la misma persona quien realice ambas entrevistas. Se considera que esta inconsistencia en las narrativas de las mujeres es una prueba de que han adoptado un lenguaje político mientras estaban en la cárcel y que sus motivaciones “reales” son de hecho personales. Yoram Schweitzer²⁸ señaló que cuando se les preguntaba inicialmente por las razones para cometer un ataque suicida, la mayoría de

²⁸ SCHWEITZER, Yoram, “Female Suicide Bombers: Dying for Equality?”, *Memorandum*, Nº 84, Jaffee Center for Strategic Studies, Universidad de Tel Aviv, 2006. Disponible en: <http://www.inss.org.il/upload/%28FILE%291188302013.pdf>.

las suicidas palestinas, fracasadas, revelaban alguna “razón secreta” que tenía poca relación con la política o con la religión y que, sin embargo, tenía mucho que ver con una tragedia o vergüenza privada. A las pocas semanas de estar en prisión, las mujeres habían alterado sus historias, revelando en los posteriores interrogatorios razones muy politizadas. Schweitzer se fía de las afirmaciones iniciales de las mujeres sobre las razones personales para ser terroristas suicidas y cuestiona, en cambio, sus discursos políticos adquiridos después de un tiempo en la cárcel. Piensa que las mujeres reaccionan a la soledad, al rechazo o alguna imperfección que hace que convertirse en una mártir sea más atractivo que vivir. Convertirse en una terrorista suicida es preferible a un matrimonio concertado o a una vida tediosa con un hombre al que no se ama. Una adolescente se presentó voluntaria para ser terrorista suicida porque su padre no dejó que se casara con su novio. Otra estudiante universitaria dijo que prefería pasar su vida en una prisión israelí que atrapada con un marido al que no amara. Sin embargo, esto puede ser cierto de las mujeres palestinas pero no sucede en otros casos. Por ejemplo, en entrevistas con las Tigresas de Liberación Tamil, el director noruego Beate Arnestad encontró que las mujeres terroristas de organizaciones nacionalistas no religiosas no consideraban que su género fuera importante y estaban tan dedicadas políticamente como los hombres. Lo mismo puede decirse de las mujeres de ETA²⁹.

La idea de que los hombres están más politizados y que las mujeres actúan por pasión, se funda nuevamente en estereotipos y no da cuenta del proceso de implicación en el terrorismo, en el que los hombres se movilizan en una proporción diferente y en diferentes momentos que las mujeres. Alegar que las mujeres son histéricas o emocionales, mientras que los hombres planean fría y racionalmente los ataques, se basa en un supuesto inherentemente sexista, a saber, que las mujeres se comprometen menos que los hombres. Mientras es casi imposible desagregar motivaciones complejas y que se solapan, la atención que los medios de comunicación ponen en las historias personales de las mujeres ha hecho que mucha gente asuma que ese es el caso.

Por un lado, esa idea va en contra de las descripciones que muchos terroristas varones hacen de sus experiencias. Un número importante de terroristas varones tienen diferentes historias infantiles de humillación, angustia, pena, ira, que les hizo involucrarse en esos movimientos. Eso significa que tanto hombres como mujeres experimentan o tienen razones personales para unirse a los movimientos terroristas. Este motivo personal inicial cambia según el terrorista varón se ve involucrado más profundamente en el movimiento y se profesionaliza, en cierto modo.

Pero las mujeres son movilizadas de manera diferente y están sometidas a constricciones de las sociedades en las que viven. Mientras niños y niñas

²⁹ HAMILTON, Carrie, *Women and ETA. The Gender Politics of Radical Basque Nationalism*, ob. cit.

pueden realizar por igual actos de resistencia, como tirar piedras, según todos ellos se hacen mayores sus caminos divergen y a las chicas se las aísla cada vez más, pues las normas sociales limitan la integración con hombres con los que no estén emparentadas. Según los chicos se van haciendo mayores pasan de tirar piedras a tirar bombas de gasolina. Pasan de desempeñar papeles de apoyo a otros más operativos, primero como vigilantes, luego llevando mensajes y, finalmente, pasando a las actividades de primera línea, que incluyen el terror suicida. Pero mientras los chicos van pasando a roles cada vez más activos, las chicas a menudo están relegadas en casa. Mientras los chicos participan en actividades clandestinas, las chicas son excluidas de las reuniones en las que se reúnen hombres y mujeres que no están emparentados. Durante este período de adoctrinamiento/profesionalización, los chicos aprenden el lenguaje de la política y la resistencia. Como grupo desarrollan fuertes vínculos con sus compañeros y cuando están al final de su adolescencia, pueden discutir con sofisticación sobre la historia y la política de la resistencia. Sin embargo, a las mujeres no se les permiten estas mismas oportunidades debido a los costes sociales de la propiedad sexual y el código del honor. Solamente una vez que las mujeres están involucradas en los movimientos terroristas, en gran medida debido a vínculos filiales, tienen acceso a otras mujeres que tienen ideas semejantes y que comparten su pasión. Ese es el caso de las mujeres que, una vez encarceladas, son capaces de dominar la historia y la política del movimiento³⁰.

Así pues, las mujeres no pueden experimentar la movilización política en grandes grupos hasta que se encuentran detrás de las rejas. Hasta que no son encarceladas no pueden tener acceso a los marcos políticos de referencia que describen de manera precisa su implicación como motivada políticamente. Está probado que el tiempo que se pasa en prisión facilita el proceso de radicalización. Después de semanas o meses con otros miembros de Hamás o la Jihad islámica, no importa las motivaciones individuales que se pueda haber tenido, las prisioneras o prisioneros comienzan a usar la jerga de la Jihad y del nacionalismo en sus historias. La prisión no cambia las historias de las mujeres, proporciona el escenario para profundizar en su radicalización y articular sus sentimientos utilizando el lenguaje de la política. No hay motivos diferentes que diferencien la implicación de las mujeres y de los hombres en las actividades terroristas, sino las mismas series de motivaciones y experiencias que ocurren en diferentes tiempos durante el curso de sus vidas.

CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de la fuerte presencia de las mujeres en las organizaciones terroristas islámicas, ni se debe ni se puede generalizar sobre las mujeres dentro de las organizaciones terroristas. Problemas personales como no tener hijos o estar

³⁰ BLOOM, Mia, “Bombshells: Women and Terror”, ob. cit.

soltera son a veces motivos, sin embargo, no existe un perfil claro, pues van desde solteras de 19 años hasta abuelas. Al final simplemente es una decisión estratégica de cada organización en qué medida mejoran las mujeres sus ataques. Organizaciones islámicas como la Jihad islámica y Hamás reclutan mujeres, aunque eso contradice fundamentalmente las normas religiosas y sociales tradicionales. La preparación de un acto terrorista requiere varias actividades en las que las mujeres tienen que estar en estrecho contacto con hombres con los que ni están casadas ni están emparentadas. Las mujeres son reclutadas en su mayor parte para operaciones con objetivos civiles, como la mujer de 29 años de edad, Hanani Jaradat, que se autoexplotó en octubre de 2003 en el restaurante Maxim en Haifa matando a 19 personas. Durante el período de reclutamiento de las mujeres, tanto la Jihad islámica como Hamás reflejan las circunstancias personales de las candidatas y a veces les presentan la muerte por martirio como la solución más ventajosa en caso de una situación de conflicto privada, como un divorcio, intercambio sexual ilegítimo, infidelidad en el matrimonio, etc.

No existen indicaciones de que las mujeres participen en la jerarquía de la organización ni en posiciones relevantes. Las organizaciones terroristas implementan el terrorismo suicida femenino de una forma sistemática, que depende de la comunidad. Es importante señalar que la sociedad palestina conservadora y patriarcal de la franja occidental, por ejemplo, es más secular que la de los residentes en la Franja de Gaza, donde están en el poder la Jihad islámica y Hamás. En comparación con otras sociedades musulmanas, las mujeres palestinas parecen tener relativamente más oportunidades y libertad que las mujeres musulmanas de Irak, Irán, Arabia Saudita y otros países dominados por los hombres. A las mujeres palestinas se les permite votar, desempeñar un oficio, conducir coches y poseer propiedades³¹. Al estar relativamente más implicadas en ciertos aspectos de la vida, se convierten también en agentes activos en el terrorismo suicida. Las suicidas palestinas matan israelíes; ya no son solo mujeres que mueren como mártires, sino que más bien alcanzan «la libertad personal» que antes no tenían. Pero, sería no solo cínico sino simplemente erróneo hablar de la emancipación de las mujeres dentro de la sociedad islámica. Muchos estudiosos musulmanes y feministas occidentales han discutido de manera apasionada acerca del estatuto de las mujeres musulmanas dentro del islam. Sin embargo, ninguno de esos grupos ataca de la misma manera las cuestiones centrales que rodean los roles de género. Tanto el feminismo como el Islam tienen su propio reconocimiento de los derechos de las mujeres.

El feminismo favorece la percepción del cambio social utilizando la ley, mientras que el Islam favorece una percepción social moldeadora de las mujeres que encaje con las regulaciones éticas del Islam y del Corán. Esta diferencia de mentalidad crea un conflicto, por el que el feminismo, que considera que

³¹ BEYLER, Clara, “Messengers of Death-Female Suicide Bombers”, febrero 2003, p. 11, www.ict.org.il/apage/10728.php.

el compromiso entre hombres y mujeres es liberador, se enfrenta con la idea islámica de que el aislamiento de las mujeres contribuye a su honor personal y al de su familia. El feminismo favorece la comprensión y, por tanto, la redefinición de los roles y relaciones de género según determinadas sociedades. El islam, en cambio, tiene definiciones de rol de género rígidas que no están abiertas a la redefinición, ya que se consideran que son inflexibles pues se derivan del sexo biológico. En las sociedades islámicas cuidar de los niños y de la esfera doméstica en general se entiende que es una de las más importantes, si no la única, responsabilidad de una mujer. Esto no quiere decir que las mujeres musulmanas no puedan entrar en el mercado de trabajo. Sin embargo, el estatuto de la maternidad es tan valorado en las sociedades islámicas que supone un desafío a la idea de que los roles de género son creados socialmente en vez de biológicamente dados. Las terroristas siempre serán definidas por su género dentro de la sociedad y de su organización terrorista; se convierten en armas en manos de los hombres y de la organización terrorista en vez de una parte esencial de la infraestructura. Como dijo Orna Sasson-Levy³² “los hombres son lo militar, las mujeres están en lo militar”. El terrorismo islámico tiene género, ya que las terroristas islámicas pretenden y tienen un significado indirectamente metafórico simbólico dentro de una sociedad dominada por los hombres donde las mujeres islámicas adoptan roles tradicionales masculinos para igualarse en la sociedad, a pesar de estar marcadas por los estereotipos femeninos de género.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCEDO, Miren, “Mujeres de ETA: la cuestión del género en la clandestinidad”, *La Factoría*, Nº 4, octubre-enero, 1998.
- ANTOLÍN, Matías, *Mujeres de ETA. Piel de serpiente*, Madrid, Temas de Hoy, 2002.
- BEYLER, Clara, “Messengers of Death-Female Suicide Bombers”, febrero 2003, p. 11, www.ict.org.il/apage/10728.php.
- BLOOM, Mia, “Bombshells: Women and Terror”, *Gender Issues*, 28, 2011, pp. 1-2.
- COLVIN, Sarah, *Ulrike Meinhof and West German Terrorism. Language, Violence and Identity*, Rochester, Nueva York, Camdem House, 2009.
- GONZÁLEZ KATARAIN, María Dolores, *Yoyes, desde su ventana*, Irún, Alberdania, 2009.
- HAMILTON, Carrie, *Women and ETA. The Gender Politics of Radical Basque Nationalism*, Manchester, Manchester University Press, 2007.

³² SASSON-LEVY, Orna, “Feminism and Military Gender Practices: Israeli Women Soldiers in ‘Masculine’ Roles”, *The Sociological Inquiry*, 73 (3), 2003, pp. 440-465.

- HERMAN, Susan, “Women and Terrorism”, en *The Gender Dimensions of Terrorism: How Terrorism Impacts the Lives of Women*, Women’s Rights Law Reporter 40th Anniversary Symposium. Rutgers Law School, 2009. Disponible en <http://www.aclu.org/gender-dimensions-terrorism-how-terrorism-impacts-liveswomen>.
- LÓPEZ-SÁEZ, Mercedes - MORALES, J. Francisco - LISBONA, Ana, “Evolution of Gender Stereotypes in Spain: Traits and Roles”, *The Spanish Journal of Psychology*, vol. 11, N° 2, 2008, pp. 609-617.
- SANMARTÍN, José, *El terrorista. Cómo es. Cómo se hace*, Barcelona, Ariel, 2005.
- SASSON-LEVY, Orna, “Feminism and Military Gender Practices: Israeli Women Soldiers in ‘Masculine’ Roles”, *The Sociological Inquiry*, 73 (3), 2003, pp. 440-465.
- SCHWEITZER, Yoram, “Female Suicide Bombers: Dying for Equality?”, Memorandum N° 84, Jaffee Center for Strategic Studies, Universidad de Tel Aviv, 2006, <http://www.inss.org.il/upload/%28FILE%291188302013.pdf>.
- VICTOR, Barbara, *Army of Roses: Inside the World of Palestinian Women Suicide Bombers*, USA, Rodale, 2003.
- WEINBERG, Leonard - EUBANK, William, “Women’s Involvement in Terrorism”, *Gender Issues*, vol. 28, N° 1 y 2, 2011, pp. 22-49.

Recepción: 6/5/2018

Aceptación: 6/7/2018

SOBRE LA BANALIDAD DEL MAL EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO CUANDO LOS ESTEREOTIPOS SON LOS CIMIENTOS DE LA BANALIDAD

Por MARÍA LAURA LASTRES*

“Aunque el contenido de los estereotipos puede variar según el país o el sector social, estos generalmente operan para contribuir a las creencias sistémicas que justifican la subordinación de las mujeres en la sociedad”.

Louise Armour - Prólogo de *Estereotipos de Género*
Rebecca Cook y Simone Cusack¹

Resumen:

Uno de los principales mitos que giran en torno a la violencia de género es aquel que considera al victimario como un enfermo, un monstruo, alguien que se encuentra fuera del tejido social, que le es ajeno al resto de la comunidad, quizás como un mecanismo de defensa que se genera en el cuerpo social para diferenciarse de aquel que genera incomodidad por su obrar.

A esta creencia se suma aquella que sostiene que hay víctimas y victimas. Víctimas que son perfectas, sin manchas, sin recriminaciones que hacerles, sin “pecado” que manche su memoria y que conviven con otras víctimas, a las que llamaremos “propiciatorias”, que se buscaron su destino ya sea por su conducta contraria a la moral, por su forma de vestir o sus compañías, por pertenecer a determinado grupo social o por tener determinados hábitos de conducta.

* Abogada - Especialista en investigación científica del delito (IUPFA) - Actualización en Género y Derecho UBA) - Actualmente trabaja como Prosecretaria Administrativa en la Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires – Vicepresidenta de la Fundación FUNDEPRO - Tejiendo Redes (inscripción con trámite en curso). E-mail: Marialauras3@yahoo.es.

Agradecimientos: este trabajo no podría haber sido realizado sin el aporte invaluable de los/as docentes que a lo largo un año académico conformaron el plantel de la 4ª cohorte de la Actualización en Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y especialmente a dos personas maravillosas, tanto por su sabiduría como por su amabilidad, calidez y sororidad: Diana Maffia y Patricia Gómez.

¹ COOK, Rebecca - CUSACK, Simone, “Estereotipos de género”, 2010, título original: *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009.

En el presente trabajo intentaremos demostrar que la construcción de víctimas y victimarios es debida en gran medida a la descripción que hacen los medios masivos de comunicación, quienes no tienen ningún tipo de reparo en catalogar a una mujer asesinada como “un ángel” o como “una joven que no estudiaba ni trabajaba y salía de noche con hombres”.

Palabras clave:

Estereotipos de género, medios de comunicación, femicidio, víctima.

ABOUT THE BANALITY OF EVIL IN GENDER-BASED VIOLENCE:
WHEN GENDER STEREOTYPES ARE THE FOUNDATIONS
OF BANALITY

Abstract:

A myth has been built around gender-based violence in which the perpetrator is regarded as mentally ill, a monster, someone who does not belong in the social tissue and who is alien to the rest of the community. Perhaps this is a defense mechanism generated by the social body to differentiate itself from those who create discomfort through their actions.

In addition, there is a belief that there are different types of victims. There are victims who are perfect, untainted, who are not subject to reproach and have committed no “sins” that might obscure the memories we have of them; whereas other victims, whom we shall call “enticing” and who have met their fate as a consequence of their immoral conduct, their dress habits, their questionable friends, the social group they belong to, or their behavioral patterns.

This essay attempts to prove that the construction of victims and perpetrators is largely due to descriptions employed by mass media, unhesitatingly labeling murdered women as either “angels” or “young women who neither work nor study and who go out at night with multiple men”.

Keywords:

Gender stereotypes, femicide, social media, victim.

INTRODUCCIÓN

La violencia de género se ha hecho cada día más visible, no solo porque muchas veces no golpea cerca, sino por la gran difusión que la temática ha obtenido en los medios de comunicación masiva y en las redes sociales, una especie de medio de propagación masivo sin el más mínimo control de contenidos y con una gran carga de agresividad en la respuesta.

Resulta particularmente interesante analizar la cobertura que los medios masivos hacen de cada uno de los casos y, por oposición, de la magnitud que se les otorgan a los casos donde las mujeres son victimarias. Cuáles son las excusas absolutorias según el sexo del criminal, cómo se interpretan y definen estos hechos.

Suele encontrarse que las mujeres son “halladas muertas” aun cuando se trate de un femicidio con violencia atroz, no son ASESINADAS, son encontradas sin vida. Establecido el hecho noticioso, se hará una indagación cargada de prejuicios, en la mayoría de los medios, sobre las condiciones sociales y culturales de la víctima, a efectos quizás de quitarle la responsabilidad a su matador.

Propongo, entonces, una suerte de paralelismo entre aquellos hechos marcados por Arendt respecto de las consideraciones sobre Eichmann y sus crímenes crueles y los femicidios que, lamentablemente, pueblan las páginas de los diarios y los minutos de aire y analizar cómo se construyen víctima y victimario, para finalmente proponer un mejor abordaje periodístico.

1. SOBRE LA MALDAD Y EL ANDROCENTRISMO COMO MODELO

Cuando comencé a pensar en este trabajo final me vino a la memoria aquello que alguna vez leí y ahora busqué releer y que sostuvo Hannah Arendt sobre Adolf Eichmann en su libro *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*² donde la autora sostenía que el protagonista de su investigación no era el «monstruo», el «pozo de maldad» que era considerado por la mayor parte de la prensa. Los actos de Eichmann no eran disculpables, ni él inocente, pero estos actos no fueron realizados porque Eichmann estuviese dotado de una inmensa capacidad para la crueldad, sino por ser un burócrata, un operario dentro de un sistema basado en los actos de exterminio.

Años después, habiendo cursado el posgrado y ya con más información, teniendo incorporada la perspectiva de género, pude ponerme a pensar cómo llega una sociedad, cualquiera sea, a formar un burócrata como Eichmann que pudiera ponerse al servicio de exterminar una comunidad sin cuestionamiento alguno, simplemente por cumplir las órdenes que le eran impartidas.

Arendt, en su texto sostiene entonces:

que algunos individuos actúan dentro de las reglas del sistema al que pertenecen sin reflexionar sobre sus actos. No se preocupan por las consecuencias de sus actos, sólo por el cumplimiento de las órdenes. La tortura,

² ARENDT, Hannah, “Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal”, 4ª ed., Lumen, mayo de 2003, en <http://www.psicosocial.net/grupo-accion-comunitaria/centro-de-documentacion-gac/areas-y-poblaciones-especificas-de-trabajo/tortura/864-eichman-en-jerusalen-un-estudio-sobre-la-banalidad-del-mal/file> (1963).

la ejecución de seres humanos o la práctica de actos «malvados» no son considerados a partir de sus efectos o de su resultado final, con tal que las órdenes para ejecutarlos provengan de estamentos superiores³.

Quizás podríamos, entonces, decir que los varones que realizan actos violentos contra las mujeres, incluso aquellos que llegan a extremos inusitados de crueldad y violencia podrían no ser considerados como monstruos o especialmente malvados, ellos también podrían ser, en esta línea de razonamiento, condicionados por su educación, por los estereotipos de género de una sociedad patriarcal, heteronormativa y androcéntrica, donde su centro excluyente es un varón, pero no un varón cualquiera.

El varón centro álgido de una sociedad patriarcal será el varón blanco, cristiano, propietario, educado, heterosexual, etc. Y ese centro sobre el que gira la norma y la composición de la sociedad irá dejando fuera del panorama a aquellos que no concuerden con esas características. A los que sean considerados distintos y, por ello, interlocutores desestimados, invalidados, desprestigiados.

¿Cómo se transmiten esos valores en nuestra sociedad? ¿Son los estereotipos las herramientas seleccionadas? ¿Cómo se transmiten los estereotipos? ¿Pueden estos modificarse? La réplica de estos por los medios de comunicación es inocente o, por el contrario, ¿la comunicación masiva está hecha a imagen y semejanza de esa sociedad patriarcal y androcéntrica que reproduce discriminaciones y eyecta a todo aquel que no cumple con la norma?

Los estereotipos de género hacen referencia a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales⁴. Nos dice Sandra Chaheer, a quien entrevistamos en forma virtual, que

No es deseable ni posible que los estereotipos desaparezcan, ya que son una herramienta de comunicación, no sólo para quienes están al frente de medios sino para todas las personas. Lo que sí es deseable es que se diversifiquen (que no primen estereotipos de mujeres como responsables de tareas reproductivas u objetivadas sexualmente; de varones proveedores; de travestis delincuentes; de gays vinculados al mundo del espectáculo, o de lesbianas hipermasculinizadas, por citar algunos de los estereotipos de género más habituales) y que pierdan la valoración negativa que en muchos casos llevan asociada (travestis delincuentes, por ejemplo)⁵.

Muchas son las preguntas que surgen y las respuestas vienen en tropel a mi cabeza, pero no siempre en forma completa. Los discursos mediáticos me dan

³ NEIFERT, Agustín, en http://www.revistacriterio.com.ar/bloginst_new/2015/12/01/hannah-arendt-y-la-banalidad-del-mal/, publicación impresa, N° 2421, 2015.

⁴ COOK, Rebecca - CUSACK, Simone, “Estereotipos de género”, ob. cit., p. 22.

⁵ Ver entrevista completa en Anexo del presente trabajo.

algunas de ellas, las sentencias judiciales o disposiciones de agentes de justicia me terminan de completar algunas ideas, pero, entonces, surgen nuevas cuestiones: ¿esos comunicadores sociales, esos trabajadores de medios de comunicación masiva son quienes difunden un mensaje que tienen internalizado por su educación y formación en la sociedad androcéntrica de la que hablábamos párrafos arriba? ¿Están acaso convencidos del mensaje que transmiten? ¿Pueden por caso cuestionar el mensaje? Iguales cuestionamientos me surgen respecto de los/as agentes judiciales que tienen la responsabilidad de elaborar sentencias y determinar estrategias a seguir en una investigación judicial.

A la pregunta sobre los/as periodistas nos responde Liliana Hendel cuando nos dice que “... (los estereotipos) están tan presentes como lo están en la sociedad en general. Quienes comunican construyen sentidos comunes pero también replican aquellos con los que crecieron”⁶.

Creo que la mejor forma de empezar a contestar algunas de estas cuestiones es volver a Arendt cuando nos habla de la complejidad de la *condición humana* y alerta sobre la necesidad de estar siempre prestando atención a lo que llamó la «banalidad del mal» y evitar que ocurra. Es verdad que la autora cimentó este concepto en torno al comportamiento de personajes del pasado que, vistos a la luz de la historia, fueron reprochados, o no, por la comisión de actos crueles, de odio, sin compasión ni empatía, sin pensar en la otredad, sin siquiera pararse a pensar en el dolor que causaban, en la reprochabilidad de sus actos, en sus consecuencias, en que sería imposible justificar sus actos. Aun así, fueron considerados sujetos normales que cometieron actos atroces, pero normales al fin.

Eichmann, culpable de crímenes ominosos, era un hombre común, cuya “normalidad es mucho más aterradora que todas las atrocidades reunidas”, como subraya Arendt. La autora sostiene que eran muchos los “terriblemente normales” y que los crímenes cometidos por Eichmann no fueron consecuencia de una mente diabólica y enferma, o la pintoresca encarnación del mal sobre la tierra, sino de algo más rutinario y banal: la mediocridad absoluta de un burócrata incapaz de desobedecer las órdenes de sus superiores⁷.

Surge, entonces, la necesidad de indagar si las personas que viven en una sociedad “x” pueden convertirse en estos/as sujetos/as que por su terrible normalidad consideran no ya que quienes pertenecen al pueblo judío son una amenaza, sino que las mujeres y aquellas personas que no cumplen con los requisitos necesarios para ser parte de la sociedad patriarcal deben ser sojuzgados y, en caso de no acatar su papel de puros objetos para conseguir un fin, sin derechos

⁶ Ver Anexo.

⁷ NEIFERT, Agustín, ob. cit.

ni posibilidad de realizar reclamo y mucho menos sentirse empoderados, deben ser disciplinados y, en casos extremos, eliminados.

Los violentos, en general, y su subgrupo más extremo, los feminicidas, también son hombres comunes, de hecho nos lo dicen no solo sus abogados/as defensores, sino los/as vecinos/as, los/as amigos/as y conocidos/as, “era un tipo simpático, amable, siempre saludaba a todo el mundo” dirán algunos, “se lo veía sonriente y amoroso con su familia” se sorprenderán otros/as.

Hasta sus parejas dirán “Para mí era una persona normal, se ganó el cariño de mi familia”⁸. Nótese que la mujer que declara conoció al violador múltiple y luego feminicida en la cárcel, mientras purgaba su condena, negociada en juicio abreviado, por tres violaciones y una cuarta que no terminaría de probarse por falta de presupuesto para realizar análisis forenses en Alemania. La violación de tres mujeres fue transada en el cumplimiento de una pena de 9 años, que lo pondría en la calle con el cumplimiento de las dos terceras partes de esta. Allí mismo dice que para ella, Wagner no era violento con ella y que era “una persona normal”.

De hecho, podría pensarse que no tenía nada de anormal si un agente judicial, el fiscal en este caso, pactó con el violador una condena reducida.

Moratalla⁹, haciendo referencia al trabajo de Arendt cuando intenta adentrarse en la personalidad de un sujeto como Eichmann y la posibilidad de ser formado en una sociedad que dé como producto a un individuo incapaz de sentir empatía y con características como

1) incapacidad de pensar por uno mismo, en el sentido de la máxima kantiana del *sapere aude*, divisa de la ilustración, es decir, tener el valor de usar el propio entendimiento; 2) imposibilidad de ponerse en el lugar de otro, en el punto de vista del otro, y así considerar las consecuencias de los propios actos; e 3) incapacidad de un pensamiento coherente y consecuente, que tiene mucho que ver con el diálogo de uno mismo con su propia conciencia,

Nos lleva de la mano por un paseo que no quisiéramos recorrer por nuestra propia historia, desde Ricardo Barreda con sus declaraciones respecto del cuádruple crimen que cometió y por el que fue condenado¹⁰ y que concluye, al menos por ahora, con las declaraciones mediáticas de Fernando Farré, respecto

⁸ “La mujer contó detalles de Sebastián Wagner, preso por el feminicidio de Micaela García”, disponible en <http://diaadia.viapais.com.ar/policiales/hablo-la-pareja-del-femicida-de-micaela-no-es-un-hombre-violento>, (consultado el 16/6/2017).

⁹ MORATALLA, Tomás, “Hannah Arendt: de la obediencia a la responsabilidad”, *Eidon*, N° 40, Universidad Complutense de Madrid, diciembre de 2013. Citado en NEIFERT, Agustín, ob. cit., disponible en http://www.revistacriterio.com.ar/bloginst_new/2015/12/01/hannah-arendt-y-la-banalidad-del-mal/, (consultado el 26/6/2017).

¹⁰ Archivo Policial: Caso Barreda por Audiovisual Telam del 24/9/2015, <https://www.youtube.com/watch?v=UdCZ6i-OjWg>, última visita: 26/6/2017.

del femicidio de su esposa por el que fue recientemente condenado a cadena perpetua.

Pasamos por el caso de Micaela García, violada y asesinada por Sebastián Wagner, violador condenado previamente pero que no les pareció especialmente peligroso a los agentes judiciales que decidieron pactar por medio del juicio abreviado, figura bastante polémica en contextos donde media la violencia de género, pero desgraciadamente legal, los que echaron mano a una negociación donde Wagner reconoció los hechos y recibía una condena reducida, más reducida aún por el juez de ejecución que, por aplicación estricta de la Ley de Ejecución Penal, lo dejó en libertad condicional. Ninguno de estos funcionarios tuvo en su mira la perspectiva de género, los hechos que rodearon su detención y su condena, no pudieron o no quisieron verlo a través de esa mirada integral y que tiene en su centro la protección de las personas que quedan desvalidas en un contexto de extrema violencia sobre sus cuerpos y sus vidas.

En otro caso, los vecinos de un femicida/suicida de 56 años, de profesión matarife, declararían sorprendidos que “se trataba de una ‘familia normal’, según sus impresiones”¹¹. A menudo sucede que, aunque los violentos sean considerados como tales, no se percibe el peligro de terminar de forma trágica una relación como en el caso de la conocida como “Masacre de Hurlingham” donde Diego Loscalzo mató a su expareja y a 5 personas más de la familia de la mujer, además de herir a tres personas y hacer perder el embarazo casi a término de una de las heridas. Allí los testigos les decían a los medios de comunicación que

... en la casa de la familia Maguna, donde usualmente vivía, se convertía en un ser atroz: celoso, malhumorado y violento. “Era re maldito. Era un hijo de puta”, le dijo a Infobae una persona que frecuenta mucho la casa de William Morris donde se desencadenó la locura. No obstante, nadie esperaba que Loscalzo llevara su violencia a semejante nivel de horror. Su relación con Romina Maguna estaba condimentada con violencia cotidiana producto de los celos de él, y ahora —con el episodio consumado— eso podría verse como el germen del desastre¹².

Es, entonces, cuando cabe preguntarse, cómo se hace para que las personas que rodean a los hombres violentos con las mujeres puedan correr el velo de la normalidad, puedan estar atentos a las conductas normalizadas o difundidas como de cuidado y cariño para con “sus mujeres” y sean vistas como de control y castigo en caso de no acatar los lineamientos.

¹¹ “Otro femicidio: en Chascomús, un hombre mató a su mujer y se suicidó”, *Diario La Nueva de Chascomús* del 24/10/2016, disponible en <http://www.lanueva.com/sociedad/883042/otro-femicidio--en-chascomus--un-hombre-mato-a-su-mujer-y-luego-intento-suicidarse.html>, (consultado el 16/6/2017).

¹² SORIANO, Fernando, “Masacre de Hurlingham: una historia de celos y violencia que terminó en baño de sangre”, *Infobae.com* del 7/2/2017. El subrayado me pertenece. Última visita 16/6/2017.

Si quienes rodean a la víctima potencial y la misma víctima pudiesen desarmar este entramado y alertarse para saber que el cariño y el amor no se manifiestan por el control, que el espacio público no es privativo de los hombres, que la ropa que las mujeres nos ponemos no nos constituye en presa fácil, que decir que no a las relaciones sexuales, aun en el contexto del matrimonio o la pareja estable, no son la puerta de entrada para la violencia, quizás podamos comenzar el camino que tenemos por desandar en materia de violencia machista.

La situación se complejiza cuando a la falta de perspectiva de género se suman los discursos patriarcales surgidos de los medios masivos de comunicación, como es el caso de Chiche Gelblung, quien respecto del femicidio de Micaela García y preguntado por el periodista Luis Novaresio sobre si el juez que liberó a Wagner, femicida de Micaela García, era un inepto o un malnacido, el comunicador siempre polémico y, podríamos decir, sin caer en clichés, políticamente incorrecto:

que se yo puede haber una combinación de las dos cosas, yo hace un tiempo dije que acá en la Argentina existe la pena de muerte, la aplican los jueces que liberan asesinos que después van a matar, pero también se dieron dos cosas, yo sé que es incómodo lo que voy a decir, por un lado este degenerado de Wagner y por el otro lado una chica que a las 5.20 de la mañana sale sola de un boliche, se unieron dos cosas que fueron mortales, en ninguna parte del mundo a las 5 y 20 de la mañana una chica puede andar sola por las calles... es como un toque de queda, se unieron esas dos cosas, yo sé que tiene todo el derecho de andar a las 5 de la mañana, a las 6, a la hora que quiera sola por la calle, pero es hoy, con la violencia, con la locura que existe me parece un horror...¹³.

El audio sigue, pero me parece muy interesante observar en el video las caras de molestia, de desagrado ante las declaraciones en este sentido, incluso de personas que se ubican bastante alejadas de los derechos de las mujeres, de la perspectiva de género y del empoderamiento femenino. Está claro, es el vocero de una posición que, por incómoda, no deja ser habitual en la sociedad. ¿Es Gelblung un replicador del ideario del patriarcado? Sin dudas, podríamos afirmar que sí, que este tipo de comunicadores verbalizan los preceptos de una sociedad antropocéntrica, donde las mujeres adquieren un papel de objetos al servicio del varón, un aditamento, un ornamento.

Se manifiesta, entonces, la necesidad de trazar un plan de acción para desarmar ese constructo tan bien cimentado en una sociedad que deja afuera de muchas instancias a las mujeres y todos/as los/as sujetos que no cumplen con la normatividad, con la heteronormatividad.

¹³ La reflexión de Gelblung sobre el caso Micaela - *Diario Registrado* publicado el 10/4/2017, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=300g_mXbqYk (consultado el 26/6/2017), los subrayados me pertenecen.

Pero volvamos a Arendt, cuando habla de la proliferación de hombres del estilo de Eichmann, que siguiendo con el paralelismo anteriormente trazado, podremos extenderlo a los casos que se conocen todos los días, que se sospechan todos los días y que muchas mujeres sufren en silencio todos los días:

Evidentemente, no hubiera valido la pena convocar a los corresponsales de prensa de todos los rincones del mundo con el fin de exhibir ante ellos a un nuevo Barba Azul. Lo más grave, en el caso de Eichmann, era precisamente que hubo muchos hombres como él, y que estos hombres no fueron pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible y terroríficamente normales. Desde el punto de vista de nuestras instituciones jurídicas y de nuestros criterios morales, esta normalidad resultaba mucho más terrorífica que todas las atrocidades juntas, por cuanto implicaba que este nuevo tipo de delincuente —tal como los acusados y sus defensores dijeron hasta la saciedad en Nuremberg—, que en realidad merece la calificación de *hostis humani generis*, comete sus delitos en circunstancias que casi le impiden saber o intuir que realiza actos de maldad¹⁴.

Un buen ejemplo de esta afirmación creo que es la entrevista que varios medios de televisión le realizaron al femicida de Claudia Schaffer y condenado a prisión perpetua, Fernando Farré¹⁵.

En esta serie de entrevistas el discurso es similar, por ello, tomaremos, en primer lugar, la realizada por el periodista de Canal 13, Ricardo Canaletti, quien se muestra bastante distante del entrevistado, por momentos lo trata con sorna y hasta podría adivinarse cierto desprecio, donde el condenado destaca que se ausentó dos días del juicio porque se sintió condenado de antemano por la sociedad para luego decir que fue su exmujer quien lo salvó en algunos intentos de suicidio. Cuestionado sobre el por qué la mató:

No, a ver, por qué la maté? Es un acto totalmente irracional, irreflexivo y le iba a continuar diciendo otra cosa que escuché en el juicio, que fue a sangre fría, que fue premeditado, que torturé su cuerpo, que tallé su cuerpo y que le metí 74 puñaladas. Yo me enteré de eso, de las 74 puñaladas por televisión... dos meses después.

Farré se construye a sí mismo como un hombre normal ante una circunstancia excepcional, dice haber sido víctima de su enfermedad mental. Enfermedad, por otro lado, que no pudo ser probada en el proceso judicial. Farré no

¹⁴ ARENDT, Hannah, “Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal”, ob. cit., p. 165, el subrayado me pertenece.

¹⁵ Mano a mano con Farré en la cárcel (Parte 1), entrevista realizada por Ricardo Canaletti - TN/Canal 13, publicado el 10/6/2017, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=3BxkgbwYA_E&t=108s, (consultado el 19/6/2017).

es un monstruo. No es un enfermo. Es un hombre que decidió terminar con la vida de una mujer que le dijo que no quería continuar con la vida en común. En otro momento de la entrevista dice que su madre rompió un vidrio para salvarlo a él, para salvarla a Claudia. Escucharlo, ver su actitud y su postura durante el juicio y durante las entrevistas genera rechazo en el espectador, se hace difícil creer su relato, un relato donde se ubica por fuera del hecho criminal, él no sabe qué pasó, no sabe cómo la mató, se enteró después cuando ya estaba detenido, porque estaba tan descompensado que tuvieron que medicarlo.

Arendt sostiene que si los jueces le hubiesen dicho a Eichmann:

Pero has dicho que nunca actuaste impulsado por bajos motivos, que nunca tuviste inclinación a matar, que nunca odiaste a los judíos, y pese a esto, no pudiste comportarte de manera distinta y no te sientes culpable. Nos es muy difícil, aunque no imposible, creerte; existen pruebas, aunque escasas, que demuestran sin dejar lugar a dudas razonables lo contrario de cuanto afirmas, en lo referente a tus motivos y tu conciencia (...) Y del mismo modo que tú apoyaste y cumplimentaste una política de unos hombres que no deseaban compartir la tierra con el pueblo judío ni con ciertos otros pueblos de diversa nación —como si tú y tus superiores tuvierais el derecho de decidir quién puede y quién no puede habitar el mundo—, nosotros consideramos que nadie, es decir, ningún miembro de la raza humana, puede desear compartir la tierra contigo¹⁶.

Traspolando estos dichos, reemplazando judíos por mujeres, a jueces encargados de entender en hechos de violencia machista, podríamos entender que sería un buen punto de partida cuestionar a un acusado en estos términos, lamentablemente para las víctimas, familiares y la sociedad en general, los jueces y fiscales siguen razonando de otra forma, como, por ejemplo, en el caso de la muerte de Marisela Pilz donde:

(...) los jueces de la Sala I del Fuero Penal de La Matanza, Claudio Dau y Gerardo Frega son los responsables de la excarcelación de los asesinos al modificar la carátula del caso: *de homicidio simple a homicidio preterintencional*. El fiscal de la causa José Luis Maroto justificó la excarcelación, ya que según su criterio, los golpes no habrían sido la causa de su muerte¹⁷.

Cuesta entender el proceso racional en el que se embarcan los agentes judiciales involucrados en casos de violencia de género. Para dejarlo más claro,

¹⁶ ARENDT, Hannah, “Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal”, ob. cit., p. 166.

¹⁷ “La justicia libera a los femicidas de Marisela Pozo”, 16/6/2017 disponible en <http://www.agenciapacourondo.com.ar/generos/la-justicia-libera-los-femicidas-de-marisela-pozo>, (consultado el 19/6/2017).

vayamos a un ejemplo concreto y reciente. Marisela Pozo Pilz fue sometida a torturas, golpeada, atada en plena vía pública por tres hombres como castigo por la rotura de un vidrio de un local, para dejarla luego de tres horas a la vera de las vías del tren con el objeto de tranquilizarla, “amansarla” o “sacarle la locura”. Ante estos hechos filmados y denunciados por algunos vecinos que llamaron al 911, se hace difícil la construcción racional por la que se llegó a entender que no hubo intención de matarla, dado que los golpes no fueron aplicados en zonas vitales. La mujer fue “asistida” por un patrullero que arribó tres horas más tarde, trasladada a un hospital donde murió luego de una agonía de tres días.

Voluntad de causar daño. Requisito necesario para entender que se trató de un delito intencional. Los jueces entendieron que los asesinos de Marisela no tuvieron intención de matarla, de haberla tenido, hubiesen aplicado los golpes en zonas vitales. Arendt hace referencia a la necesidad de probar el extremo cuando sostiene que “Entre los grandes problemas planteados en el proceso de Eichmann, tenía principal importancia el planteado por la premisa, común a todos los modernos ordenamientos jurídicos, de que para la comisión de un delito es imprescindible que concorra el ánimo de causar daño”¹⁸.

Cabe preguntarse si es real la conclusión a la que se arribó en este caso, puesto que el hecho de saber cuáles son las partes vitales donde aplicar los golpes y cuáles no poseen esta característica podría relacionarse con el deseo de hacer perdurar el sufrimiento de la víctima, de prolongarlo en el tiempo, de hacer que, a través de la tortura, comprenda que su actuar no era correcto, que “haciéndose la loquita” y rompiendo un vidrio de un local ajeno, la consecuencia era la golpiza más salvaje aplicada por tres hombres contra una mujer perturbada. El control puro y duro sobre los cuerpos de quienes no pueden defenderse plenamente.

Estos hombres, los asesinos de Marisela, ya que no podremos usar el término femicidas si queremos ceñirnos a la carátula judicial, actuaron llevados por sus bajos motivos, por el odio a la víctima y no pudieron o no supieron comportarse de manera distinta. Actuaron movidos por los preceptos que el patriarcado puso en sus cabezas.

Si hablamos de patriarcado y heteronormatividad los ejemplos abundan, tanto que pueden encontrarse muchas de “sus enseñanzas” en boca de comunicadores sociales que tienen un amplio margen de recepción en los medios masivos de comunicación, en personas que son profesionales de la política y en aquellos que se desempeñan en la justicia, desde magistrados, funcionarios y sin dejar afuera a los que laboran como empleados y la lista sigue y pareciera no tener actividad que le sea ajena.

Un cuestionamiento que podremos concluir procede de las entrañas del patriarcado mismo es si las mujeres pueden defenderse de las agresiones de las

¹⁸ ARENDT, Hannah, “Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal”, ob. cit., p. 165.

que son objeto, también se cuestionará sobre si las mujeres se ponen en posición de ser víctimas por sus “comportamientos de riesgo” y no será la primera vez que se busque en la víctima la explicación al resultado violento: “abordada primeramente por el fiscal de Israel, de si el pueblo judío podía y debía haberse defendido. Yo había soslayado este asunto por considerar que investigarlo era inútil y cruel, ya que demostraba una formidable ignorancia de las circunstancias imperantes a la sazón”¹⁹.

En esa línea de pensamiento, volvemos a citar al mediático comunicador, mediático por su exposición y por la llegada que tiene al público en general, Chiche Gelblung, quien dice: “Estos tipos violentos son correspondidos por mujeres que juegan a eso, desgraciadamente, nadie es inocente”²⁰, estas declaraciones fueron realizadas en los días previos a la primera marcha del NI UNA MENOS del 3 de junio de 2015, haciendo un paralelismo con la teoría de los dos demonios, donde se establecen dos partes en el supuesto conflicto, nadie es inocente, ambas partes provocan.

Pareciera que si las mujeres nos vestimos de forma determinada, nos comportamos de tal o cual manera, acatamos órdenes y solo salimos cuando podemos estar seguras, no hay probabilidad de sufrir un ataque, cosa curiosa cuando se verifica que la mayor parte de los ataques contra mujeres se lleva a cabo en su propio domicilio. Así lo indican las estadísticas de La Casa del Encuentro para el año 2016 que muestran que “El 59 por ciento de las víctimas fue asesinada en el territorio íntimo (su propia casa, o la que compartían con quien terminó por asesinarlas, por ejemplo); el 21 por ciento, en el espacio público (la calle, un baldío, el monte, una ruta); una, fue víctima de muerte violenta en una comisaría”²¹.

Entonces, si el espacio público no es para las mujeres y no pueden estar solas en la madrugada, no pensemos ya en las salidas de los boliches bailables, sino en las salidas o ingresos a los trabajos o cualquier otra actividad que lleve a la potencial víctima a estar en la calle en “horarios poco aconsejables”, pero tampoco lo es el espacio privado, sus propios hogares donde no importa el horario quedan a merced de los violentos y posibles femicidas, ¿qué lugar le reserva un pensamiento patriarcal a las mujeres? ¿Hay algún lugar donde podamos estar? ¿Hay algún sitio donde los que interpretan los hechos, los espacios y los cuerpos consideren viable para las mujeres?

En el mismo video que venimos comentando, podemos escuchar el audio de Jorge Lanata en su programa de radio de AM 710 Radio Mitre donde dice

¹⁹ *Ibid.*, p. 169.

²⁰ “El nulo aporte del sector retrógrado y machista a la lucha contra el femicidio”, Kandombe Argento, <https://www.youtube.com/watch?v=qIoPtV466sE>, publicado el 23/6/2015 (consultado el 16/6/2017).

²¹ VALLEJOS, Soledad, “Los números que reflejan el horror machista”, <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-295933-2016-04-01.html>, publicada el 1/4/2016 (consultado el 21/6/2017).

“Las minas nacen, saben que abriéndose de gambas logran determinadas cosas y durante todo el tiempo dudan entre abrirse o no de gambas, esto es así”²², reduciendo a las mujeres a una vagina que se abre o se cierra a voluntad para conseguir oportunidades de trabajo o económicas, donde las mujeres son un lugar que los hombres pueden penetrar a cambio de cosas materiales, pero cuidado, solo pueden abrirse de piernas sí o solo sí, el machista de turno autoriza, de lo contrario será una provocadora, una víctima propiciatoria, alguien “que se la buscó”.

Suena bastante poco aceptable que las sospechas se desplacen hacia la víctima, pero ya lo decía Arendt respecto de las interpretaciones hipotéticas basadas en Freud de quienes “con el diario del lunes en la mano” intentaron interpretar un hecho horrendo, criminal, genocida.

“Proliferaron las más diversas hipótesis hasta el momento en que alguien, a quien sin duda la discusión le parecía extremadamente aburrida, tuvo la brillante idea de recurrir a las teorías freudianas, y atribuir al pueblo judío, en su totalidad, un «deseo de muerte»; inconscientemente, como es natural. Esta fue la imprevista conclusión a que ciertos comentaristas quisieron llegar basándose en la «imagen» de un libro, creada por ciertos grupos unidos por comunes intereses, en el que, según decían, yo había afirmado que los judíos se habían asesinado a sí mismos. ¿Y por qué razón dije yo tan monstruosa e inverosímil mentira? Por «odio hacia mí misma», naturalmente”²³.

No es poco habitual poder charlar con personas que vean en la militancia feminista o la militancia contra la violencia de género una sobreactuación, un exceso en la manifestación de una situación que “después de todo no es tan grave”. Muchas son las ocasiones en que debemos explicar que una actitud machista, discriminadora, violenta, identificada a tiempo, puede ponernos un paso más lejos de la violencia que sufren día a día los cuerpos de las personas objeto de la violencia de género. Un estereotipo de género deconstruido es un avance importantísimo.

Los estereotipos de género están presentes en todos lados, aun en la jurisprudencia podemos ver que muchas veces quienes deben fallar respecto de situaciones claramente desventajosas y violentas hacia las mujeres, se sitúan en una posición difícil de sostener, como, por ejemplo, el fallo

el Tribunal Oral en lo Criminal (TOC) N° 16 de la Capital Federal absolvió a un hombre acusado de violar sistemáticamente a su esposa en un escandaloso fallo cargado de prejuicios sexistas, de clase y contra la co-

²² “El nulo aporte del sector retrógrado...”, ob. cit.

²³ ARENDT, Hannah, “Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal”, ob. cit., p. 169.

munidad de inmigrantes paraguayos en el país. Lo más llamativo es que los jueces del TOC no expresaron dudas sobre la veracidad del testimonio de la víctima, pero aclararon que el imputado merecía recibir una condena atenuada porque era paraguayo y muy machista, y por eso creía que “su mujer tenía que cumplirle”, es decir, que tenía derecho a violar a su esposa²⁴.

Casación se expidió por la revocación del fallo en duros términos

“Subyace la concepción de la mujer como objeto carente de derechos y es esa clase de estereotipos discriminatorios la que el Estado argentino se ha comprometido a erradicar”, señaló Casación y ordenó, por dos votos a uno, dictar una nueva sentencia. Durante el proceso, en el alto tribunal penal se presentó la Embajada de Paraguay y manifestó su repudio por las consideraciones del TOC N° 16²⁵.

Los estereotipos están presentes en nuestra vida, nuestra educación, pero será nuestra tarea ver cómo transformarlos en lugares no discriminatorios ni violentos para con el sujeto de este, sin hacerles pesar los prejuicios y los disvalores que generalmente vienen de la mano.

Sigamos leyendo un poco más de los conceptos del fallo:

Entre los fundamentos el Tribunal sostuvo que se consideraba que el imputado pertenecía a una “subcultura” por ser de nacionalidad paraguaya, en la que “se entiende a la familia como si fuera de su pertenencia propia”. El imputado “efectivamente conocía que el abuso sexual con acceso carnal en sí es un delito, mas lo creía inaplicable cuando se tratara de su esposa, puesto que ella debía corresponderlo”, indicaron... No obstante, De Luca explicó en el dictamen que “la fundamentación para absolver al imputado es dogmática y arbitraria” ya que “el Tribunal se limitó a sostener que existían dudas sobre la existencia de los hechos, pero no explicó cuáles eran estas dudas ni de dónde surgirían”. (...) Para el fiscal “el Tribunal no aplicó la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional vigentes sobre la problemática de la violencia de género, que explican las características de estas conductas en particular, y que su enfoque sobre el hecho fue erróneo, arcaico y meramente intuitivo o tópico”²⁶.

Si los/as integrantes de una sociedad determinada se encuentran atravesados/as por estereotipos que forman parte de la educación formal, informal, de los conceptos que se traspasan dentro de la familia, las prácticas formales e

²⁴ CARBAJAL, Mariana, en *Página/12*, <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-245496-2014-05-05.html> (consultado el 16/6/2017).

²⁵ *Ibid.*

²⁶ DIARIO JUDICIAL, “¿Fue o no abuso sexual?”, en <http://www.diariojudicial.com/nota/32526> (consultado el 26/6/2017).

informales, etc., ¿será posible entonces hablar de una sociedad constituida por personas que son formadas y educadas en un grupo social que banaliza la violencia machista y forma ciudadanos que no pueden entender el peligro de que estas prácticas se generalicen y queden “escritas en piedra” puesto que no son cuestionadas?

¿Estaremos, entonces, en una situación donde, salvando las distancias históricas y de resultados, la sociedad en general naturalice, desestime y degrade la lucha contra la violencia machista, el patriarcado y la falta de consideración sobre que las mujeres tenemos un derecho humano fundamental a vivir una vida libre de violencia?

La jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en declaraciones radiales²⁷ “que la Justicia argentina ‘es machista’ porque también lo son la sociedad y el mundo, y opinó que ‘debería haber más presencia femenina en el máximo tribunal’”. También sostuvo que “(...) el avance de estos años en esta materia es que ‘se habla cada vez más’ de esto, ya que ‘hoy es imposible que alguien no sepa qué es un femicidio’, no obstante recordó que ‘existen muchos otros tipos de violencia contra la mujer’”.

En las múltiples entrevistas que dio el recientemente condenado a cadena perpetua por el femicidio doblemente agravado de su esposa, Claudia Schaffer, Fernando Farré sostuvo que “(...)también soy consciente de la repercusión que ha tomado este caso, evidentemente es una tragedia familiar, personal, única, que soy consciente de la magnitud que ha tomado si bien no he seguido el caso (...)”²⁸.

Luego el condenado responderá a la pregunta de Feinmann ¿por qué la mató? que “(...) no lo sé, no lo sé”, repreguntado sobre ¿cómo puede no saberlo? Continúa diciendo:

bueno, le comento, lo que se presentó el otro día en San Isidro por parte de la Fiscalía fue: Farré la mató, la mató a sangre fría, la mató en forma premeditada, yo honestamente le digo que sangre fría no fue, porque evidentemente *fue sangre muy caliente* y enloquecida la que pudo haber hecho eso, premeditado es imposible de premeditar una cosa tan horrenda delante de su madre, delante de dos abogados, en un country a la vista de todo el mundo. La única explicación que tengo es un problema de salud, una locura, el destino (...)”²⁹.

²⁷ PERFIL.COM, redacción, “Highton: la justicia ‘es machista’ porque el mundo y la sociedad lo son”, en *Perfil.com edición digital*, junio de 2016, <http://www.perfil.com/politica/highton-de-nolasco-afirmo-que-la-justicia-es-machista-porque-el-mundo-y-la-sociedad-lo-son-03-0012.shtml> (consultado el 26/6/2017).

²⁸ Entrevista completa por Eduardo Feinmann a Fernando Farré, publicado el 9/6/2017, en https://www.youtube.com/watch?v=2QHATUn_eUc (consultado el 16/6/2017).

²⁹ *Ibid.*, a partir de minuto 1:47.

Los estereotipos son reforzados en muchas ocasiones por la educación pero también por los contenidos de los medios de comunicación social, así respecto de las relaciones de pareja violentas, Susana Giménez³⁰, en su programa del 6 de noviembre de 2016, emitido por Telefe, sostuvo, primero, ante la foto de una joven mujer con moretones en piernas y brazos “¿Quién golpea en las piernas?” para luego rematar con “(...)bueno, a los 20 años cuando estás de novio, algunas veces te cacheteás un poco, hacés esas cosas, a quien miraste estúpido y paf! Es normal!”, lo que generó la interpelación de su coestrella, Antonio Gasalla, que le preguntó “¿A vos te pegaron?” y la actriz contestó “No, a mí no (...)”.

¿Hay víctimas mejores o peores? Para el periodista Ignacio Prieto³¹, periodista de Canal 13 y TN, Melina Romero, la adolescente asesinada y cuyo caso sigue impune, era “la nena” que tenía 5 Facebook, cuatro con identidades falsas, que repitió la secundaria en muchas ocasiones y que “como nena que era” iba a los boliches por la noche desde los 13 años, lo que la ponía como protagonista de “una vida con vulnerabilidad extrema”, como no estudiaba ni trabajaba, se la pasaba en la Plaza de Martín Coronado, el comunicador entiende que “(...)era muy vulnerable, en algún momento le iba a ocurrir algo”. He aquí otro estereotipo, si salís de la caja marcada, podés ser víctima.

En la misma compilación³² puede observarse una conversación entre la conductora Mirtha Legrand con Laura Miller, cantante argentina, a quien le pregunta “¿Qué hacías para que te pegara? Ante el desconcierto de la entrevistada, la conductora vuelve a la carga con un ‘¿Hiciste algo anormal, algo raro?’”. Momento más tarde³³, Flavio Azzaro, periodista, le pregunta a Miller, “cómo se hace para perdonar a un tipo así, porque vos decías que ibas y que volvías, yo eso es lo que no entiendo” y otra vez la sospecha se desplaza a la víctima, si hizo o no lo que debía.

Todas estas intervenciones fueron lanzadas en horarios centrales, múltiples repercusiones y reproducciones, por comunicadores/as sociales con amplia llegada al público en general.

³⁰ Susana Giménez justifica la violencia de género una vez más por *SinCensura.com*, fecha 3/11/2016, <https://www.youtube.com/watch?v=bRnJCWv4qf8> (consultado el 26/6/2017).

³¹ #NIUNAMENOS, “La violencia de género y el rol de los medios” [Micro 1] por Comisión Multisectorial VM con fecha 27/6/2016 subido en <https://www.youtube.com/watch?v=4wh1JsWxNDI> (consultado el 26/6/2017).

³² *Ibid.*, el fragmento de “La Noche de Mirtha Legrand” corresponde al programa emitido el 17/5/2015 - Canal 13, (consultado el 26/6/2017) a partir del minuto 1.50.

³³ MILLER, Laura, “Violencia de género en Almorzando con Mirtha Legrand” (Canal 13 - 17/5/2015) con fecha 18/5/2015 en <https://www.youtube.com/watch?v=fy9nyAH3rKk>, fragmento de la intervención de Laura Miller en el programa de Mirtha Legrand - (consultado el 26/6/2017) a partir del minuto 5.30.

2. CASI COMO UNA CONCLUSIÓN O UNA ESPERANZA

Hemos planteado dos escenarios concretos: el de los medios de comunicación a través de casos donde comunicadores/as reproducen estereotipos de género, altamente negativos para las mujeres en este caso. Y, el segundo, las sentencias o decisiones judiciales donde quienes los difunden son funcionarios/as públicos/as. Ambos casos con repercusión masiva.

Empezaremos por el segundo de los grupos: Si un fallo judicial echa mano a los estereotipos basados en la cultura o la sociedad en la que cierta persona nació para justificar sus hechos, si en otro sostienen que no había intención de matar puesto que los golpes no fueron aplicados sobre zonas vitales o si un fiscal deseoso de llenar estadísticas y cerrar causas rápidamente quiere llegar a un juicio abreviado y baja las penas en forma considerable, olvidándose de las víctimas y sus familias y, por qué no, de la sociedad toda, el mensaje que se recoge en los medios de comunicación es muy claro. Si vas a ejercer violencia de género es muy probable que seas beneficiado o exculpado.

Para los/as funcionarios/as judiciales hay previstos mecanismos para pedir explicaciones, apelar fallos, denunciar, pedir jurys, aunque no sea de público conocimiento y no todos/as sepamos el camino a seguir para realizar una denuncia. Los mecanismos existen y será una tarea militante difundir fallos estigmatizantes y modos de actuar en consecuencia.

Pero ¿qué sucede con los/as comunicadores sociales que tienen a su mano la difusión de sus declaraciones y conceptos en medios de alcance masivo?

La ley 26.522³⁴, conocida como Ley de Medios, vino a sentar bases bastante claras sobre los medios de comunicación masiva y sobre los límites a los que estaban sometidos. Con el dictado del decreto 267/2015, publicado en el Boletín Oficial el 4 de enero de 2016, se estableció que el ENACOM es el continuador de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA). En el texto de la ley, con las modificaciones introducidas, se establece en el art. 3º los objetivos para los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones:

(...) c) La difusión de las garantías y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional,

(...) i) La participación de los medios de comunicación como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes modos de comprensión de la vida y del mundo, con pluralidad de puntos de vista y debate pleno de las ideas,

(...) m) Promover la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual.

³⁴ Ley 26.522, ver: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/texact.htm> última visita 24-6-2017, los subrayados me pertenecen.

Si la lectura terminara aquí, diríamos ¡qué maravilla!, tenemos un sistema de medios de comunicación amplio, plural, igualitario y no estereotipado donde

“24 Los medios de comunicación, en todas sus modalidades y regímenes de propiedad, tienen también un cometido indispensable como actores en el desarrollo de la sociedad de la información y se considera que son un importante contribuyente a la libertad de expresión y la pluralidad de la información.

25 La sociedad de la información debe basarse en valores aceptados universalmente (...) a) Tomar las medidas necesarias para promover la observancia de la paz y el mantenimiento de los valores fundamentales de libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, responsabilidad compartida y respeto de la naturaleza”³⁵.

¿Y si los medios de comunicación no tomasen en cuenta la inclusión, la pluralidad de voces, el trato igualitario e incorporaran y difundieran estereotipos de género claramente contrarios a las mujeres y a los hombres, que ayuden a constreñirlos, a limitarlos, a forzarlos a ser como se espera que sean? La ley dispone

Art. 12.— La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual tendrá las siguientes misiones y funciones: (...) 14) Aplicar las sanciones correspondientes por incumplimiento de la presente ley, sus reglamentaciones y sus actos administrativos, bajo control judicial pleno y oportuno, incluso cautelar

Art. 71.— Quienes produzcan, distribuyan, emitan o de cualquier forma obtengan beneficios por la transmisión de programas y/o publicidad velarán por el cumplimiento de lo dispuesto por las leyes (...) 26.485 —Ley de protección integral para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales— y 26.061, sobre protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes así como de sus normas complementarias y/o modificatorias y de las normas que se dicten para la protección de la salud y de protección ante conductas discriminatorias³⁶.

Y que en caso de no acatar la norma, existe una amplia gama de sanciones que van desde

- a) Llamado de atención;
- b) Apercebimiento;

³⁵ Ob. cit. los subrayados me pertenecen.

³⁶ Ob. cit.

c) Multa del cero coma uno por ciento (0,1%) al diez por ciento (10%) de la facturación de publicidad obtenida en el mes anterior a la comisión del hecho pasible de sanción. El instrumento mediante el cual se determine la multa tendrá el carácter de título ejecutivo;

d) Suspensión de publicidad;

e) Caducidad de la licencia o registro.

(...)

Las sanciones previstas en este artículo se aplicarán sin perjuicio de otras que pudieran resultar aplicables de acuerdo a la legislación civil y penal vigente³⁷.

La ley lleva varios años de vigencia, sin embargo, no se puede observar aún el éxito disuasorio en el catálogo existente de sanciones, además de preguntarnos si el camino se agota y se completa en esa vía. Quizás tengamos que echar mano al aporte de Sandra Chaheer que sostiene que la solución está en la capacitación y sensibilización

(...) la implementación integral y federal de la Ley de Educación Sexual Integral, para abordar el tema a lo largo de todo el período educativo y de esta forma llegar a toda la población; y, en relación, con comunicadoras/es y periodistas: la inclusión de género como parte de la currícula obligatoria (para quienes estudian) y el desarrollo pleno y con recursos suficientes de organismos del Estado que promuevan instancias de capacitación y sensibilización para comunicadoras/es en ejercicio, como la Defensoría del Público (actualmente acéfala) o el Observatorio para la Discriminación en Radio y TV, que fue recientemente disuelto³⁸.

La capacitación, entonces, deberá ser llevada a cabo a través de “Plataformas donde sea tan importante conocer los derechos como conocer los obstáculos para su realización. Proveer a docentes y alumnado de bibliografía y clases con referentes en todas las áreas. Darle prioridad democrática a una formación que incluya conceptos de legislación y derechos y la responsabilidad de señalar incumplimientos”³⁹.

Considero que para poder terminar con la banalización de la violencia de género y deconstruir estereotipos debemos recurrir a la capacitación permanente desde niveles iniciales de la educación formal y no formal, solo así lograremos mejorar la comunicación y la difusión de los mensajes a través de los medios masivos. Generación de materiales y formación de replicadores/as por organismos u organizaciones no gubernamentales que cuenten con experiencia en la temática y posean reconocida trayectoria.

³⁷ Ob. cit., art. 103.

³⁸ Ver Anexo, los subrayados me pertenecen.

³⁹ Ver Anexo.

Una primera etapa está en marcha con la identificación por parte de los receptores de los mensajes de estar frente a estereotipos o preconceptos que dañan directa o indirectamente.

Pensar una modificación de las currículas en todos los niveles educativos, capacitaciones obligatorias y permanentes para los/as agentes del Estado en todas sus formas (provincial, municipal, nacional, etc.), que sea requisito indispensable para el acceso a cargos públicos, la realización de capacitaciones en cuestiones de género, así como la difusión de contenidos que sensibilicen a través de los medios masivos de comunicación para llegar a cada rincón de nuestro territorio.

ANEXO

Estas fueron las preguntas enviadas a través del correo electrónico a las tres periodistas consultadas respecto de los estereotipos y los medios masivos de comunicación.

1. ¿Considera que los estereotipos respecto del género se encuentran presentes en el discurso de los/as comunicadores sociales?
2. ¿Cómo se puede capacitar, trabajar, internalizar la lucha contra los estereotipos de género y así evitar el uso en la comunicación social?
3. En su profesión ¿qué acciones lleva a cabo, si es que las hace, para vencer los estereotipos de género?

Liliana Hendel, periodista, psicóloga, trabaja en el Consejo Nacional de las Mujeres, participa de la RED PAR y Red Internacional de Periodistas con visión de Género en Argentina (RIPVGAR).

1. Están tan presentes como lo están en la sociedad en general. Quienes comunican construyen sentidos comunes pero también replican aquellos con los que crecieron.

2. Todas las respuestas tienen inicio en la educación real. Plataformas donde sea tan importante conocer los derechos como conocer los obstáculos para su realización. Proveer a docentes y alumnado de bibliografía y clases con referentes en todas las áreas. Darle prioridad democrática a una formación que incluya conceptos de legislación y derechos y la responsabilidad de señalar incumplimientos.

3. Hablo con lenguaje no sexista. Incorporo fuentes formadas en temas de género, participo en elaboración de manuales y su distribución. Insisto sin éxito en la necesidad de hacer talleres puertas adentro de los medios.

Soy coordinadora de una red de periodistas internacional donde trabajamos en red replicando lo que sucede en otros países. A veces logramos incidir. En el caso MX tuvimos muy buena respuesta de la Embajada en Argentina. En los casos de secuestros de niños con la justicia, denunciarnos a jueces/juezas y acompañamos con *amicus curiae*, la ley de impedimento de contacto es una trampa, como periodistas lo denunciarnos pero también seña-

lamos los estereotipos en las publicidades y en las novelas. Es preocupante el rating de “El Sultán”, todos los estereotipos en una novela.

Sandra Chaher, periodista, comunicadora, responsable de Comunicar Igualdad.

1. Sí, completamente. Aunque haya mayor conciencia sobre las desigualdades, los estereotipos siguen estando presentes, ya que lo contrario implica un trabajo de enorme deconstrucción cultural.

2. No es deseable ni posible que los estereotipos desaparezcan, ya que son una herramienta de comunicación, no solo para quienes están al frente de medios sino para todas las personas. Lo que sí es deseable es que se diversifiquen (que no primen estereotipos de mujeres como responsables de tareas reproductivas u objetivadas sexualmente; de varones proveedores; de travestis delincuentes; de gays vinculados al mundo del espectáculo, o de lesbianas hipermasculinizadas, por citar algunos de los estereotipos de género más habituales) y que pierdan la valoración negativa que en muchos casos llevan asociada (travestis delincuentes, por ejemplo).

Y la estrategia para lograrlo es sumar en capacitación y sensibilización; la implementación integral y federal de la Ley de Educación Sexual Integral, para abordar el tema a lo largo de todo el período educativo y de esta forma llegar a toda la población; y, en relación, con comunicadoras/es y periodistas: la inclusión de género como parte de la currícula obligatoria (para quienes estudian) y el desarrollo pleno y con recursos suficientes de organismos del Estado que promuevan instancias de capacitación y sensibilización para comunicadoras/es en ejercicio, como la Defensoría del Público (actualmente acéfala) o el Observatorio para la Discriminación en Radio y TV, que fue recientemente disuelto.

3. La organización que dirijo, Comunicación para la Igualdad, se dedica a tareas de investigación, sensibilización y capacitación en comunicación y género.

Alejandra Benaglia, periodista, CM canal de la música. SATSAID Blog de noticias y radio. Conductora y productora de PUNTO G, periodismo y género.

1. Sí, creo que están presentes. Si bien desde hace un tiempo, gracias a la red Par y la Red Internacional de Periodistas con visión de género en Argentina, además de la Defensoría del Público y el AFSCA, algunos aspectos se han ido modificando. Creo que los estereotipos subyacen y se cuelan en lxs comunicadores. No existe, lamentablemente una política en los medios (ni en las escuelas/universidades/institutos) que aplique la perspectiva de género en todas las noticias y no olo en las que comunican violencia.

2. Básicamente se debería incluir la perspectiva de género en la educación. En las redacciones, producciones y estudios habría que generar espacios de debate e incidencia para aquellxs que ya se encuentran trabajando.

3. En lo personal trabajo y milito la perspectiva de género en todos los espacios que habito. Manejo un lenguaje inclusivo, incluyo los datos necesarios que demuestren las inequidades y la forma en que podría revertirse.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDRT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 2003 [1963].
- CARBAJAL, Mariana, “Cuando el machismo es de la justicia”, *Página/12*, 5/5/2014. Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-245496-2014-05-05.html> (consultado 10/4/2018).
- COOK, Rebecca - CUSACK, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, 2010 [Título original: *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. University of Pennsylvania Press, 2009]. Disponible https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf.
- DÍA A DÍA, Redacción, “Habló la pareja del femicida de Micaela: No es un hombre violento”, en *Día a Día*, 9/4/2017. Disponible en <http://diaadia.viapais.com.ar/policiales/hablo-la-pareja-del-femicida-de-micaela-no-es-un-hombre-violento> (consultado 10/4/2018).
- DIARIO JUDICIAL, “¿Fue o no abuso sexual?”, *Diario Judicial.com. La actualidad desde el derecho*, 4/7/2013. Disponible en <http://www.diariojudicial.com/nota/32526> (consultado 10/4/2018).
- LA NUEVA, “Otro femicidio: en Chascomús, un hombre mató a su mujer y se suicidó”, *La Nueva*, 21/10/2016, Bahía Blanca. Disponible en <https://www.lanueva.com/nota/2016-10-24-16-23-0-otro-femicidio-en-chascomus-un-hombre-mato-a-su-mujer-y-se-suicido> (consultado 10/4/2018).
- LEY 26.522, de Servicios de Comunicación Audiovisual. Boletín Oficial 31.756 del 10/10/2009.
- MORATALLA, Tomás, “Hannah Arendt: de la obediencia a la responsabilidad”, *Eidón*, N° 40, Universidad Complutense de Madrid, diciembre de 2013 (citado en NEIFERT, Agustín, “Hannah Arendt y la ‘banalidad del mal’”, *Criterio Digital. Sociedad+Fe+Cultura*, N° 2421, Buenos Aires, Fundación Criterio, 2015. Disponible en http://www.revistacriterio.com.ar/bloginst_new/2015/12/01/hannah-arendt-y-la-banalidad-del-mal/).
- PASCOLINI, Julia, “La justicia libera a los femicidas de Marisela Pozo”, *Agencia Paco Urondo*, 16/6/2017. Disponible en <http://www.agenciapacourondo.com.ar/generos/la-justicia-libera-los-femicidas-de-marisela-pozo> (consultado 10/4/2018).
- PERFIL.COM, Redacción, “Highton: la justicia ‘es machista’ porque el mundo y la sociedad lo son”, *Perfil.com edición digital*, 3/6/2016. Disponible en <http://www.perfil.com/noticias/politica/Highton--la-Justicia-es-machista-porque-el-mundo-y-la-sociedad-lo-son-20160603-0012.phtml> (consultado 10/4/2018).
- SORIANO, Fernando, “Masacre de Hurlingham: una historia de celos y violencia que terminó en baño de sangre”, *Infobae.com*, 7/2/2017. Disponible en <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2017/02/06/masacre-de->

hurlingham-una-historia-de-celos-y-violencia-que-termino-en-bano-de-sangre/ (consultado 10/4/2018).
VALLEJOS, Soledad, “Los números que reflejan el horror machista”, *Página/12*, 1/4/2016. Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-295933-2016-04-01.html> (consultado 10/4/2018).

Recepción: 10/4/2018
Aceptación: 21/7/2018

LA EXPERIENCIA DE LA DISOLUCIÓN CIVIL: NO ES EXACTAMENTE “LO MISMO QUE UN DIVORCIO”*

Por ROSEMARY AUCHMUTY**

Resumen:

Entre los años 2012 y 2014 entrevisté a algunos de los primeros miembros de uniones civiles que disolvieron sus vínculos, sobre dicha experiencia. Cuando presenté mis resultados, la mayor parte de los abogados de familia respondieron que la disolución resultaba “bastante parecida a un divorcio”. Y así lo era, al menos en varios aspectos; pero yo pensé que esos comentarios obviaban una importante diferencia. Este artículo se centra en las concepciones jurídicas de gays y lesbianas que pasaron por una disolución de sus uniones civiles y en sus experiencias. Esto me resultó interesante por tres razones. En primer lugar, las experiencias de lesbianas y varones gays han sido históricamente marginalizadas, patologizadas o privadas de reconocimiento legal y han permanecido fuera de la conciencia jurídica dominante. En cambio, en esta investigación estarán puestas bien en el centro. En segundo lugar, la institución de la unión civil —por más transitoria que resulte— merece ser estudiada como la puerta

* Publicado originalmente como: “The experience of civil partnership dissolution: not ‘just like divorce’ por Rosemary Auchmuty”, en *Journal of Social Welfare and Family Law*, 38:2, 152-174, DOI: 10.1080/09649069.2016.1156884. Traducido al español por Agostina Allori, Abogada, LL.M., Michigan Law School; profesora de Derecho de las Universidades Torcuato Di Tella y San Andrés. E-mail: aallori@umich.edu. Revisión de la traducción a cargo de Beatriz Kohen y María Aluminé Moreno.

** Rosemary Auchmuty fue pionera en los estudios de mujeres y estudios jurídicos feministas en Gran Bretaña. Fue directora asociada del Centre for Law, Gender and Sexuality de las Universidades de Westminster, Keele y Kent. Ha sido Directora de Enseñanza y Aprendizaje y ahora enseña derecho de propiedad, tierras, género y derecho en University of Reading. Fue profesora visitante de 2000 a 2015 en la Universidad de París-Ouest Nanterre La Defense, Francia.

Rosemary es presidenta del ISA Research Committee on Sociology of Law's Working Group on Comparative Study of Legal Professions, una institución internacional de la academia jurídica que investiga la educación legal y las profesiones jurídicas.

Reconocimientos: quiero agradecer a mi asistente, Anisa de Jong y a quien realizó las transcripciones, Alison McPherson. También estoy muy agradecida con muchxs amigxs y colegas que me ayudaron con la publicidad y el reclutamiento y que hicieron comentarios sobre mis ideas en conferencias, particularmente Rosemary Hunter y Rosie Harding, por sus consejos sobre la metodología y la ley. Finalmente, tengo que expresar mi aprecio a los 19 entrevistados que compartieron sus experiencias conmigo. Declaración de divulgación: no hubo ningún conflicto de interés potencial reportado por la autora. Financiamiento: este trabajo fue apoyado por una pequeña subvención de la British Academy (GS101373).

de ingreso al reconocimiento y regulación de las relaciones entre parejas del mismo sexo en el Reino Unido. Y, en tercer lugar, es precisamente esta la historia que hace a la unión civil diferente del matrimonio y, por tanto, torna a la disolución diferente del divorcio, más allá de las similitudes que puedan tener en el tratamiento legal.

Palabras clave:

Disolución, unión civil, lesbianas, varones gays, matrimonio, propiedad.

THE EXPERIENCE OF CIVIL PARTNERSHIP DISSOLUTION:
NOT ‘JUST LIKE DIVORCE’

Abstract:

Between 2012 and 2014 I interviewed some of the earliest civil partners to dissolve their partnerships about their experience of dissolution. When I presented my findings, most family lawyers responded that dissolution was ‘pretty much like divorce’. And so it was, in many respects; but I thought that such comments missed an important difference. This article focuses on the legal understandings of gays and lesbians who have undergone dissolution of their civil partnerships, and on their experiences of it. This seemed to me significant for three reasons. First, the experiences of lesbians and gay men have historically been marginalised, pathologised or absent from legal accounts and the dominant legal consciousness. In this research they would be put centre-stage. Second, the institution of civil partnership —transient though it may turn out to be— deserves study as the point of entry into legal recognition and regulation of same-sex couples’ relationships in the UK. And, third, it is this precise history that makes it different from marriage, and dissolution different from divorce, whatever the similarities in legal treatment.

Keywords:

Dissolution, civil partnerships, lesbians, gay men, marriage, property.

INTRODUCCIÓN

En “Marriage and the data on same-sex couples”, Robert Leckey notó que solo un reducido sector de la academia había abordado la cuestión acerca de “lo bien que podrían funcionar las estructuras financieras que gobiernan el matrimonio y el divorcio en parejas del mismo sexo, las cuales han captado la atención recientemente y que ahora pueden gozar de arreglos similares”¹. Él señaló

¹ LECKEY, Robert, “Marriage and the data on same-sex couples”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 35-2, London, Taylor & Francis, 2013, pp. 179-191.

que, mientras que algunas reglas gobiernan la unión mientras esta subsiste, otras empiezan a tener efecto únicamente cuando la unión se rompe y que “el divorcio distribuye la propiedad de una manera diferente a la que se haría de forma consensuada”². El presente artículo intenta llenar algunos de los vacíos en esos datos al examinar la hipótesis según la cual, en el entusiasmo generalizado por la Ley de Unión Civil de 2004, muchas lesbianas y gays que se valieron de esta nueva igualdad con heterosexuales no comprendieron el verdadero significado de la regulación legal y de lo que les sería quitado en la experiencia de la disolución, en particular, pero no solamente respecto a sus bienes.

Antes de que las abogadas de familia corran a contarme que la mayoría de las parejas son tomadas de sorpresa por el proceso de divorcio, y que las parejas del mismo sexo no son diferentes de las parejas del sexo opuesto en esta cuestión, quiero dejar en claro cuál es el enfoque de este artículo. Cuando me embarqué en la investigación, partí de la premisa de que la experiencia de las parejas del mismo sexo *sería* diferente, por sus historias sociolegales diversas y sus contextos diferentes. Como iba a descubrir, esto no era del todo cierto; pero, así como las reacciones de algunos exmiembros de uniones civiles eran parecidas a la de muchas divorciadas, esto en sí mismo me parecía que requería de mayor investigación. Entonces, este artículo, y la investigación en la que está basado, no parte de la experiencia heterosexual como norma a partir de la cual el resto de las experiencias deben ser medidas, sino de la perspectiva de las lesbianas y gays entrevistados, para quienes la “norma” pudo haber sido —y por lo general (aunque no siempre) era— bastante diferente.

El problema de leer las experiencias lesbianas y gays como opuestas a las de las parejas del sexo contrario es que terminan siendo subsumidas en la heteronorma. En lugar de ver lo que pudo haber sido *diferente* para gays y lesbianas, uno solo ve lo que es similar al grupo dominante. Las diferencias son minimizadas al punto de que dejan de existir; ciertamente dejan de ser importantes o dignas de destacarse. Existe una considerable literatura que trata la idea de que una “domesticación” de este tipo constituía uno de los objetivos, y a la vez uno de los efectos, de la legislación sobre uniones civiles y matrimonios del mismo sexo a lo largo y ancho del mundo occidental³.

Quedar subsumidos bajo la norma dominante constituye un destino común de los grupos marginalizados al ser absorbidos por los hegemónicos. Es un inconveniente de las medidas igualitarias que intentan extender privilegios a personas previamente excluidas que la visión de mundo y el estándar en relación con el cual los nuevos participantes son juzgados sea aquel del grupo inicialmente dominante. También es característica de esas normas que ellas se encuentren tan profundamente incorporadas a la psicología del grupo dominan-

² *Ibid.*, pp. 180-187.

³ STYCHIN, Carl, *Governing sexuality: The changing politics of citizenship and law reform*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

te que las alternativas resultan invisibles o imposibles de concebir. A esto debe agregarse el hecho de que la mayor parte de las investigaciones sobre lesbianas y varones gays han sido confinadas al ámbito de la “sexualidad” y, hasta hace muy poco, no recibían ningún tipo de consideración por parte de los abogados de familia —en tanto gays y lesbianas estaban destinados, por ley y política pública, a no constituir familias reales (de hecho, la sección 28 de la Ley de Gobierno Local de 1988, realmente utilizaba las palabras “familias de fantasía”). Las discusiones jurídicas sobre la vida gay solían aparecer de forma más habitual en las páginas de un manual de derecho penal que en uno de derecho de familia. Las lesbianas, por supuesto, jamás eran nombradas. Esto significa que es probable que solo quienes se hubieran especializado en estudios de la “sexualidad” o que han tenido una experiencia personal de vida antes del advenimiento de la liberalización entiendan las diferentes formas de ser y de relacionarse desarrolladas por lesbianas y varones gays durante los largos siglos de invisibilidad, ilegalidad o, simplemente, de ilegitimidad previos al giro liberal del siglo veintiuno.

Estas formas alternativas han sido documentadas por estudios sociológicos tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos. Entre las fuentes británicas, se destaca el estudio realizado por Weeks, Heaphy y Donovan *Same-sex intimacies: Families of choice and other life experiments*, que celebraba las “nuevas narrativas de las relaciones íntimas”⁴, disfrutadas por gays y lesbianas antes de que la regulación de sus relaciones se tornara posible:

La historia de la generación pasada ha sido una de agencia y resistencia, en la que los marginalizados han procurado crear formas de vida viables en esas circunstancias específicas, recurriendo a las comunidades de sentido en las que están involucrados y rechazando implícita o, incrementalmente de forma explícita, la presunción heterosexual⁵.

Cuando estos autores preguntaron a sus encuestados si se encontraban a favor del matrimonio del mismo sexo, muchos rechazaron la idea por ser demasiado “heterosexual”. Uno de los varones dijo: “para mí, todas las bases de las relaciones lesbianas y gays son diferentes de las relaciones heterosexuales. (...) Y tratar de adaptar las leyes y los conceptos heterosexuales a las relaciones gays, está destinado al fracaso”⁶.

Otro estudio importante fue *Lesbian lifestyles: Women’s work and the politics of sexuality*, de Gillian Dunne⁷, donde se encontró que las parejas lesbia-

⁴ WEEKS, Jeffrey - HEAPHY, Brian - DONOVAN, Catherin, *Same-sex intimacies: Families of choice and other life experiments*, London, Routledge, 2001, p. 15.

⁵ *Ibid*, p. 43.

⁶ WEEKS, Jeffrey - HEAPHY, Brian - DONOVAN, Catherin, “Partnership rites: Commitment and rituals in nonheterosexual relationships”, in J. SEYMOUR, Julie - BAGGULEY, Paul (eds.), *Relating intimacies: Power and resistance*, Basingstoke, Macmillan, 1999, p. 46.

⁷ DUNNE, Gillian, *Lesbian lifestyles: Women’s work and the politics of sexuality*, Basingstoke, Macmillan, 1997, pp. 180.

nas trabajaban conscientemente hacia la “igualdad” en sus relaciones y rechazaban los roles de género, tales como proveedor y dependiente, incluso cuando había niños. De sus 60 encuestados, 53 dijeron que la principal razón por la que sus relaciones diferían de aquellas heterosexuales, era que las suyas eran “más igualitarias”⁸.

Al mismo tiempo, existen evidencias de que estas afirmaciones sobre las diferencias resultaban, a lo mejor, más aspiracionales que reales⁹ o, menos, una cuestión de convicción ideológica que de necesidad práctica. Christopher Carrington, por ejemplo, en su encuesta sobre uniones lesbianas y gays en California, notó que la mayoría de las parejas trabajaban por una retribución y no tenían hijos y, por lo tanto, eran más proclives a compartir las responsabilidades económicas y domésticas¹⁰. Robert Leckey menciona investigaciones que indican que las parejas del mismo sexo compuestas por hombres con hijos tienden a caer en los roles tradicionales de proveedor/dependiente¹¹. Esto concuerda con mi propia impresión de que gran parte de los hombres que entrevisté no fueron influenciados por las críticas feministas a la familia como la de Barret & MacIntosh¹², como sí lo fueron algunas de las mujeres más jóvenes¹³—en otras palabras, la ideología antipatriarcal jugó un rol muy pequeño en sus procesos de toma de decisiones sobre los roles en la pareja.

No obstante, resulta claro que, antes de sus inclusiones recientes en las normas heterosexuales, muchos —especialmente lesbianas y gays mayores—, se enorgullecieron por sus diferencias con los heterosexuales¹⁴. Por lo tanto, mi investigación recoge un momento en el que estos ideales de igualdad y de autonomía se encontraban en peligro de ser destruidos, el precio que pagamos por la inclusión en los términos del grupo dominante.

Hasta ahora, las investigaciones sobre uniones civiles (y matrimonios del mismo sexo) se habían encuadrado alrededor de los discursos de la igualdad y los derechos, las razones por las que gays y lesbianas han abrazado (o no) las nuevas instituciones y la diferencia psicológica que trajo el reconocimiento

⁸ *Ibid.*, p. 181.

⁹ HEAPHY, Brian, “The sociology of lesbian and gay Reflexivity or Reflexive Sociology”, in *Sociological Research Online*, 21/3/2008, from <http://www.socresonline.org.uk/13/1/9.html>, par. 3-4 (Retrieved 21/3/2015).

¹⁰ CARRINGTON, Christopher, “No place like home: Relationships and family life among lesbians and gay men”, *Chicago, IL*, Chicago, Chicago University Press, 1999, p. 193.

¹¹ LECKEY, Robert, “Must equal mean identical? Same-sex couples and marriage”, *International Journal of Law in Context*, 10, 2014, p. 11.

¹² BARRETT, Michele - McINTOSH, Mary, *The anti-social family*, London, Verso Editions/NLB, 1982.

¹³ AUCHMUTY, Rosemary, “Dissolution or disillusion: The unravelling of civil partnerships”, in BARKER, Nicola - MONK, Daniel (eds.), *From civil partnerships to same-sex marriage 2004-2014: Interdisciplinary reflections*, Basingstoke, Routledge, 2015, pp. 203-233.

¹⁴ AUCHMUTY, Rosemary, “When equality is not equity: Homosexual inclusion in undue influence law”, *Feminist Legal Studies*, 11, 2003, pp. 163-190.

legal (ejemplo, Clarke, Burgoyne & Burns¹⁵, Harding¹⁶, Rolfe & Peel¹⁷, Shipman & Smart¹⁸). Hasta que emprendí este proyecto, nadie había estudiado las disoluciones y, ciertamente, la literatura mencionada más arriba se caracterizaba por su reticencia a considerar este aspecto de la regulación legal de las relaciones del mismo sexo y —en algunos casos— por un enfoque demasiado casual y demasiado optimista tanto de la institución *per se* como de la imposición de reglas legales en relaciones donde nunca habían sido empleadas. Por ejemplo, Heaphy, Smart y Einarsdotti hablaban de “derechos legales” y de “la distinción técnica entre unión civil y matrimonio”¹⁹ sin explicar siquiera de qué se trataba en realidad.

Este artículo se centra entonces en las concepciones legales de gays y lesbianas que han transitado por la disolución de sus uniones civiles, así como en sus experiencias de dicho proceso. Esto me parecía significativo por tres motivos. En primer lugar, las experiencias de lesbianas y varones gays han sido históricamente marginalizadas, patologizadas o privadas de reconocimiento legal y negadas por la conciencia jurídica dominante. En esta investigación estarán puestas en el centro mismo de la escena. En segundo lugar, la institución de la unión civil —por más transitoria que resulte— merece ser estudiada como la puerta de entrada al reconocimiento y la regulación de las relaciones entre parejas del mismo sexo en Reino Unido. Y, en tercer lugar, es precisamente esta historia la que hace a la unión civil *diferente del matrimonio* y, por lo tanto, torna a la disolución *diferente del divorcio*, más allá de las posibles similitudes en el tratamiento legal.

Luego de una descripción de la investigación, el artículo se estructura en tres partes. La primera considera qué entendieron los participantes cuando inscribieron sus uniones civiles; la segunda comprende el proceso de su disolución; y la tercera ofrece un debate y las conclusiones.

¹⁵ CLARKE, Victoria - BURGOYNE, Carole - BURNS, Maree, “Romance, rights, recognition, responsibilities and radicalism: Same-sex couples views on civil partnership and marriage”, in CLARKE, Victoria - PEEL, Elizabeth (eds.), *Out in psychology: Lesbian, gay, bisexual, trans and queer perspectives*, Chichester, Wiley & Sons Ltd., 2007, pp. 173-193.

¹⁶ HARDING, Rosie, “Dogs are ‘registered’, people shouldn’t be’: Legal consciousness and lesbian and gay rights”, *Social & Legal Studies*, 15, 2006, pp. 511-533. Ver también de la misma autora: “Recognizing (and resisting) regulation: Attitudes to the introduction of civil partnership”, *Sexualities*, 11 (6), 2008, pp. 740-760.

¹⁷ ROLFE, Alison - PEEL, Elizabeth, ‘It’s a double-edged thing’: The paradox of civil partnership and why some couples are choosing not to have one”, *Feminism and Psychology*, 21(3), 2011, pp. 317-335.

¹⁸ SHIPMAN, Beccy - SMART, Carol, “It’s made a huge difference: Recognition, rights and the personal significance of civil partnership”, *Sociological Research Online*, 12, 2007, from <http://www.socresonline.org.uk/12/1/shipman.html>, 2007 (Retrieved 21/3/2015).

¹⁹ HEAPHY, Brian - SMART, Carol - EINARSDOTTIR, Anna, *Same-sex marriages: New generations, new relationships*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013.

1. LA INVESTIGACIÓN

La Ley de Unión Civil de 2004 entró en vigencia en diciembre de 2005. La ley garantiza a las parejas del mismo sexo que inscriben sus uniones más o menos los mismos derechos y responsabilidades de un matrimonio. Hacia el final de 2013 había 66.730 uniones registradas en el Reino Unido, de las cuales la mayoría (especialmente al comienzo), eran parejas de varones, aunque esa tendencia se ha revertido (47% varones, 43% mujeres en 2013) (Servicio Nacional de Estadísticas, 2015). Las uniones civiles continúan disponibles pero su número ha declinado, en parte gracias a la Ley de Matrimonio de 2013 (de parejas del mismo sexo) y la posibilidad, desde diciembre de 2014, de convertir la unión civil en un matrimonio del mismo sexo.

La ley permite la disolución de una unión civil a partir de principios muy similares a los que guían los divorcios, a excepción de la causal de adulterio. Las primeras disoluciones tuvieron lugar en 2007 y hacia finales de 2011, ya había 1768 en el Reino Unido. Estas incrementaron un 20% en 2012, registrándose 801 disoluciones más en Inglaterra y Gales, 10 en Irlanda del Norte, y otro 20% de incremento en 2013, contándose 974 en Inglaterra y Gales y 10 en Irlanda del Norte (Servicio Nacional de Estadísticas, 2015). No se registran cifras disponibles sobre los dos últimos años en Escocia. La tasa de disolución de las uniones civiles ha sido siempre mayor entre las mujeres que entre los varones, hacia finales de 2013, el 4,5% de los varones y el 8,4% de las mujeres habían disuelto sus uniones civiles (Servicio Nacional de Estadísticas, 2015).

A los fines de esta investigación, entrevisté a 19 personas (a quienes me refiero aquí utilizando letras de la A a la S), que disolvieron o estaban en el proceso de disolución de sus uniones civiles. Ellas fueron reclutadas a partir de una amplia gama de fuentes, a través de abogados y amigos, organizaciones de lesbianas y gays, foros, sitios webs, revistas y boletines informativos. Las edades de los participantes variaban entre los 29 y los 69 años. En este artículo, a fin de simplificar me referiré a los nacidos antes de 1970 como “los mayores” y a los nacidos a partir de 1970 en adelante como “más jóvenes”: hago esta aclaración, ya que noté diferentes actitudes y expectativas entre estos grupos; que, sospecho, se debió a los importantes cambios sociales y legales que tuvieron lugar en los sesenta y en los setenta, como la legalización del sexo gay bajo el consentimiento entre dos adultos, en 1967 o el desafío generado por el Movimiento de Liberación de las Mujeres, el cual condujo a leyes antidiscriminatorias y legislación igualitaria, en 1970. Las participantes provinieron de toda Inglaterra, desde Eastbourne hasta Newcastle, con la mayoría en Londres (ocho) y alrededores (seis). Todas las relaciones habían durado al menos tres años, y algunos habían estado juntos más de 20.

De los 19 entrevistados, 14 eran mujeres y 5 eran varones. Tenía la esperanza de encontrar más participantes, especialmente varones, pero el total de uniones civiles disueltas es relativamente pequeño aún y, rápidamente, me di

cuenta de que, mientras algunas personas disfrutaban de hablar de sus uniones civiles mientras la pareja está viva y feliz, ellas son menos propensas a compartir sus experiencias desafortunadas con una investigadora académica, incluso con una que comparte su sexualidad.

Sobre la disparidad de género entre los entrevistados, ensayé varias explicaciones posibles. En primer lugar, como vimos, mientras que más varones registraron sus uniones, las mujeres que las disolvieron son más, entonces, una puede esperar un mayor número de mujeres dispuestas a hablar conmigo. El mismo hecho de que la proporción de mujeres mayor sugiere una mayor insatisfacción de las mujeres en cuanto a la forma en que la regulación legal o su propia relación funcionaron. Es más, los varones gays con los que me contacté expresaron repetidamente que todos sus amigos estaban felizmente casados o felizmente solteros. Hay una ironía que, aunque no sorprende, llama la atención: es el contraste que existe entre la publicidad que adquieren los varones famosos que se separan de sus parejas del mismo sexo y la dificultad que tuve en encontrar alguno que quisiera participar en la investigación²⁰. En segundo lugar, el hecho de que yo sea una mujer pudo haber hecho que las mujeres se sintieran más preparadas para hablar conmigo, y que mi contacto sea mayor con lesbianas que con varones gays; a lo mejor, un investigador gay habría tenido más éxito en encontrar participantes varones. Una tercera razón podría ser la reconocida capacidad que tenemos las mujeres para expresar e interrogar los propios sentimientos, y nuestro mayor interés en hacerlo para el beneficio de otras personas (que fue la forma en que publicé este proyecto). Me arrepiento de no haber hablado con más varones porque sus expectativas y sus experiencias usualmente suelen ser diferentes de las de las mujeres y esto está corroborado por estadísticas que muestran, por ejemplo, que los varones son mucho más propensos que las mujeres a comenzar relaciones con una pareja que es bastante más grande o bastante más joven²¹.

Entrevisté a cada uno de los 19 participantes entre 2012 y 2014, cara a cara y de forma individual, a excepción de un que quería ser entrevistado con su actual pareja. Se les mostró el código de ética y se requirió de su consentimiento. Las entrevistas se grabaron y fueron transcritas; toda la información se estableció de forma anónima. Asimismo, las entrevistas tenían una ligera estructura abierta, pero comencé cada una de ellas preguntando al entrevistado por qué había formado una unión civil, y eso me dio cierto conocimiento de lo que ellas habían entendido sobre las implicancias legales y financieras en el momento en que registraron la unión. Luego exploré el proceso de disolución, de qué manera fueron resueltas algunas cuestiones específicas vinculadas con los

²⁰ ALLEN, Vanessa - PARVEEN, Nazia, “The millionaire banker, his actor lover and their landmark £ 1.7 million ‘divorce’ settlement”, *Daily Mail*, 8/3/2012.

²¹ ROSS, Helen - GASK, Karen - BERRINGTON, Ann, “Civil partnerships five years on”, *Population Trends*, 145 (1), 2011, pp. 172-202.

bienes y los hijos, y si había algo que los había tomado por sorpresa. A lo largo de la investigación me centré menos en el resultado —muchos entrevistados se sentían más felices ahora que en sus relaciones, sin importar cuán dolorosa había sido la experiencia de la separación y disolución— que en el proceso. Estas discusiones me llevaron rápidamente a ir más allá de mi hipótesis original, como lo mostrarán las páginas siguientes.

2. LA INSCRIPCIÓN

Los autores de una investigación reciente sobre parejas jóvenes en uniones civiles sugieren que, ya que las parejas generalmente conviven por un tiempo antes de formalizar la relación, “no resulta tan útil comenzar por la noción de matrimonio como una transición vital clave o comenzar el análisis del matrimonio centrándonos en el momento en que se toma la decisión de casarse”²². Pero, por supuesto, esto es solo verdad si se piensa que el derecho realmente hace una diferencia. En el momento en el que desplazamos nuestra atención hacia la disolución, la necesidad de considerar el matrimonio como una “transición vital clave” se torna evidente. Es necesario entender qué piensan las personas cuando deciden entrar en una unión civil y, en el caso de aquellos que invocan las protecciones legales (en el estudio mencionado más arriba no se le dio mayor consideración a este punto, pero en mi investigación ocupó un lugar muy importante), examinar a fondo *qué* protecciones legales precisas entendieron que iban a obtener al formalizar la relación. Esto cobra importancia porque la disolución *tiene todo que ver* con el derecho, y si las personas no se dieron cuenta de este aspecto, o lo entendieron de forma incorrecta, seguramente resultarán sorprendidas por lo que sucede una vez que la relación se termina.

3. EL RECONOCIMIENTO PÚBLICO COMO IGUALDAD

Resulta significativo que la primera razón por la que los participantes inscribían sus uniones civiles fue “el reconocimiento público”. Descubrí que esto tiene dos significados para los matrimonios del mismo sexo. Para los participantes mayores, que habían experimentado a lo largo de sus vidas importantes cambios en la opinión pública, ingresar en una unión civil representaba la conquista de la “igualdad con los heterosexuales”, como dijo A. Tenían plena conciencia del significado histórico de la legislación y querían asumir una posición pública frente a ella. F, por ejemplo, que registró su unión civil el mismo día en que la ley entró en vigencia, hizo esto como una “cuestión de principios”. C sostuvo: “el ritual resultaba muy importante y yo quería firmar ese papel. Yo quería mi relación inscrita en los libros de la historia”, mientras que E explicó que una

²² HEAPHY, Brian *et al.*, *Same-sex marriages...*, ob. cit., p. 87.

de sus motivaciones era “mostrarle al gobierno, mediante estadísticas, que las lesbianas también formamos relaciones. (...) Yo quería que me cuenten entre ellas”. Íntimamente vinculado con esto, se encontraba el deseo de ser percibida como un modelo para los demás. “Queríamos, supongo, sentar algún tipo de ejemplo”, afirmó D.

Déjenme hacer una pausa para analizar estos resultados, los cuales presentan la más clara evidencia de que la principal razón por la que este grupo de individuos inscribió sus uniones civiles perteneció de forma *única* a gays y lesbianas (y, por lo tanto, tenían razones muy diferentes a las que tienen las parejas heterosexuales a la hora de casarse). Las relaciones entre miembros del mismo sexo se han vuelto tan aceptadas y “normales” hoy, al menos en los círculos liberales, que tenemos que hacer el ejercicio de recordarnos que recién en 1967 se despenalizaron las relaciones consentidas y realizadas en privado por varones adultos (Ley sobre Delitos Sexuales, de 1967); que recién en el año 2000 se igualó la edad de consentimiento (Reforma a la Ley de Delitos Sexuales, de 2000); que recién en el 2003 la notoria Sección 28 de la Ley de Administración Local, que prohibía la “promoción” de la homosexualidad en las escuelas y servicios públicos, fue derogada en Inglaterra y Gales (en Escocia incluso antes, en el 2000); y que recién en 2007 se consideró ilegal la discriminación contra lesbianas y gays en la provisión de servicios (Ley de Igualdad - Orientación Sexual - Regulación). Esta transición de la *criminalización a la protección legal* se desarrolló durante la vida entera de mis entrevistados mayores y la transición de una *discriminación permisible* a un *trato igualitario*, durante la vida de los más jóvenes. Para ellos, la unión civil (incluso para aquellos que la asimilaron con el matrimonio, como muchos hicieron), tenía una *dimensión de significado adicional*; es justo decir también que quienes no la asimilaron con el matrimonio, le dieron a la unión civil un *significado completamente diferente*. No lograr reconocer esto e imaginar que la unión civil era simplemente lo mismo que el matrimonio para heterosexuales equivale a ignorar la larga y brutal historia de cómo el derecho ha tratado a lesbianas y varones gays.

4. EL RECONOCIMIENTO PÚBLICO COMO COMPROMISO

El segundo significado del “reconocimiento público” tiene que ver con la demostración de compromiso en *esta* relación. “Cuando tu pareja es reconocida frente a 40 testigos, con todos los votos y las promesas, algo cambia”, dijo C. “Me hace sentir un poco más... validada”. Mientras que esta es una característica que también se comparte con los matrimonios heterosexuales, para gays y lesbianas adquiere una significación especial, ya que han soportado décadas de no aceptación e invisibilidad. G quería que su relación con alguien del mismo sexo fuera aceptada como “legítima (...) para ser reconocida”.

Algunos estudios previos de uniones civiles encontraron que la *aceptación familiar* (usualmente alentada o demostrada a raíz del reconocimiento público)

brindó un ímpetu para la inscripción²³. En mi muestra, sin embargo, la familia por lo general quedaba afuera de la foto (muerta o distanciada) o (especialmente en relación con los entrevistados jóvenes), brindaban un apoyo total, como encontraron también Heaphy, Smart y Einarðottir, en su investigación de 2013, sobre parejas jóvenes²⁴. El hecho de que este grupo encontrara mayor aceptación demuestra los cambios que se han producido, cambios que la Ley de Uniones Civiles justamente evidenció y contribuyó a forjar.

5. EL PASO SIGUIENTE

Muchos participantes vieron la inscripción como “el paso siguiente” lógico en la relación. Esta idea se conceptualizó de dos formas distintas. El primer grupo abrazó la unión civil como *el paso siguiente*, porque el reconocimiento legal no había estado disponible antes, y ahora “podíamos hacerlo” (P). Por su parte, B jamás consideró la posibilidad de un casamiento; “y, de repente, se hizo legal y la gente que nos rodeaba comenzó a casarse y yo pensé, ¡Ay Dios! ¡Esto de verdad está pasando!”. Aquellos que habían estado con sus parejas por 10 o 20 años vieron en la inscripción de la unión civil una manera de formalizar la relación existente: “Era simplemente ponerle un moño a algo que ya existía” (E).

El otro grupo, conformado por gente más joven, hablaba del “desarrollo natural de las cosas” (H), que tenía más que ver con las concepciones heterosexuales tradicionales sobre la trayectoria de una relación. K, por ejemplo, estaba interesada en tener un bebé, pero quería “casarse antes de tenerlo”. Por supuesto, “el desarrollo natural” no es natural en absoluto, sino que está guiado por las normas sociales. La presión social y el deseo de conformar jugaron un rol primordial en la decisión de muchos entrevistados de registrar la unión civil. Q sostuvo que todas sus amigas se estaban registrando y que le preguntaban a ella y a su pareja cuándo planeaban “ponerle el moño a la relación”. Para B, “esto se convirtió en algo así como... estamos enamoradas, sabes, y entonces:

Entrevistadora: –¿Es lo que la gente hace?

Entrevistada: –Claro.

Entrevistadora: –¿Y tus amigas también lo estaban haciendo?

Entrevistada: –Ehh... era increíble ver cuánta gente lo estaba haciendo. Incluso (...) ahora, conozco a un montón de personas que se acaban de comprometer”.

²³ SHIPMAN, Beccy - SMART, Carol, “It’s made a huge difference...”, ob. cit., 2007, para. 4.8.

²⁴ HEAPHY, Brian - SMART, Carol - EINARSDOTTIR, Anna, *Same-sex marriages: New generations, new relationships*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, p. 82.

Heaphy, Smart y Einardottir²⁵ confirmaron que esta visión es más común entre lesbianas y gays jóvenes y encontraron que la mitad de su muestra de 100 parejas jóvenes vio que ingresar en una unión civil era el “desarrollo natural” de su relación. Es importante destacar también que, como estos autores y yo encontramos, este grupo de jóvenes abrazó casi uniformemente el lenguaje del matrimonio, al hablar de esposa/esposo, boda, entre otras²⁶, mientras que otros participantes mayores generalmente evitaron estas palabras.

Lo que distingue a un grupo del otro es que la mayor parte de los que vieron a la unión civil como una nueva oportunidad legal, no vieron su inscripción como un cambio esencial en su relación, mientras que aquellos que la percibieron como el paso siguiente lógico en la relación, confirieron a la institución cierto poder transformativo. B, un ejemplo del segundo grupo, declaró que “el matrimonio cambia las cosas, el matrimonio lo cambia todo y, de hecho (aunque su matrimonio haya fracasado), sí pienso que cambia las cosas para mejor”.

Para el grupo de personas mayores, sin embargo, el error en no reconocer la diferencia que generaba entrar en una unión civil generó un desencanto aún mayor en relación con la disolución. Como explicó A, “después de 19 años en una relación, pensás que nada va a cambiar”. Existen, por supuesto, muchos heterosexuales que imaginan que el matrimonio no cambiará sus relaciones consolidadas y, por lo tanto, luego el asombro es brusco. Pero este hallazgo en mi investigación, junto con “el reconocimiento público” como *principal* motivación, sugieren que algunos de los entrevistados no solamente pasaron por alto el hecho de que efectivamente se estaban casando, en su alegría y regocijo por conquistar la igualdad jurídica, sino que, además, no lograron comprender que justamente esto *significaba* entrar en una unión civil.

Ruth Gaffney-Rhys señala en un artículo que trata acerca de la extensión de las uniones civiles a heterosexuales que parte de su atractivo para algunos de estos últimos, es que “*pueden percibir* el matrimonio y la unión civil como instituciones más *diversas* de lo que realmente son”²⁷. Mi investigación sugiere que esto también era cierto para algunos gays y lesbianas, especialmente en los primeros años de la institución.

6. EL AMOR

En su investigación sobre parejas del mismo sexo que habían registrado sus uniones civiles, Heaphy, Smart y Einarsdottir encontraron (como lo hicieron también Shipman y Smart en su estudio de 2007), que “la decisión de casarse

²⁵ HEAPHY *et al.*, *Same-sex marriages...*, ob. cit., p. 93.

²⁶ *Ibid.*, p. 42.

²⁷ GAFFNEY-RHYS, Ruth, “Same-sex marriage but not mixed-sex partnerships: Should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite-sex couples?”, *Child and Family Law Quarterly*, 26 (2), 2014, p. 176.

giraba en torno al lenguaje del amor y de confirmar el compromiso, mientras que los derechos legales pasaban a un segundo plano —o, en algunos casos, tenían una consideración prácticamente irrelevante²⁸. En mi muestra, tanto en el grupo de los más jóvenes como en el grupo de los mayores, se les restó importancia al amor y al compromiso (a lo mejor, y no resulta sorprendente, porque sus relaciones ya se habían terminado). Una sola persona (R, un varón de 41 años), les atribuyó la principal razón para registrar su propia unión civil. Él señaló: “Sentí una especie de compromiso de por vida, pero también lo vi, como lo hace la mayor parte de la gente, como un pequeño papel que decía: ‘Te amo’, sin importar las consecuencias”. Para otros, el amor era casi un incidente, “estábamos enamorados y además (...), al poco tiempo, la unión civil empezó a estar disponible, entonces pensamos que era algo (...) bueno” (D). Para los miembros mayores, las motivaciones para la inscripción de una unión civil parecieron más pragmáticos que románticos. N enfatizó que eran los derechos de pensión los que guiaron la decisión, más que el “Sí, realmente te amo”.

En mi muestra, más significativo que el simple “amor”, fue el *deseo de complacer a la pareja*. Heaphy, Smart y Einarsdottir observaron que los individuos en una relación tienen diferentes actitudes respecto de la inscripción de una unión civil; que, por lo general, hay uno que lo desea mucho y otro que es completamente indiferente o reticente²⁹. Yo me encontré con lo mismo. Una razón pragmática, como permitir que la pareja extranjera pudiera quedarse en el Reino Unido, era un motivo difícil de resistir (te obliga a tomar una decisión para la que no estás lista, admitió S); también resultaba una presión para la pareja mayor, cuando había niños a los que criar, señaló O. Pero, incluso en aquellos casos en los que no había una presión real, complacer a la pareja resultaba un potente incentivo para casarse. G sabía que su pareja había perdido a sus padres y que, para ella, la unión civil la incorporaba a la familia de G y que, a partir de ella, creaba también una nueva familia con G. H había estado casada previamente y la institución estaba lejos de encantarle, pero se lo propuso a su pareja “porque pensó que la haría feliz”. J aceptó la propuesta de su pareja por la misma razón. Estas son demostraciones de amor, pero, a la vez, sugieren que los entrevistados quisieron distanciarse (al menos en retrospectiva) de cualquier posibilidad por haber estado cegado por los sentimientos.

7. LAS PROTECCIONES LEGALES Y FINANCIERAS

Casi todos los entrevistados mencionaron que un motivo importante para registrar la unión civil era proveerse de la protección legal y/o financiera que brinda el matrimonio. Estos resultados atestiguan no solo las consideraciones pragmáticas mencionadas arriba, sino también la compartida concepción de que

²⁸ HEAPHY *et al.*, *Same-sex marriages...*, ob. cit., p. 13.

²⁹ *Ibid.*, p. 95.

el matrimonio y la unión civil *generalmente* protegen los derechos de las parejas. “Mi opinión era que, ya sabes, tenemos una vida y una casa juntas, nuestros testamentos son recíprocos (...) la unión civil venía a simplificar ciertas cuestiones —la de la casa, las pensiones—”, explicó F. Entre los participantes mayores como F, este tipo de comentarios encontraban sustento en la conciencia histórica de la falta de protección que habían tenido gays y lesbianas en sus relaciones, que fue también muy publicitada por los grupos de presión como Stonewall, en el período previo a la ley. Asimismo, era habitual que los entrevistados mayores tuvieran bienes o hijos que proteger y, por tanto, tenían una preocupación mayor en relación con decisiones vinculadas con enfermedades o edad avanzada. A pensaba que debería proteger sus derechos en un hospital o en un asilo, al igual que sus finanzas cuando su pareja o ella murieran. B, que era de otra jurisdicción, era consciente de que en Inglaterra no existían derechos en un “matrimonio de hecho”, como sí sucedía en su país de origen. “Si alguna de nosotras moría, lo que queríamos eran derechos, para prevalecer sobre la familia”, me dijo. A la persona más adulta que entrevisté, N, no le preocupaba que su relación fuera reconocida en un hospital: “Igualmente, un gran porcentaje de enfermeros varones son gays”, dijo riendo (sus dos últimas parejas habían sido enfermeros). Pero P, que también había trabajado en el servicio de salud, no era tan optimista. Ella había enfrentado numerosos incidentes de homofobia en su vida laboral y creía que la fuerza legal de la unión civil resultaba importante para hacer que los profesionales de la salud reconocieran las relaciones del mismo sexo.

O, que tenía una pareja testigo de Jehová con una enfermedad, vio que la unión civil le daría a ella más “estatus si en la operación se tuviera que realizar una transfusión sanguínea”. Pero su conocimiento sobre el alcance de las consecuencias legales era mayormente vago y levemente inclinado hacia las cuestiones financieras: “era cuestión de tiempo que empezáramos a lidiar con los pagos de seguros de enfermedad o con pensiones y cosas por el estilo, detrás de las cuales subyacían ideas legales”.

E, H, J, O y P mencionaron derechos recíprocos de pensión, aunque las pensiones del sector público que mencionaron pagarían incluso a las concubinas que no estuvieran casadas, incluyendo a los del mismo sexo. Pero, lo harían sobre una base discrecional y esto no era suficiente para algunas personas más cuidadosas como E:

Fue principalmente una decisión económica. Queríamos estar completamente seguros de que recibiríamos la contribución por la pensión del otro, algo de lo que no estábamos completamente seguros —nuestra compañía de pensiones dijo que podrían dársela a una pareja de larga duración, como no dársela.

Los esquemas de pensiones más viejos no contemplaban las uniones de hecho de ninguna sexualidad, y para Q, que pertenecía a una de estas, una razón para inscribir su unión civil era asegurarle a su pareja que recibiría la pensión en caso de que ella muriera en servicio —algo que en su profesión (la policía), era un riesgo real.

Las cuestiones inmigratorias fueron nombradas por una mujer y tres varones, que registraron su unión civil para permitir que su pareja de otro país pudiera quedarse. Le pregunté a L si él y su pareja habrían registrado la unión en caso de que este motivo no existiera: “No, entonces no creo que lo hubiésemos hecho. A lo mejor algo cambiaba más adelante y lo habríamos hecho por otros motivos, pero no creo que lo hubiéramos hecho sin esta razón. No”.

El deseo de brindar un hogar estable a los hijos fue el principal motivo para dos mujeres jóvenes. La pareja de K tenía tres hijos de dos padres diferentes: “darle un poco de estabilidad a los niños, por eso lo hicimos”. Existían planes de tener más hijos en el futuro también, y tenían la sensación de que los niños estarían mejor en una familia donde las obligaciones y los remedios legales sean claros.

Casi todos, entonces, estuvieron motivados por el entendimiento de que las uniones civiles dan acceso a las parejas a derechos que no están disponibles, o están menos disponibles, por fuera del matrimonio. Lo lamentable de esto, desde la perspectiva de una abogada, es que tenían una idea sumamente vaga acerca de cuáles eran esos derechos. A y F, por ejemplo, creían que la unión civil protegería los cuidadosos arreglos financieros que habían hecho con sus respectivas parejas, solo para descubrir que la disolución los anularía. Muchos de los participantes no se dieron cuenta de que las parejas no necesitan casarse o unirse civilmente para disfrutar de muchas de las protecciones que buscaron en la inscripción: el/la pariente más cercana que decide tu destino en el hospital, por ejemplo, no tiene que ser un pariente de sangre o una pareja legal. Como A que señaló, arrepentida, “mi abogado me explicó que, realmente, no necesitaba casarme para tener esas cosas”.

8. LA DISOLUCIÓN

Después de preguntar sobre los motivos para registrar la unión civil formulé una pregunta acerca de por qué los participantes la estaban disolviendo o ya la habían disuelto. En algunos casos esto desencadenaba una amarga narración sobre el quiebre de la relación, que terminó por acaparar la mayor parte de la entrevista, aunque, estrictamente hablando, yo no estaba interesada en esto. Por supuesto que una tiene que conocer las razones por las que se terminó la relación a los fines de entender el proceso de disolución, pero mi preocupación principal era si (y, en caso afirmativo, cómo) los entrevistados distinguían el final “informal” del final “formal” de la relación y cómo respondieron al derecho, que los forzó a redefinir sus experiencias según los criterios de la Ley de Unión Civil de 2004.

Las razones de la ruptura de la relación no resultaban claramente distinguibles de las razones del divorcio, lo cual causó gran dolor a quienes (las mujeres mayores entrevistadas, particularmente) hubieran esperado que las uniones de personas del mismo sexo fueran más fuertes y que las parejas del mismo sexo

fueran más razonables. La infidelidad apareció con gran frecuencia, al igual que los problemas vinculados con enfermedades mentales y adicciones. Otras razones incluyeron el desacuerdo sobre si tener o no hijos, discrepancias en el desarrollo de sus carreras o, simplemente, el fin del amor. Los motivos para disolver las uniones civiles fueron también similares a los que se ve en los divorcios. El ímpetu venía, o bien de algún evento catastrófico que superaba los límites de la tolerancia (sobre todo en aquellos casos donde había problemas de salud mental o adicciones), o bien de la aceptación de que una situación mala no iba a mejorar (como, por ejemplo, en los casos en que aceptaban el hecho de que la pareja no volvería).

Las causales de disolución de una unión civil son similares a las de un divorcio. Quienes piden la disolución deben demostrar la irremediable ruptura de la relación —sección 44 (1) de la Ley de Uniones Civiles de 2004— en relación con una o varias de estas situaciones: conducta irrazonable –Sección 44 (3) (a); separación de dos años con consentimiento –Sección 44 (3) (b); separación de cinco años sin consentimiento –Sección 44 (3) (c); o abandono por dos años –Sección 44 (3) (d). La única diferencia entre la disolución de una unión civil y el divorcio es que el adulterio no constituye una causal de disolución. Esta omisión dejó atónitas a muchas de las mujeres entrevistadas: “No sabía que no podía demandar por adulterio —esto me sorprendió, porque pensé que era algo muy poco igualitario, dado que las parejas heterosexuales pueden hacerlo” (E). “¡Me quedé boquiabierta!” (C). “Encontré eso verdaderamente chocante” (O).

Mi conjetura inicial de que una de las razones para que el adulterio no constituyera una causal de disolución de una unión civil era por el lobby que habían hecho los varones gays ante el gobierno para que no fuera incluida³⁰ fue confirmada por los comentarios de los entrevistados varones: “Ciertamente me causó un poco de risa (riendo), fue como una especie de guiño hacia los varones gays” (M). Explicó que él y su pareja civil habían tenido una relación abierta durante los tres últimos años de matrimonio. “No está mal, nosotros lo acordamos así, es algo perfectamente normal (...) en algunas relaciones heterosexuales, pero aún más común entre gays”. Pero, muchas de las mujeres entrevistadas habían roto sus relaciones a partir de la discusión sobre mantener o no la monogamia, todas ellas estaban a favor de la fidelidad. Luego de explicar el enorme esfuerzo que le insumía hacer funcionar una pareja no monógama, C declaró: “Estoy demasiado agotada. No puedo más”³¹.

Entre las personas que entrevisté, solo tres disolvieron la unión a partir de la causal de separación por dos años, y consensuaron en que la espera había

³⁰ AUCHMUTY, Rosemary, “Out of the shadows: Feminist silence and liberal law”, in V. MUNRO, Vanessa - STYCHIN, Carl (eds.), *Sexuality and the law: Feminist engagements*, London, Glasshouse Press, 2007, p. 95.

³¹ AUCHMUTY, Rosemary, “Dissolution or disillusion: The unravelling of civil partnerships”, in BARKER, Nicola - MONK, Daniel (eds.), *From civil partnerships to same-sex marriage 2004-2014: Interdisciplinary reflections*, Basingstoke, Routledge, 2015.

mitigado en gran parte el rencor involucrado en el proceso. Por lejos, la principal causal invocada fue la conducta irrazonable. Tener que exponer, incluso exagerar las tristes dinámicas de la relación mientras esta se derrumbaba fue uno de los aspectos más duros de la disolución y muchos se preguntaron por qué Inglaterra no podía tener divorcio “sin causa”. Como observó M, “Somos dos adultos (...) en una unión civil; ambos estamos sanos y queremos terminarla, pero para hacerlo, necesitamos de una gran y aterradora historia”.

Mientras que no caben dudas de que *hubo* muchas situaciones que pudieron caracterizarse como “conducta irrazonable” en varias de estas rupturas (al menos en las versiones parciales que yo recibí), lo que impactó a mis informantes fue la artificialidad de la evidencia que debía presentarse para poder invocar esa causal. En muchos casos parecía que la conducta que pretendidamente tornó la vida con el peticionante imposible, requería de una “construcción” parecida a la del adulterio que debía probarse antes de la Ley de Reforma del Divorcio de 1969. N, por ejemplo, me dijo que su pareja estaba tan interesada en disolver la unión, que incluso estuvo dispuesta a admitir que era la parte culpable. “Entonces él dijo, en su declaración, que había ido a baños saunas gays y que había sido infiel, lo cual no era cierto”. M, otro varón, permitió que su pareja hiciera una lista de acciones “algunas de las cuales eran ciertas y otras no”. Él describió estas mentiras como “medios para obtener un fin”. El rechazo de D a aceptar una pareja poligámica llevó a que su pareja inicie la disolución de la unión bajo la causal de conducta irrazonable. Las alegaciones contra D incluían inestabilidad mental, infidelidad, consumo de alcohol excesivo delante de uno de sus hijos y maltrato físico. Cuando D protestó, su ex le dijo que ¡su abogado le había recomendado escribir esas cosas terribles!

Estas conductas y reacciones resultarán familiares para los abogados de familia, acostumbrados a lidiar con las partes en los procesos de divorcio, algunas veces tan shockeadas, tanto por las formas que adquiere el juego de echar culpas como también por el hecho de que ese juego todavía subsista. La gran novedad del proceso para la mayoría de los gays y las lesbianas, sin embargo, es que pone aún más en evidencia este aspecto del divorcio: aquellas personas que trataron con todas sus fuerzas y proclamaron abiertamente que las relaciones del mismo sexo no entrarían en esos juegos asociados con las parejas heterosexuales de repente se vieron envueltas ellas mismas en ese tipo de juegos y por la misma razón.

9. EL PROCESO

A la hora de considerar la disolución, para muchos, el primer recurso fue Internet. Cuando una “googlea” “disolución de una unión civil”, lo primero que aparece son sitios de estudios jurídicos, a la caza de un negocio. Al principio, sin embargo, la información era muy escasa, por lo que el contacto se realizaba por conexiones personales o a través de redes de lesbianas y gays. Una amiga

dirigió a D a la Oficina de Asesoramiento Ciudadano, lo que resultó ser afortunado para ella, ya que estaba dispuesta a irse con lo que tenía en mano en el momento en que su pareja la echó de su casa. Tres entrevistadas fueron a parar, de forma independiente, con la misma abogada lesbiana, con mucha experiencia en disoluciones y altamente alabada por las tres. A, que terminó en una Corte, también tenía un abogado varón, gay.

Yo tenía mucho interés en conocer el nivel de conciencia acerca de las uniones civiles y procesos de disolución de los abogados no expertos seis o siete años después de que la ley entrara en vigencia y si alguien entre mis entrevistados había experimentado alguna reacción homofóbica. La experiencia de O da cuenta de ello. Sin saber por dónde empezar, ella eligió al azar un estudio de moda, cuya “esnob recepcionista” le informó que no valía la pena llamar al abogado para que la atendiera: “¿Sabes?, él factura £180 por hora”. O también sintió la homofobia: “en el momento en que mencioné que se trataba de una ‘unión civil’, la actitud cambió”. O, luego encontró un estudio jurídico cercano, donde tuvo una experiencia completamente distinta. Le ofrecieron una consulta gratuita de media hora, en la cual la abogada le explicó exactamente lo que debía hacer y la ayudó con todo el papeleo, con lo cual el tiempo estipulado para la consulta inicial se agotó, pero la abogada finalizó diciendo que, si ella hacía el trabajo, este costaría £1200, pero que, si O lo realizaba por su cuenta, costaría solamente £400 —y agregó que si O necesitaba ayuda, podían tener una consulta telefónica (que resultaba más barata que una presencial). “Y resultó ser que, como ella me había explicado todo de forma tan clara, (...) no necesité llamarla por teléfono. Hicimos todo de una vez”, concluyó O.

Para algunos de los abogados que asesoraron a mis entrevistados, este era claramente el primer encuentro profesional que tenían con una disolución. El parecía poco impresionada por estos abogados, que se referían a ella como “Sr.” y cometieron varios errores.

Al final era yo la que le decía a ella, “No, no puedes apelar esa resolución cuando ya ha pasado tanto tiempo”, y ella me contestaba “Puedo hacerlo”. “No, no puedes”. Yo misma entraba al sitio de *Age Concern* y bajaba los documentos para las abogadas, entonces fui conociendo de qué se trataba el proceso, a medida que pasaba por él.

En su primera consulta, una abogada le dijo a E que los formularios eran muy complicados y que el costo estimado de su disolución rondaría las £1200. Esto la persuadió de contratarla para hacer el trabajo. Al final costó el doble y E no encontró los formularios para nada complicados. E terminó con un sentimiento de que lo podría haber hecho ella sola de forma menos costosa y más eficiente.

Otras, sin embargo, hicieron comentarios sobre la complejidad y opacidad del papeleo. O, que llevó adelante su disolución con la ayuda de su actual pareja, reveló que habían tenido que buscar numerosos términos jurídicos en Google y aun así les resultó complicado, a pesar de que “al ser maestras, conocíamos la

jerga”. M fue particularmente crítica con los oficiales de justicia y sus roles en los trámites. Él y su pareja acudieron directamente a las cortes porque era una disolución amigable, no tenían bienes ni hijos y no había motivos para gastar dinero en abogados. “Pero los formularios estaban escritos básicamente en un tipo de jerga jurídica (...), con demasiada información que no resultaba aplicable, tachados y sellados”. Le sorprendió que “ni siquiera me ofrecieron imprimir un formulario que fuera el adecuado y correcto, solo me dieron uno estándar, al que tenía que sacarle una fotocopia y llenarlo”. “Tenía que llamarles y preguntarles ‘¿cuándo creen que estará listo (...)?’ ‘Puede que lleve tres meses, a lo mejor seis, no sabemos’, todo este tipo de cosas”. Estaba indignado porque estaba pagando £400 por un proceso completamente ofensivo y condescendiente. “No soy una persona estúpida. No soy abogado, pero no soy estúpido, y (...) no era un proceso fácil”. Terminó en una pelea con el supervisor, incluso considerando que la oficina se encontraba desbordada de trabajo y con poco personal (como él reconoció por propia voluntad), concluyó que “no había recibido un buen servicio”.

Otros entrevistados percibieron el costo de la disolución, incluso sin el costo de abogados, verdaderamente exorbitante; costaba mucho más, como una o dos personas comentaron irónicamente, que inscribir la unión civil (aunque un poco menos que adquirir la ciudadanía británica, como notaron otros dos). Pero para algunos el costo era irrelevante, no podían si quiera recordar cuánto habían pagado. B declaró: “Ni siquiera pienso que me importara. Habría pagado cualquier precio para que se termine”.

10. LOS BIENES

Ya que no había disputas sobre hijos en mi muestra (aunque a menudo estaban presentes los hijos de relaciones previas), voy a pasar por alto los acuerdos que hicieron los participantes sobre alimentos y mascotas que, si bien es cierto que legalmente son “bienes”, giran en torno a ellas peleas parecidas a las que se tienen por los niños, cuando las parejas se separan. Los bienes, sin embargo, merecen una consideración especial, ya que los remedios auxiliares que prevé la Ley de Uniones Civiles representan tal vez el mayor cambio para las parejas del mismo sexo cuyas relaciones terminan. Como advirtió Katherine Franke³² para el contexto norteamericano:

Sin dudas, el matrimonio trae consigo un conjunto de derechos y responsabilidades sin dejar de mencionar el respeto social y la dignidad que muchos en la comunidad gay anhelaban profundamente. Pero, casarse significa también

³² FRANKE, Katherine, “Lesbian husbands and gay wives: The gendering of gay divorce”, *The Nation*, 5/7/2013 from http://www.huffingtonpost.com/katherine-franke/gaydivorce_b_3550127.html (Retrieved 25/7/2014).

vivir bajo las reglas del matrimonio y el divorcio: terminar con una relación ya no será simplemente una cuestión de negociaciones privadas.

Aunque las pensiones y otras transferencias eran parte de algunos acuerdos, la vivienda de la pareja solía representar su bien más significativo, por lo que puse especial foco en ella en mis entrevistas. Solo cinco participantes vivían en propiedades alquiladas y fueron quienes describieron la disolución (no a la ruptura) como menos dolorosa, ya que no había propiedades para dividir.

Once participantes eran dueños de sus viviendas junto a sus parejas antes de la disolución; de hecho, quienes habían estado en la relación por muchos años, como E y F, eran copropietarios de una serie de bienes. De forma contundente, cada uno de ellos podía decir si había adquirido la propiedad como copropietario o propietarios en común (aunque no siempre podían recordar el término exacto), lo que confirmó mi hipótesis de que gays y lesbianas, que hasta el momento se habían encontrado por afuera de la “protección” del derecho de familia, eran más propensos a tomar decisiones informadas sobre sus bienes, en contraste con los cohabitantes heterosexuales estudiados en las investigaciones como las de Barlow, Duncan, James y Park, quienes se sentían protegidos por el estatus de los matrimonios de hecho³³. Por numerosas razones, como, por ejemplo, la inequidad de los salarios o la presencia de hijos de relaciones previas, F, H y K decidieron hacer un reparto desigual a pesar de haber sido copropietarios. Para ellos, entonces, cualquier presunción de una Corte de “igual reparto” en la disolución, resultaba incorrecto. Por otro lado, quienes habían elegido beneficiarse de una copropiedad, lo habían hecho reconociendo sus implicancias. Q, por ejemplo, había aportado mucho más para la casa que ella y su pareja habían comprado juntas, pero optó por la copropiedad como una manera de demostrar “integridad” e “igualdad” en la relación.

La casa no es solo el bien con mayor valor financiero, sino que usualmente es el *único* bien con valor de capital. Esto significó que, en la mayoría de los casos, tenía que ser vendida en la disolución. Algunos participantes llegaron a un acuerdo amigable sobre la división, pero, en otros casos, la disputa fue furiosa. Hasta aquí, bastante parecido a un divorcio; pero, mientras que el principal problema para la mayoría de las parejas que atraviesan un divorcio es que no piensan sobre lo que pasaría si la pareja se rompiera, para los entrevistadas más pudientes como A y F, el problema era que habían negociado acuerdos claros, pero no se dieron cuenta que en la disolución se los podría cuestionar.

Va de suyo que los entrevistados más descontentos con la división de bienes en la disolución fueron aquellos que tenían más bienes que perder. Pero, en su caso, la queja no era que tuvieran que compartir sus bienes —estaban dispuestos a hacerlo— sino que sus exparejas obtuvieran *más* de lo que habían acordado en los tiempos felices. Y no quedaban dudas, como sí las hay con los

³³ BARLOW, Anne - DUNCAN, Simon - JAMES, Grace - PARK, Alison, *Cohabitation, marriage and the law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 28.

acuerdos prenupciales, de que ese acuerdo se hubiera obtenido bajo presión, ya que las partes no habían firmado un contrato (sobre los problemas asociados con los acuerdos nupciales³⁴. A, por ejemplo, que trabajaba por su cuenta, estaba enojada porque tuvo que renunciar a los bienes que tenía para cubrir su jubilación y dárselos a una pareja que ya tenía una buena pensión salarial. Eso significaba que ella debía seguir trabajando mientras que su pareja podía jubilarse cómodamente. D y R, por el otro lado, habían vivido en propiedades que pertenecían a sus parejas, y ejemplificaban el tipo de personas para quienes el derecho de familia ofrece mayores protecciones que el derecho de propiedad. La pareja de D era propietaria de numerosos bienes, pero el nombre de D no aparecía en ninguno. Cuando se separaron, ella se había preparado simplemente para marcharse: “Nunca pensé nada más. Como todo era de ella, yo solo debía irme, eso era todo”. Luego, alguien mencionó la posibilidad de una ayuda financiera y ella buscó asistencia legal. De todos los participantes de mi investigación, D fue la única que pudo sacar provecho de la legislación de uniones civiles, ya que habría tenido dificultades para quedarse con la casa. Ella tomó ventaja de la filosofía detrás de la ley: “Vos sos la que sale mejor. Yo necesito empezar mi vida de nuevo, en otro lugar. Eh...vos, como la persona que decidió que no quiere que este contrato continúe, tenés que darme algo que me ayude”.

La situación de R era más parecida a la del gran volumen de casos legales vinculados con la vivienda familiar. La historia de R era que su pareja no había escriturado el departamento con el nombre de R, diciendo que “no resultaba elegible”, presumiblemente porque no era británico (lo que, por supuesto, no descalifica a una persona para ser propietaria, pero R no sabía esto). R pagaba la hipoteca, que su pareja le llamaba “alquiler” y realizó importantes trabajos en la vivienda: “Coloqué el piso de madera de roble. Monté el cielo raso”. Al separarse, si no hubiesen estado en una unión civil, el habría podido invocar solamente uno de los clásicos reclamos disponibles para un inquilino legal, no propietario³⁵ y, de tener los medios para conseguir esto, estaría legitimado para recibir una parte del valor del departamento, basada en sus contribuciones (en efectivo y en especie), como Lady Hale explicó en *Stack v Dowden*³⁶. Como miembro de una unión civil en disolución, sin embargo, estaba protegido por una provisión financiera del derecho de familia, un proceso mucho más simple y barato.

Finalmente, como muchos heterosexuales que se divorcian, algunos entrevistados lograron quedarse con sus bienes, al convencer a sus ex parejas de establecer acuerdos por menos de lo que les correspondía. S logró una división que le pareció justa (le dio a su pareja más joven y que dependía de él una casa

³⁴ Véase THOMPSON, Sharon, *Prenuptial agreements and the presumption of free choice*, London, Hart Publishing, 2015.

³⁵ “Grant v. Edwards” (1986) 2 All ER 426.

³⁶ “Stack v. Dowden” (2007) 2 AC 432.

en su país de origen y pagó todas sus deudas de juego) pero sintió que, de alguna forma, su pareja habría recibido más si el acuerdo lo establecía una Corte. S tenía conocimientos legales y me dijo que su gran miedo era que su ex “pudiera conocer un abogado de familia gay (...) que le dijera: ‘Vamos a demandarlo por el 50% del departamento, el 50% de la pensión (...)’”.

11. DISCUSIÓN

La hipótesis central de mi investigación era que las parejas que inscriben una unión civil podrían haber tenido una concepción errónea de sus implicancias legales. Por tanto, mientras que acogieron el hecho de que la institución les diera el mismo estatus que a las parejas heterosexuales y el acceso a los “derechos” y beneficios legales y financieros propios del matrimonio, puede que no hayan comprendido qué implicaba esta igualdad. Los participantes de mi investigación confirmaron esta hipótesis casi de forma general. “Creo que no terminé de comprender realmente la dinámica de cambiar el estatus de una relación”, admitió A ¿Por qué pasó esto?

12. EL DESCONOCIMIENTO DE LA LEY

Hace ya varios años, escribí un artículo sobre uniones civiles, “Does anyone really understand this law?” (¿Alguien entiende realmente esta ley?)³⁷. Parece claro que varixs participantes de mi estudio no la comprenden y por las mismas razones que identifiqué en aquel entonces. En primer lugar, el mayor problema para aquellas parejas que ingresaron en la unión civil, al poco tiempo de que la ley entrara en vigencia, era que no había mucha información disponible sobre la disolución. Los activistas estaban muy ocupados celebrando este logro de igualdad como para tomar nota de los detalles de la ley: el folleto con consejos de Stonewall³⁸, tenía exactamente un solo renglón sobre disoluciones. O remarcó que había muchísima información en internet sobre divorcios, pero nada sobre disoluciones. Esto resultaba cierto también para el sitio web del gobierno: páginas y páginas sobre divorcio (...) y sobre uniones civiles, casi nada”. Sugiero que esta deficiencia no se debía simplemente a la novedad de la institución, sino también al estatus marginal de las lesbianas y gays en la sociedad y a la tendencia de subsumirlos en las normas heterosexuales.

Para muchos comentaristas, no había nada extraño en ello. Como observó una lectora sobre un primer borrador de este artículo: “Dicho de forma más neutral, no hay nada jurídico para decir sobre la disolución, excepto de que se parece mucho a un divorcio”. Ese análisis confirmó positivamente mis preocupaciones

³⁷ AUCHMUTY, “Out of the shadows...”, ob. cit., p. 94.

³⁸ STONEWALL, *Get Hitched! A guide to civil partnerships*, London, Stonewall, 2005.

acerca de que la norma heterosexual es el punto de partida. Por empezar, la ley *no es* la misma; la ausencia de una causal de disolución por adulterio resultó ser una fuente de sorpresa y disgusto para muchos de mis entrevistados. Además, decir que la disolución es “casi como un divorcio”, diluye los límites entre trato idéntico y no idéntico (¿Cómo sé entonces cuál es la provisión que se me debe aplicar?), de la misma forma en que las feministas identifican descripciones propias de “varones” en leyes (¿Estamos hablando también de mujeres?) (Véase, por ejemplo, la larga lista de casos sobre qué significaba “persona”, discutida en Sachs & Wilson, 1978)³⁹. También establece la categoría de segunda clase o estatus de segunda mano de ese grupo no del todo excluido. Nunca veremos que los “heterosexuales serán tratados *como si fueran* homosexuales”. Finalmente, ¿qué pasa con aquellas parejas que simplemente no entendieron que la unión civil era tan parecida al matrimonio? A ellas no se les ocurrió buscar los detalles de la disolución en el título de “divorcios”. O contó cuan sorprendidas quedaron sus amigas cuando les contó su situación: “Uh, ¿entonces te tenés que divorciar?”, le preguntaron, como si la unión civil no hubiese tenido importancia, como si hubiese sido solo una formalidad (...) sin ningún tipo de efecto jurídico. Y, por supuesto, en esos días, tal como señaló H, las uniones civiles eran tan nuevas que nadie conocía a alguien que hubiera pasado por una disolución.

En segundo lugar, circulaba —y aún circula— mucha información errónea sobre el significado legal del matrimonio en sí mismo, y muchas personas, como vimos, tenían una idea muy vaga sobre las implicancias de la “igualdad” que iban a abrazar. L, por ejemplo, dijo que él había pensado acerca de las consecuencias legales de la inscripción: “Obviamente, sabés que todo se vuelve compartido”, dijo. Como saben nuestros lectores, esto no es cierto: la propiedad mancomunada no forma parte del derecho inglés. La excusa de L acerca de su imprudencia para seguir adelante con la unión civil, sin entender cabalmente las consecuencias, se debía a que la pareja no tenía bienes sobre los cuales preocuparse: “Si yo hubiese sido el dueño de una casa, o si hubiese tenido mucho dinero en el banco o algo por el estilo, entonces habría sido más cauto”. Pero muchas parejas entran en una unión sin tener nada y, en el momento en que se separan años después, la situación financiera llega a ser muy diferente.

R pensó, “Probablemente, me habría marchado con lo que había aportado o habría anulado todo (...) Estoy enojada conmigo misma por no haber investigado lo suficiente”. K y su pareja, con tres niños, hicieron acuerdos ni bien se mudaron juntas y contemplaron incluso un fideicomiso para los hijos. Pero K no sabía, hasta que se lo dije yo, que la inscripción de la unión civil invalidaba esos acuerdos. Muchas personas que se casan tampoco lo saben, pero me pregunto cuántos de *ellos* tuvieron que pasar por procesos tan largos para regularizar

³⁹ SACHS, Albie - WILSON, Joan H., *Sexism and the law: A study of male beliefs and judicial bias*. Oxford, Martin Robertson, 1978.

sus asuntos legales por afuera del matrimonio. El abogado Richard Hogwood señaló:

En la experiencia del autor, muchas más parejas del mismo sexo que heterosexuales parecen haber hecho acuerdos, aunque esto pueda tener una carga ambivalente (...) Lo que muchas parejas del mismo sexo y del sexo opuesto ignoran, es la revocación de ese acuerdo una vez que ingresan al matrimonio o a la unión civil (excepto que haya una intención contraria expresada en el acuerdo)⁴⁰.

Una tercera explicación es que algunas personas reconocieron que la regulación legal tendría un impacto, pero igualmente decidieron continuar con ella, ya sea porque estaban convencidos de que nunca se separarían, o bien porque los preparativos para el evento ya estaban tan avanzados, que no creían poder modificar esos planes. Estas son, por supuesto, experiencias compartidas con los heterosexuales⁴¹. E pertenecía al primer grupo: “no se me cruzó por la cabeza en absoluto”. Y ella había realizado una investigación considerable, pero “Solo estaba enfocada en casarme”. J es un ejemplo del segundo. Me dijo que investigó sobre el proceso de disolución en el sitio web del gobierno, pero que ya faltaban tres semanas para el casamiento: “En ese momento pensé, bueno, esto es lo correcto, pero parecía muy tarde para hacerlo. Parecía una razón muy mala para casarse, pero ya teníamos todo reservado y todos habían comprado ropas nuevas, las invitaciones ya se habían enviado (...)”.

Tal vez el ejemplo más notable de alguien que creía estar informada sobre el derecho y que aun así fue tomada por sorpresa por la disolución fue F. Con su pareja estuvieron juntas más de 20 años, eran dueñas de una serie de propiedades y habían hecho sus testamentos beneficiándose mutuamente. Ya que habían mantenido sus finanzas por carriles separados, y que sus circunstancias financieras habían evolucionado de forma diferente, ellas habían realizado acuerdos sobre sus propiedades y dinero mucho antes de que la unión civil se volviera legal, y contrataron un abogado para que lo redactase en la forma de un contrato de cohabitación.

El documento que conciliamos era muy claro. Estaba claro cómo pagaríamos la hipoteca (...), cómo (...) pagaríamos cada cosa, cómo serían las cosas en caso de separarnos, fue un esfuerzo de buena fe por parte del abo-

⁴⁰ HOGWOOD, R., “Civil partnerships beyond The Archers: Formation, dissolution and the consequences for children, inheritances and asset protection”, *Private Client Business*, 3, 2007, p. 302.

⁴¹ BAKER, Lynn - EMERY, Robert, “When every relationship is above average: Perceptions and expectations of divorce at the time of marriage”, *Law and Human Behavior*, 17, 1993, pp. 439-450.

gado de llegar a un acuerdo inquebrantable, en un momento en el que no teníamos derechos legales.

Cuando la unión civil estuvo disponible, F consultó en los sitios webs y encontró todo lo que pudo, incluso llegó a la parte de “¿qué pasa si esto no funciona?”, pero no se imaginó que la inscripción provocaría tantos cambios en su relación. Específicamente, no se dio cuenta de que la ceremonia anularía todos los acuerdos previos. “Pero, por supuesto, en el momento en que (mi ex) consultó a un abogado, le dijeron que ella tenía derecho a la mitad, porque estaba casada conmigo y, además, la longitud de la relación sugería que (...)” (su voz baja y se vuelve dubitativa). La ironía de haber militado por derechos legales que ahora estaban siendo utilizados en su contra no se le escapó a F, quien, además, observó con mucha tristeza que, mientras la mayor parte de las parejas del mismo sexo que ella conocía no habían pensado en sus acuerdos legales, ella se “había organizado a la perfección”: “Sabés que yo estaba orientada legalmente, que estaba orientada corporativamente, y que con mi ex habíamos pasado mucho tiempo militando por esto (...) entonces pienso que (...) si nosotras no lo entendimos bien, entonces nadie lo hizo”.

13. DEFRAUDADXS POR LA LEY

Le pregunté a F si quedó sorprendida por el proceso de disolución. “Sí, estaba sorprendida. Me sentí horrorizada, shockeada y traicionada”. No era solo una traición personal; F sintió que la ley, que ella había tratado de entender y actuar de acuerdo con ella la defraudó al permitir —mejor dicho, incentivar a su pareja a demandar por más: “en esencia, teníamos un acuerdo absolutamente vinculante y ella trató de romperlo, *porque podía hacerlo* (énfasis mío)”.

Para aquellas lesbianas que habían estado en relaciones largas, como A, E y F, había una injusticia adicional. Esto era que las provisiones sobre disolución de la Ley de Uniones Civiles de 2004 se estaban aplicando a relaciones que habían persistido por años —décadas, incluso— bajo una serie de reglas y entendimientos diferentes. Como H, ella misma abogada, explicó:

Digamos que alguien que tenía una unión civil en 2006, llevaba con su pareja 20 años (...) pero todos esos 15 años previos, habían estado juntos sin saber, sin entender, o simplemente creyendo que legamente, no podría haber un reclamo posible que no fuera basado en la equidad y en la confianza. Y, de repente, la ley se aplica de forma retroactiva.

El problema se exacerbó por el hecho de que la duración total de la relación (y no solo el periodo a partir de la inscripción) es tomada en cuenta a la hora de hacer las provisiones financieras en la disolución. H, que fue la única participante de mi investigación que entendió exactamente lo que estaba hacien-

do en términos jurídicos, señaló: “Ni bien lei el caso *Lawrence v. Gallaher*, supe que esto pasaría”⁴².

Lawrence v. Gallaher tuvo lugar ante el Alto Tribunal en 2011 y fue apelado ante la Corte de Apelaciones en marzo de 2012. Ya que se trataba de un caso que implicaba “mucho dinero”, los bienes de la pareja ascendían a los £4 millones, y ya que las partes eran ambos varones, se convirtió en el parámetro para el resto de las disoluciones. La Corte de Apelaciones dejó en claro en el párrafo 2 que las provisiones financieras sobre la disolución de una unión civil debían ser tratadas del mismo modo que las de un divorcio, ya que el lenguaje utilizado en el Apéndice 5 de la Ley de Uniones Civiles de 2004 era idéntico al lenguaje utilizado en la Sección 25 de Causas Matrimoniales de 1973. Los abogados de familia sabían muy bien que la interpretación de ese lenguaje y los principios desarrollados casuísticamente no habían sido consistentes y el fallo de la Corte no era predecible⁴³, pero (en esa admitida corta relación) el fallo se centró menos en la forma en que la pareja había vivido su relación —no hay referencias a las contribuciones domésticas, por ejemplo— e hizo más hincapié en los recursos financieros y en las necesidades individuales. Como observa Charlotte Bendall, “La presunción subyacente es la de una incapacidad para percibir que dos varones vivan de manera interdependiente”⁴⁴.

Para A, la única de mis entrevistadas que acudió al Poder Judicial, la experiencia fue bastante diferente. Su relación había sido larga —19 años— y su problema no fue tanto que el juez no tratara su unión civil como un matrimonio, porque ella la trataba así también. Para A, las uniones civiles, especialmente las uniones largas que habían existido mucho antes de que la regulación fuera posible y las contemplara, *no eran* lo mismo que un matrimonio y los roles de esposo y esposa no podían y no debían ser asignados a dos mujeres o a dos varones. En particular, le molestó la presunción del juez que oyó su caso de los roles de proveedor y dependiente, ya que ambas partes de la pareja trabajaban a tiempo completo, pero una (A), ganaba considerablemente más que la otra:

Dado que los abogados se basan en leyes heterosexuales y no en leyes homosexuales, ellos tienen una concepción distinta de las finanzas. Cuando estábamos juntas, hace 25 años, siempre mantuvimos nuestras finanzas separadas. Incluso compramos muebles por separado porque teníamos el entendimiento de que lo que es tuyo es tuyo (señalando) y que lo que era tuyo,

⁴² “*Lawrence v. Gallaher*” (2012) 1 FCR 557.

⁴³ DIDUCK, Alison, “What is family law for?”, *Current Legal Problems*, 64 (1), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 287-314. MILES, Joanna, “*Charman v. Charman* (N° 4) —making sense of need, compensation and equal sharing”, *Child and Family Law Quarterly*, 20, 2008, pp. 378-394.

⁴⁴ BENDALL, Charlotte, “A break away from the (hetero)norm? *Lawrence v. Gallagher*”, *Feminist Legal Studies*, 21, 2013, pp. 303-310. “Some are more ‘equal’ than others: Heteronormativity in the post-White era of financial remedies”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 36, 2014, p. 272.

era tuyo. Lo que hizo la ley fue ir de... lo que es tuyo, es mío, y lo que es mío me convierte en dueña, y con ese razonamiento se termina consiguiendo la libra de carne.

Desde la perspectiva de la norma heterosexual, A suena como todos esos varones que se divorcian y que se resisten a compartir sus bienes con sus esposas menos pudientes. Desde la perspectiva de lesbianas y gays de su generación, sin embargo, la descripción de A de sus arreglos financieros en la relación, sonaba verdadera. Dunne⁴⁵ encontró en un estudio realizado en los noventa que las lesbianas valoraban la independencia económica como un medio para asegurar la autonomía y evitar la desigualdad de poder que genera la dependencia; ella notó que usualmente tienen cuentas bancarias separadas (1997; pp. 189, 192). Weeks, Heaphy y Donovan⁴⁶ citan a un varón gay al que se le preguntó si él y su pareja compartían la cuenta bancaria y respondió: “No. No. Eso es muy heterosexual”. Kenneth Norrie sostuvo en un artículo del 2000 sobre matrimonios del mismo sexo que estas parejas “tienden a evitar la interdependencia económica que suele caracterizar a las parejas del sexo opuesto”⁴⁷. En 2011, Burgoyne, Clarke y Burns publicaron los resultados de un gran estudio sobre patrones de manejo del dinero en no heterosexuales, en el cual encontraron considerablemente muchas menos uniones financieras en parejas del mismo sexo que en parejas del sexo opuesto⁴⁸. Subyacía a este acuerdo el ideal de la autonomía individual, perfectamente aplicable a situaciones en donde, como en el caso de A, la parte que menos tenía, no sufría desventajas durante la relación al fomentar los intereses de la otra. El trabajo de A no interfería con el igualmente exitoso trabajo de su ex, aunque este resultara menos remunerado; no tenían hijos y A no le dejó el cuidado de las tareas de la casa a su “esposa”, como suele ser común en las parejas heterosexuales.

El acercamiento de A a su disolución habría sido más parecido al de la Corte de Apelaciones en *Lawrence v. Gallaher*, sugiriendo que esto sería más adecuado para muchos gays y lesbianas. Ciertamente, por todos los intentos de Lady Hale (en, por ejemplo, *Stack v. Dowden*, 2007, 2 AC 432 y *Radmacher v. Granatino*, 2010, UKSC 42) y de algunos académicos⁴⁹ de introducir en estas disputas un énfasis mayor en el compromiso y en la interdependencia y no tanto

⁴⁵ DUNNE, Gillian, *Lesbian lifestyles: Women's work and the politics of sexuality*, Basingstoke, Macmillan, 1997, pp. 189, 192.

⁴⁶ WEEKS, Jeffrey - HEAPHY, Brian - DONOVAN, Catherin, “Partnership rites: Commitment and rituals in nonheterosexual relationships”, in J. SEYMOUR, Julie - BAGGULEY, Paul (eds.), *Relating intimacies: Power and resistance*, Basingstoke, Macmillan, 1999, p. 49.

⁴⁷ NORRIE, Kenneth, “Marriage is for heterosexuals: May the rest of us be saved from it”, *Child and Family Law Quarterly*, 12 (4), 2000, p. 366.

⁴⁸ BURGOYNE, Carole - CLARKE, Victoria - BURNS, Maree, “Money management and views of civil partnership of same-sex couples: Results from a UK survey of non-heterosexuals”, *The Sociological Review*, 59, 2011, p. 685.

⁴⁹ Véase WONG, 2012; y HALE misma, 2011.

en los factores económicos, parecería que algunas parejas realmente eligieron un alto nivel de independencia y esto aplica especialmente a aquellas que conscientemente rechazaron las normas sexistas que sustentan al matrimonio.

Como explicó Katherine Franke “las normas modernas sobre apoyo económico en el matrimonio y las reglas de distribución en el divorcio están diseñadas para corregir la subyacente desigualdad estructural que deja a las mujeres sin un centavo y a los varones en una mejor posición después del divorcio”⁵⁰. Y Robert Leckey señala que las reglas del derecho de los divorcios “han aumentado a lo largo de los años sobre presunciones acerca de las conductas en la vida familiar, con mayor o menor evidencia” de parejas heterosexuales, no parejas del mismo sexo⁵¹. Por esta razón, él sugiere que “acceder al matrimonio en los términos establecidos (y, por lo tanto, también al divorcio), puede que no sea el mejor remedio para aquellas parejas del mismo sexo, de larga duración e históricamente desatendidas por el derecho”⁵².

14. ¿DIFERENTE PARA LAS PERSONAS MÁS JÓVENES?

Como mi hipótesis indicaba, yo anticipé estos resultados y reacciones. Lo que no anticipé es que entre los entrevistados más jóvenes la experiencia de la disolución sería un poco diferente. Mientras que se angustiaron ante la ruptura de la pareja (aunque, dado que las relaciones no habían sido tan largas, la sensación de traición no era tan fuerte), parecían menos sorprendidos por el proceso de disolución. Estas no eran, tengo que enfatizarlo, personas sin bienes o hijos por los cuales pelear —muchos tenían ambos—. Sin embargo, pese a la crítica de algunos aspectos particulares —la omisión del adulterio como causal de disolución, el particular desconocimiento o ineficiencia de los abogados o el costo— parecieron menos sorprendidos por las consecuencias legales *per se*, incluso si no las habían entendido inicialmente. “Me sorprendió cuán emocional fue todo”, comentó G. Pero “en cuanto a las tecnicidades, nada me tomó realmente por sorpresa”. Esto seguramente esté vinculado con el hecho de que los participantes más jóvenes, que han crecido en la era de la “igualdad”, recibieron menos influencia de las preocupaciones feministas sobre los roles y la dependencia y son más proclives a enfatizar su “normalidad” y similitud con los heterosexuales⁵³. Ellos veían sus uniones civiles como matrimonios, lo que significaba que la disolución era como un divorcio, con todas las concepciones

⁵⁰ FRANKE, Katherine, “Lesbian husbands and gay wives: The gendering of gay divorce”, *The Nation*, 5/7/2013 from http://www.huffingtonpost.com/katherine-franke/gaydivorce_b_3550127.html (Retrieved 25/7/2014).

⁵¹ LECKEY, Robert, “Must equal mean identical? Same-sex couples and marriage”, *International Journal of Law in Context*, 10 (1), 2014, p. 17.

⁵² *Ibid.*, p. 6.

⁵³ HEAPHY *et al.*, *Same-sex marriages...*, ob. cit., p. 4.

compartidas de un divorcio actual, incluyendo el hecho de que era un suceso común, que podía llegar a ser desagradable y costoso.

CONCLUSIONES

“¿Bastante parecida a un divorcio?” Sí, mi investigación sugiere que la disolución de la unión civil es bastante parecida a un divorcio en varios aspectos y que los individuos que han pasado por ella experimentaron una gama similar de sentimientos y comportamientos. Pero este artículo trata acerca de una *nueva institución*, y sobre cómo es vivida por una *nueva pareja legal*; es la historia de lesbianas y varones gays y para ellos esta experiencia resulta una novedad, ya que nunca antes ha sido contada. En lo que se parece al divorcio, esto se debe en gran parte a una ley (del divorcio con causa) que alienta ciertas respuestas como si fueran universales en la conducta humana. En cuanto a las diferencias, la causa obvia radica en la base inicial de la que se partió.

En su estudio de los noventa, Weeks, Heaphy y Donovan concluyeron que Para muchos entrevistados, entonces, la pregunta sobre el reconocimiento de la pareja es esencialmente una cuestión pragmática: asegurar derechos legales y protección, sin renunciar a aquello que era visto como el núcleo de las parejas no heterosexuales —la posibilidad de relaciones más democráticas y la posibilidad de crear algo diferente—⁵⁴.

Mis entrevistados ingresaron en la unión civil con este objetivo en mente. Si bien esperaban, como muchas personas casadas, que su relación fuera diferente y mejor que la norma, a *diferencia* de las personas casadas, no contaban con una herencia de modelos alternativos, ni en la teoría ni en la práctica en los cuales basar sus esperanzas.

Muchos de mis entrevistados se vieron a sí mismos como creadores conscientes de relaciones igualitarias en donde los roles, si es que había alguno, habían sido elegidos y no impuestos por el género y las diferencias eran conversadas y atendidas. Habiendo estado por tanto tiempo fuera del reconocimiento legal, se habían informado sobre los acuerdos vinculados a la propiedad y las finanzas. El estudio de Burgoyne, Clarke y Burns sobre el manejo de dinero en parejas del mismo sexo muestra que más de la mitad de sus 386 entrevistados habían tomado acciones para proteger sus intereses financieros o los de sus progenitores, al hacer un testamento en el que se nominaba a la pareja como beneficiaria de una pensión o copropietaria⁵⁵. Igualmente, muchos de mis entre-

⁵⁴ WEEKS, Jeffrey - HEAPHY, Brian - DONOVAN, Catherin, “Partnership rites: Commitment and rituals in nonheterosexual relationships”, in J. SEYMOUR, Julie - BAGGULEY, Paul (eds.), *Relating intimacies: Power and resistance*, Basingstoke, Macmillan, 1999, p. 51.

⁵⁵ BURGOYNE, Carole - CLARKE, Victoria - BURNS, Maree, “Money management and views of civil partnership of same-sex couples: Results from a UK survey of non-heterosexuals”, *The Sociological Review*, 59, 2011, p. 685.

vistados le habían dado forma legal a sus negociaciones, que incluía la compra de viviendas en copropiedad, la redacción de testamentos mutuamente acordados y de fideicomisos para los hijos. Entonces lo que tornó la ruptura de la relación verdaderamente dolorosa para estos participantes fue el conocimiento de que, antes de que la unión civil fuera posible, habían hecho un gran esfuerzo para preservar la autonomía y los deseos mutuos y para negociar lo que ellos habían considerado una justa distribución de los recursos —en contraste con la mayor parte de las parejas heterosexuales—. Si hubiesen permanecido fuera de la protección ofrecida por el derecho de familia, sus acuerdos habrían sido debidamente honrados.

Mis entrevistados no fueron diferentes de las personas que se casan y no logran prever que sus relaciones podrían terminarse. Pero las personas casadas tienen menos excusas, ya que las historias sobre divorcios son moneda corriente en la prensa y las estadísticas sobre divorcios son bien conocidas por todos, incluso aquellos que nunca hubieran pensado que esas estadísticas los incluirían. Para los participantes de mi investigación, que registraron sus uniones civiles durante los primeros cinco años de vigencia de la ley, una pareja del mismo sexo reconocida legalmente era una experiencia completamente nueva y no se sabía cuál sería el número de disoluciones. No existía una comprensión sobre lo que podría implicar la disolución o cómo se sentiría, como sí existe con el divorcio.

Además, así como las parejas que se casan son optimistas, puede argumentarse que estas parejas pioneras en uniones civiles eran aún más optimistas. En primer lugar, al principio no había estadísticas o ejemplos oscuros de fracasos. En segundo lugar, gays y lesbianas, con el impulso fresco del activismo por sus derechos, se vieron a sí mismos en la vanguardia sobre cuestiones de igualdad. ¡Estaban tan seguros de que todo saldría bien! “Creés que estás en la *fuckin* tierra de las hadas cuando obtenés la unión civil, porque finalmente podés hacerlo”, declaró D. Después agregó: “y justamente es la tierra de las hadas, porque (...) no hay tal cosa como un polvo mágico que te diga que la relación no se va a terminar simplemente porque sos gay y te podés casar”. Esto fue también corroborado por B, cuando le pregunté si el dolor que ella estaba sintiendo era simplemente el dolor de una relación que se termina, o el de un divorcio. No, dijo: “Normalmente, cuando terminás una relación con alguien, simplemente perdés esa relación, perdés unas cuantas amigas, a lo mejor un poco de reputación si no terminás en buenos términos (riendo) pero, sabes (...) pusiste tanto esfuerzo en estar casada (...) hiciste algo que se suponía que nunca ibas a poder hacer”.

De este modo, a pesar de que muchas lesbianas y gays que entraron a la unión civil parecían “como nosotras” (p.e. la mayoría heterosexual), ellos *provenían de un lugar distinto* al de los heterosexuales que se embarcan en el matrimonio. Incluso aquellos que habían estado en relaciones heterosexuales previamente —de hecho, *especialmente* estos individuos— eran conscientes de que la historia de compromiso con el derecho y de los discursos acerca de las relaciones era muy diferente para lesbianas y gays, al igual que los acuerdos

para organizar sus familias que se habían desarrollado, forzosamente por afuera de la ley hasta finales del siglo veinte.

Esta investigación captura un momento particular de la historia, no simplemente porque la institución de la unión civil está cercana a desaparecer o a cambiar, sino porque las parejas que entrarán en uniones civiles lo harán sin experiencias personales o conocimiento sobre la opresión que viven lesbianas y gays —y, además, las uniones del sexo opuesto (y las expectativas de la ley sobre ellas) cambiarán también, o al menos eso espero. En el mejor de los casos, las diferencias que enfatizo van a dejar de importar, simplemente porque la sexualidad y el género van a dejar de importar de la forma en que importaron durante mi vida. En el peor de los casos, lo que veremos —y los resultados que obtuve muestran que ya lo estamos viendo— es que las parejas del mismo sexo se comportarán “como” las parejas heterosexuales, porque estos son los únicos espacios que pueden ocupar en donde serán reconocidos y protegidos por la ley. Como observa Charlotte Bendall, “El estado actual de la ley debe objetarse sobre la base de que, al recurrir consistentemente a nociones tradicionales del género binario, los tribunales no hacen más que reproducir patrones sobre los roles esperados”⁵⁶. Con la llegada del matrimonio del mismo sexo a Gran Bretaña, y en vistas a la desbordante presión para conformar con las normas maritales y la invocación de las leyes del matrimonio como “protección”, hablaremos menos en el futuro de “hacer una diferencia” y habrá menor potencial para lesbianas y gays de mostrarle al mundo que tan autónomas e igualitarias pueden llegar a ser las relaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Vanessa - PARVEEN, Nazia, “The millionaire banker, his actor lover and their landmark £ 1.7 million ‘divorce’ settlement”, *Daily Mail*, 8/3/2012.
- AUCHMUTY, Rosemary, “When equality is not equity: Homosexual inclusion in undue influence law”, *Feminist Legal Studies*, N° 11, 2003, pp. 163-190.
- “Out of the shadows: Feminist silence and liberal law”, en MUNRO, Vanessa - STYCHIN, Carl (eds.), *Sexuality and the law: Feminist engagements*, London, Glasshouse Press. 2007, pp. 91-204.
- “Dissolution or disillusion: The unravelling of civil partnerships”, in BARKER, Nicola - MONK, Daniel (eds.), *From civil partnerships to same-sex marriage 2004-2014: Interdisciplinary reflections*, Basings-toke, Routledge, 2015, pp. 203-233.
- BAKER, Lynn - EMERY, Robert, “When every relationship is above average: Perceptions and expectations of divorce at the time of marriage”, *Law and Human Behavior*, N° 17, 1993, pp. 439-450.

⁵⁶ BENDALL, Charlotte, “Some are more ‘equal’ than others: Heteronormativity in the post-White era of financial remedies”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 36, 2014, p. 261.

- BARLOW, Anne - DUNCAN, Simon - JAMES, Grace - PARK, Alison, *Cohabitation, marriage and the law*, Oxford, Hart Publishing, 2005.
- BARRETT, Michele - MCINTOSH, Mary, *The anti-social family*, London, Verso Editions/NLB, 1982.
- BENDALL, Charlotte, “A break away from the (hetero)norm? Lawrence v. Gallagher”, *Feminist Legal Studies*, N° 21, 2013, pp. 303-310.
- “Some are more ‘equal’ than others: Heteronormativity in the post-White era of financial remedies”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, N° 36, 2014, pp. 260-275.
- BURGOYNE, Carole - CLARKE, Victoria - BURNS, Maree, “Money management and views of civil partnership of same-sex couples: Results from a UK survey of non-heterosexuals”, *The Sociological Review*, N° 59, 2011, pp. 685-706.
- CARRINGTON, Christophe, “No place like home: Relationships and family life among lesbians and gay men”, *Chicago, IL*, Chicago, Chicago University Press, 1999.
- CLARKE, Victoria - BURGOYNE, Carole - BURNS, Maree, “Romance, rights, recognition, responsibilities and radicalism: Same-sex couples views on civil partnership and marriage”, in CLARKE, Victoria - PEEL, Elizabeth (eds.), *Out in psychology: Lesbian, gay, bisexual, trans and queer perspectives*, Chichester, Wiley & Sons Ltd., 2007, pp. 173-193.
- DIDUCK, Alison, “What is family law for?”, *Current Legal Problems*, 64 (1), Oxford, Oxford University Press, 2011 pp. 287-314.
- DUNNE, Gillian, *Lesbian lifestyles: Women’s work and the politics of sexuality*. Basingstoke, Macmillan, 1997.
- FRANKE, Katherine, “Lesbian husbands and gay wives: The gendering of gay divorce”, *The Nation*, 5/7/2013 from http://www.huffingtonpost.com/katherine-franke/gaydivorce_b_3550127.html (Retrieved 25/7/2014).
- GAFFNEY-RHYS, Ruth, “Same-sex marriage but not mixed-sex partnerships: Should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite-sex couples?”, *Child and Family Law Quarterly*, 26 (2), 2014, pp. 173-195.
- HALE, Brenda, “Equality and autonomy in family law”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 33 (1), 2011, pp. 3-14.
- HARDING, Rosie, “Dogs are ‘registered’, people shouldn’t be’: Legal consciousness and lesbian and gay rights”, *Social & Legal Studies*, 15 (4), 2006, pp. 511-533.
- “Recognizing (and resisting) regulation: Attitudes to the introduction of civil partnership”, *Sexualities*, 11 (6), 2008, pp. 740-760.
- HEAPHY, Brian, “The sociology of lesbian and gay reflexivity or reflexive sociology”, *Sociological Research Online*, 21/3/2015, from <http://www.socresonline.org.uk/13/1/9.html> (Retrieved 21/3/2015).
- HEAPHY, Brian - SMART, Carol - EINARSDOTTIR, Anna, *Same-sex marriages: New generations, new relationships*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013.

- HOGWOOD, R. "Civil partnerships beyond The Archers: Formation, dissolution and the consequences for children, inheritances and asset protection" *Private Client Business*, 3, 2007, pp. 299-306.
- LECKEY, Robert, "Marriage and the data on same-sex couples", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 35 (2), 2013, 179-191.
- "Must equal mean identical? Same-sex couples and marriage", *International Journal of Law in Context*, 10 (1), 2014, pp. 5-25.
- MILES, Joanna, "Charman v Charman (Nº 4) - making sense of need, compensation and equal sharing", *Child and Family Law Quarterly*, 20, 2008, 378-394.
- NORRIE, Kenneth, "Marriage is for heterosexuals: May the rest of us be saved from it", *Child and Family Law Quarterly*, 12 (4), 2000, pp. 363-369.
- OFFICE FOR NATIONAL STATISTICS, "Civil partnerships in the UK 2013", feb. 2015, from <http://www.ons.gov.uk/ons/rel/vsob2/civil-partnership-statistics-united-kingdom/index.html> (Retrieved 12/2/2015).
- ROLFE, Alison - PEEL, Elizabeth, "It's a double-edged thing': The paradox of civil partnership and why some couples are choosing not to have one", *Feminism and Psychology*, 21(3), 2011, pp. 317-335.
- ROSS, Helen - GASK, Karen - BERRINGTON, Ann, "Civil partnerships five years on", *Population Trends*, 145 (1), 2011, pp. 172-202.
- SACHS, Albie - WILSON, Joan H., *Sexism and the law: A study of male beliefs and judicial bias*, Oxford: Martin Robertson, 1978.
- SHIPMAN, Beccy - SMART, Carol, "It's made a huge difference': Recognition, rights and the personal significance of civil partnership", *Sociological Research Online*, 12, 2007, from <http://www.socresonline.org.uk/12/1/shipman.html> (Retrieved 21/3/2015).
- STONEWALL, *Get Hitched! A guide to civil partnerships*, London, Stonewall, 2005.
- STYCHIN, Carl, *Governing sexuality: The changing politics of citizenship and law reform*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- THOMPSON, Sharon, *Prenuptial agreements and the presumption of free choice*, London, Hart Publishing, 2015.
- WEEKS, Jeffrey - HEAPHY, Brian - DONOVAN, Catherin, "Partnership rites: Commitment and rituals in nonheterosexual relationships", in SEYMOUR, Julie - BAGGULEY, Paul (eds.), *Relating intimacies: Power and resistance*, Basingstoke, Macmillan, 1999, pp. 43-63.
- *Same-sex intimacies: Families of choice and other life experiments*, London, Routledge, 2001.

Recepción: 17/4/2018

Aceptación: 28/6/2018

VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL

Por MARÍA FLORENCIA ZERDÁ*
y MARINA BENÍTEZ DEMTSCHENKO**

Resumen:

¿Se puede considerar que la difusión no consentida de material digital íntimo, la sextorsión, la suplantación de identidad y el acoso virtual son un modo de ejercer violencia de género?

El objetivo de la presente publicación es explicar cómo las conductas dañosas nombradas, cuando tienen por sujeto pasivo a una mujer, son una manera de violentarla por su condición de tal.

Este trabajo de investigación fue realizado por María Florencia Zerda, en junio de 2017, como trabajo final del Programa de Actualización en Género y Derecho - Cohorte 2016, de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y actualizado en abril de 2018 con la participación de Marina Benítez Demtschenko.

Palabras clave:

Violencia digital, pornovenganza, acoso virtual, suplantación de identidad, sextorsión.

DIGITAL GENDER-BASED VIOLENCE

Abstract:

Can disclosure of private photographic and video material (or “revenge porn”), sextortion, identity impersonation and digital abuse/harassment, be considered as new ways to impose gender-based violence?

* Autora. Feminista. Abogada orientada al derecho laboral y egresada con diploma de honor en la Universidad de Buenos Aires. E-mail: florenciazerda@gmail.com.

** Co-Autora Abogada con orientación en Nuevas Tecnologías y Derecho Informático. Egresada de la Universidad Nacional de La Plata. E-mail: mbenitezd@activismofeministadigital.org.

The aim of this piece is to explain how these actions, when conducted against women, are a true form of what is known as gender-based violence.

This research project was conducted by María Florencia Zerda in June 2017, and presented as a term paper for the 2016 Program on Gender and the Law at the University of Buenos Aires (UBA). It was updated in April 2018 with Marina Benítez Demtschenko.

Keywords:

Digital violence, revenge porn, digital harassment, identity impersonation, sextortion.

INTRODUCCIÓN

La presente publicación pretende extender a todas/os las y los profesionales del Derecho el panorama actual de la Violencia Digital hacia las mujeres en la Argentina. La dotación de definiciones, así como la delimitación del alcance de las conductas dañosas, deviene vital a la hora de trabajar sobre esquemas sociales novedosos, que presentan características desconocidas para gran parte de la sociedad, pero que sin dudas toda mujer vivencia al día de hoy, siendo usuaria de cualquier plataforma digital en Internet. La web es un paño donde la violencia machista también se desenvuelve con naturalidad, como en el resto de los ámbitos en los que nos desarrollamos, y mediante este documento creemos indispensable visibilizar los distintos aspectos de esta problemática actual.

1. DEFINICIONES

Conceptualizar deviene importante, por ello, como puntapié de nuestra obra definiremos las conductas dañosas más conocidas en el ámbito de la violencia digital, dando paso luego al resto del análisis de las figuras. La violencia digital es aquella que se perpetúa valiéndose de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Estas tecnologías están cada vez más insertas en nuestra vida, y ciertas personas han decidido hacer un uso malicioso de ellas, llegando a cometer conductas dañosas, que pueden recibir el nombre de delitos informáticos.

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa¹ menciona en su preámbulo que los delitos informáticos son actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos.

En una segunda aproximación a la definición de los delitos informáticos, Miguel Estrada los define como conductas ilícitas susceptibles de ser sancio-

¹ CONSEJO DE EUROPA, Hungría, Budapest, 23/11/2001.

nadas por el derecho penal, que hacen un uso indebido de cualquier medio informático².

En este trabajo, desarrollado íntegramente con perspectiva de género, nos referiremos a conductas lesivas que pueden tener como sujeto pasivo a la mujer, constituyendo violencia de género.

1.1. La sextorsión y la difusión no consentida de material íntimo. Orígenes. Diferencia con el “sexting”

La “sextorsión” es una modalidad del delito de extorsión³ en el que se coacciona a la víctima bajo amenaza de poner su material íntimo en conocimiento de terceros.

El agresor puede chantajear a su víctima con la entrega de dinero u otros beneficios, o para mantener relaciones sexuales, es decir, no siempre tiene un fin lucrativo. Es usual encontrarnos con casos en que se extorsiona para evitar o retraer denuncias que la damnificada hiciera contra el agresor. Por ello, supone un sometimiento de la víctima a la voluntad del victimario.

La difusión no consentida de material íntimo, llamada comúnmente “pornovenganza”, consiste en la difusión de material visual, audiovisual o de cualquier otro contenido en formato digital que representa a una persona mayor de edad, que lo generó con o sin consentimiento, pero que no autorizó su publicidad a otros/as. Criticamos que se la reconozca como “pornovenganza”, ya que creer que existe un merecimiento por algo que haya hecho la víctima —y de allí la represalia⁴— es justificar el abuso cibernético. Además, no siempre hay un deseo de dañar a la damnificada. Por otro lado, tampoco es “pornografía”, ya que no hay un fin de entretenimiento de terceros/as en la generación de ese contenido.

Asimismo, la hiperconectividad digital genera que la difusión no consentida de material íntimo termine siendo redoblada por miles de extraños ajenos a las agredidas. Esto opera como una mera divulgación del contenido que daña a la propietaria, pero cuyo victimario puede no conocerla ni tener la intención directa de dañarla.

Autores de sextorsión o de difusión no consentida de material íntimo pueden ser ladrones, extorsionadores profesionales o el perfil más común entre quienes ejercen estas conductas: exparejas de las damnificadas.

² ESTRADA GARAVILLA, Miguel, “Delitos informáticos”. [En línea]. México. (s.f.). Disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_32.pdf (consultado abril de 2018).

³ Arts. 168-169 Código Penal De La Nación Argentina. Ley 11.179. Boletín Oficial de la República Argentina. Fecha de Sanción: 21/12/1984.

⁴ La venganza suele definirse como una satisfacción frente a un agravio o como un castigo para quien la recibe.

Ambos ciberabusos son acciones instaladas desde hace tiempo. En la década del '80 en la revista "Hustler", en la sección "Beaver Hunt" se publicó material íntimo de mujeres sin autorización⁵. A partir del año 2000 comienza a ser frecuente el porno amateur por grupos de Usenet y con el tiempo en páginas de pornografía como "XTube", "Real Ex Girlfriends" o "I knowthatGirl", parte del material allí alojado era publicado sin consentimiento de las protagonistas y en el año 2008 comenzaron a aparecer las primeras demandas de mujeres allí retratadas. A partir del año 2010 surgieron dos sitios web que, directamente y sin consentimiento, alojaban material íntimo y los datos de las retratadas: "YouGotPosted.com" e "IsAnyoneUp", cuyos fundadores fueron condenados a prisión en Estados Unidos⁶.

En la actualidad, sitios de pornografía o plataformas de microblogging incluyen "pornografía amateur" con videos subidos sin la anuencia de las involucradas, y que son muy buscados. Mucho de ese material alimenta la llamada "cultura de la violación"⁷, con títulos que incluyen palabras como "chicas borrachas/drogadas", "violación", "rape" o "forced". También es frecuente encontrar en la web salas de chat anónimas donde los usuarios suben material íntimo ajeno como, por ejemplo, "Volafire". Todos estos sitios reflejan crudamente lo peor de la cultura patriarcal: la cosificación de la mujer y la camaradería machista; basta con leer los comentarios que los usuarios hacen sobre las mujeres allí representadas, donde despliegan su discurso de odio de género y se vanaglorian de la violencia que ejercerían contra ellas. Tristemente sucede que, si la afectada o algún conocido no lo ven, la mujer no suele enterarse de la difusión del material.

1.1.1. Sexting

El *sexting* —contracción de *sex* y *texting*— es un anglicismo que se refiere al envío de material audiográfico de contenido sexual por medio de las TIC⁸.

⁵ Revista pornográfica mensual de Estados Unidos. Las imágenes iban acompañadas con un detalle del perfil de las víctimas. Con el tiempo se descubrió que no todas las mujeres que aparecían habían consentido las publicaciones de sus imágenes y la editorial comenzó a ser demandada.

⁶ MÉNDEZ, Manuel Ángel, [en línea 4/4/2015], "18 años de cárcel para el administrador de una página de *revengeporn*", *Gizmodo*. Disponible en: <http://es.gizmodo.com/18-anos-de-carcel-para-el-administrador-de-una-pagina-d-1695661923> (consultado en abril de 2018). JIMÉNEZ CANO, Rosa, [en línea 7/12/2015], "El rey del porno vengativo, condenado a dos años de cárcel", *El país*. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2015/12/05/estados_unicos/1449298747_554805.html. (consultado en abril de 2018).

⁷ Término acuñado por feministas de Estados Unidos, en la década del 70, que refiere a la naturalización de la violencia sexual, la culpabilización y revictimización de la damnificada, y a la falta de cuestionamiento sobre el victimario y sobre las relaciones de poder que generan ese tipo de violencia.

⁸ Tecnologías de la información y la comunicación.

Es, además, una práctica sexual que crece a pasos agigantados en la sociedad⁹. Su difusión a terceros, excediendo el marco de confidencialidad en que fue dado y obtenido, lo ha desprestigiado de su fin. De hecho, hay mucha información en la web que demoniza el *sexting*¹⁰ (incluso las mismas estadísticas que se citan) como una más de las conductas dañosas digitales, cuando no es así: es solo una práctica sexual más, en el marco de las interrelaciones humanas.

Se debe destacar que los abusos digitales son provocados por otras causales, y no por el *sexting*. Creo que prevenir el *sexting* es inhibir nuestro libre albedrío y la exploración de nuestra sexualidad, aunque es correcto que, como toda práctica sexual, debe ejercerse responsablemente. Condenarlo es incurrir en un facilismo prohibitivo y un atentado al art. 19 de la Constitución Nacional.

1.2. Acoso virtual. Slutshaming (Marina Benítez Demtschenko)

El acoso virtual es una denominación genérica. Encierra la idea de todo acto de acecho y persecución contra una persona mayor de edad utilizando cualquier medio informático o soporte digital, haciendo uso o no del anonimato. Esta forma de violencia redundante en un hostigamiento constante y sostenido contra la víctima, en todo ámbito en que se desenvuelve, empezando por el digital. Las mujeres son las más afectadas, ya que el nivel de acecho alcanza verdaderas amenazas a su integridad física, psíquica y sexual. Por ello, decimos que es una forma de control, aun cuando el agresor no tuviese el objetivo real de dar con la víctima en el plano físico. Esto último es imposible de conocer para la damnificada, por ello, los actos de acecho y persecución virtual tienen efectos lesivos de gran entidad: la víctima inmediatamente se siente en una situación de vulnerabilidad acuciante, donde en cualquier momento puede recibir violencia directa por parte de los agresores digitales. Por otro lado, y en el caso que no refleja una dimensión analógica eventual, el condicionamiento de las acosadas a poder desenvolverse en la red opera rápidamente: evitar expresarse libremente

⁹ Estadísticas de uso del *sexting*. Ver: NOVOA FOGLIO, Armando, “El efecto internet. *Sexting*. Cuando la diversión se convierte en delito”. [En línea], México, Año 2, nro. 2. (s.f.). Disponible en: http://asi-mexico.org/sitio/archivos/Revista_baja_Sexting_5.pdf (consulta en abril de 2018), pp. 7 a 9; MONTIEL JUAN, Irene, “Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra” [en línea, junio de 2016], IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*: disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78846481008>, ISSN. [Fecha de consulta: 16/4/2018]; Plan International Australia and Our Watch Survey. “Don’t send me that pic”. [En línea]. Australia. Marzo 2016. Citado en abril de 2018. Disponible en: https://issuu.com/planaustralia/docs/plan_our_watch_report_final; Statistic Brain Research Institute. “Sexting Statistics”. [En línea]. Estados Unidos. 26/4/2017. Citado en abril de 2018. Disponible en <http://www.statisticbrain.com/sexting-statistics>.

¹⁰ Pantallas amigas “Campaña: ¿has decidido sextear? Decálogo para el sexting seguro”. [En línea]. México. (s.f.). Citado en abril de 2018. Disponible en: <http://sextingseguro.com/consejos-sextear-nudes-con-menos-riesgos>; Pantallas Amigas. “Campaña: Pensar antes de sextear. 10 razones para no realizar sexting”. [En línea]. México. (s.f.). Citado en abril de 2018 Disponible en: <http://www.pensarantesdesextear.mx/prevencion-10-razones-no-sexting>.

a través de un comentario o una foto propia, por temor al acoso que le deviene en una cascada sin límite alguno, la conduce a silenciarse. Es una forma muy palmaria de disciplinamiento.

Las mujeres somos el foco predilecto del acoso virtual. No solo mediante comentarios violentos naturalizados, sino también porque es muy común encontrarnos con otras manifestaciones de acoso —cada vez más ingeniosas— que se nos aplican a diario: mensajes privados de tinte sexual explícito y fotografías de penes erectos sin consentimiento previo para el intercambio de ese tipo de mensajes, la insistencia para el envío de material íntimo, la obtención de nuestro número de celular y el envío de cataratas de mensajes, por ejemplo, sobre nuestra localización, forma de vestir en determinado momento o los horarios en que salimos de un lugar u otro. El *slutshaming* también es una forma de acoso digital con los mismos fines que los expuestos *supra*. Supone la encarnizada práctica de menosprecio hacia una mujer tildándola de “puta” en todo aspecto de su desenvolvimiento digital. Esto tiene graves consecuencias en la identidad digital de la persona, ya que dichas huellas violentas nunca desaparecerán, pasando a conformar una característica de esa persona en la web, como si fuera un “sello” o “marca” colocada violentamente por tercerxs¹¹ para su descrédito eterno.

Todo ello causa pavor en una mujer, viéndose vulnerada la integridad psíquica y el libre tránsito, ya que es normal que frente a actos de acoso digital muy ensañados las mujeres nos alertemos a tal punto de alterar todo ámbito de nuestra vida en pos del resguardo de males mayores.

Como las referidas, hay miles de conductas dañosas que pueden pertenecer a la categoría de “acoso digital”. Lo cierto es que todas y cada una tienen efectos devastadores en las damnificadas, que no son directos, pero sí de gran operatividad y eficacia; en definitiva, lo que buscan es descalificar y amedrentar al punto que no haya posibilidad de esa persona de desarrollarse libremente ni en lo digital ni en el plano analógico.

1.3. Suplantación de identidad

Es el término que se utiliza para nominar la acción de quienes crean un perfil falso en las redes sociales con el nombre de otra persona —la “víctima” —, vulnerando el derecho a la imagen de la persona suplantada, como primera consecuencia. Posteriormente, la suplantación puede utilizarse con fines espurios de engaño a terceros/as, difusión de material íntimo, acosos virtuales, estafas de todo tipo, obtención ilegítima de información, etc. Además, a través

¹¹ El lenguaje es históricamente concebido desde una mirada androcéntrica que excluye el femenino. El movimiento feminista plantea la deconstrucción de estas formas a través del lenguaje inclusivo. La utilización de la “x/e” en lugar de la “o” en ciertas palabras a lo largo de este trabajo, responde a esa estrategia.

de la suplantación de identidad el agresor logra crear innumerables vínculos ficticios con personas que no saben que están siendo engañadas.

Recapitulando, todas las acciones lesivas aquí definidas se retroalimentan entre sí. Por ejemplo, suele suplantarse la identidad con cuentas falsas para acosar digitalmente, así como para perpetrar extorsiones o difusión de material íntimo de terceras. Muchas damnificadas reparan en que han sido víctimas de suplantación de identidad o de difusión de su material íntimo cuando son abordadas o interactúan digitalmente con desconocidos que dicen conocerlas, pudiendo sufrir situaciones de extremo peligro.

2. CAUSALES DE LA VIOLENCIA DIGITAL

Todas las acciones descritas se enmarcan —directa o indirectamente— en la definición de violencia de género que nos brinda la ley 26.485¹².

Si bien es innegable que las conductas aludidas afectan a todos los géneros, también lo es que la consumación de estos procederes dañosos afecta de manera desproporcionada a las mujeres.

Las razones de este planteo radican en los siguientes factores:

2.1. *Relación desigual de poder*

La violencia de género tiene su basamento en una relación de poder del género masculino sobre el femenino. La violencia digital no es la excepción. La posición de subordinación y desigualdad genera un reproche moral sobre la vida sexual de las mujeres. Aún existe la idea de que la mujer que vive libremente su sexualidad es una desdeñable mujer y se la encuadra en todo tipo de epítetos machistas y descalificadores. Así, quien ha decidido retratar su cuerpo, su intimidad o ha expresado su deseo sexual por medios digitales será fuertemente juzgada por su conducta. Se reprochará, incluso, con mayor fuerza su acto privado que la extorsión, el acoso o la divulgación del material íntimo de la que fuera víctima, que es lo que debería reprocharse. En noticias relativas a sextorsión o a difusión no consentida de material íntimo, es habitual leer los comentarios y opiniones de la comunidad digital despreciando a la víctima por una conducta que juzgan como libertina, en vez de condenar la reprensible conducta del agresor. La misma lógica machista que ocurre ante otros casos de violencia de género y que expresa que la lesionada tiene la responsabilidad por lo que le ocurre. Dificilmente, y como desarrollaré en los siguientes puntos, un hombre sufra las consecuencias y sea juzgado al nivel que se lo hace con una mujer.

¹² Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina. 11/3/2009. Promulgada de hecho: 1/4/2009.

2.2. *La sexualización y comercialización a la que se somete el cuerpo de la mujer*

El consumo masculino de pornografía torna común que una imagen, un video, un audio o la publicación de una mujer teniendo sexo, en pose erótica, o expresando deseo sexual, pueda ser compartido sin restricciones en la web y en los grupos de Whatsapp. Esta práctica donde los hombres reafirman su masculinidad (tóxica) y se hermanan a través del consumo y la explotación de nuestros cuerpos, enviando un material que se difunde, muchas veces sin consentimiento de las propietarias, o realizando comentarios soeces sobre las retratadas, no es ni más ni menos que una forma de cosificación femenina. Muchos hombres parecen no diferenciar entre una actriz que “elige”¹³ ser filmada y la mujer que no prestó consentimiento para la difusión de su material íntimo “amateur”, o que directamente no prestó consentimiento para ser retratada. La lógica machista es que todos los cuerpos de las mujeres son de consumo público, para su propia diversión, y no podrán negarse a compartir el contenido. Nuestro cuerpo está disponible siempre y en esta naturalización de la mujer-objeto no puede parecerse raro que se comparta material privado con una asiduidad y naturalidad muchísimo más fuerte que a la inversa.

La periodista española Anna Pacheco ha escrito un artículo sobre los grupos de Whatsapp masculinos, titulado: “Tetas y chistes machistas: el asqueroso mundo de los grupos de Whatsapp de tíos”¹⁴ en el que ha recogido opiniones de usuarios masculinos que admiten que es común el envío de videos o imágenes sexuales femeninas, de las cuales desconocen su procedencia y si ha mediado consentimiento o no de sus propietarias. A continuación, se transcriben dos opiniones anónimas recogidas por la autora:

Pertenezco a cuatro o cinco de estos grupos (...) En todos ellos nos enviamos videos e imágenes de tías de forma más o menos frecuente, me explica Ricardo, de 27 años (...). Él dice que es de los que nunca envía material, pero tampoco hace nada por dejar de recibirlo. De repente, te llegan fotos de una tía en pelotas que ni siquiera querías ver y enseguida todo el mundo empieza a ofenderla remarcando lo guarra que es. Es todo muy mecánico, al cabo de unos minutos se olvida, señala Ricardo.

Luis, de 35 años, también forma parte de alguno de estos grupos (...). Él asume que entre ese chaparrón de fotos de calendario y memes, hay otras tantas no consentidas, sacadas directamente de Facebook o fotos privadas que la chica en cuestión ha enviado a alguien de su confianza (...) En estos casos el consentimiento brilla por su ausencia, ni se plantea que se haya

¹³ El entrecomillado es porque tengo mis reservas sobre la libre elección en la explotación sexual.

¹⁴ PACHECO, Ana, “Tetas y chistes machistas: el asqueroso mundo de los grupos de Whatsapp de tíos”, [En línea, 9/1/2017]. Broadly, Disponible en: <https://broadly.vice.com/es/articulo/whatsapp-hombres-grupos-chistes-porno> (consulta en abril de 2018).

solicitado. Alguna vez le he dicho a alguno que imagina que esa chica es su hermana o su amiga (...) Es bastante fácil que cualquier cosa que se diga caiga en saco roto, argumenta.

2.3. Discurso de odio y anonimato

La posibilidad que ofrecen las redes sociales de anonimato y libre opinión ha generado un aumento en el comportamiento machista en Internet. El discurso de odio de género puede ser definido como alocuciones que promueven o justifican, de manera directa o indirecta, de manera explícita o sutil, el sexismo, la misoginia, el machismo y el antifeminismo. Pueden distinguirse algunas variables: el discurso neomachista, el discurso antifeminista y el discurso de odio explícito.

El neomachismo parece haber encontrado, en este nuevo contexto digital, la posibilidad de repetir, fortalecer y sacar a la luz cierta dialéctica, que simplemente toma nuevas formas del vetusto discurso machista, o sea, es el mismo discurso de siempre, pero un poco aggionardo.

El antifeminismo esgrime estar en contra del movimiento feminista y, por consiguiente, con toda consigna de igualdad y fin de la violencia de género promovida por los colectivos de mujeres, aunque esto último, obviamente, no lo reconocen abiertamente. Cualquier reclamo por una vida libre de violencias será menospreciado y cuestionado por les¹⁵ antifeministas.

Por último, el discurso de odio explícito puede ser mayormente utilizado por personas que se ven limitadas para tener comportamientos machistas públicos y aprovechan la web para dar rienda suelta a su sexismo y misoginia.

Con la creciente concientización de la sociedad en temas de género ya no se admiten ciertas expresiones y comportamientos que antes se aceptaban abiertamente. Empezó a haber un reproche frente a ciertas actitudes, con lo cual muchos hombres se valen de las nuevas tecnologías para seguir difundiendo su misoginia. De hecho, proliferan en la web usuarios que se dedican a violentar y acosar mujeres, a víctimas de violencia de género o a feministas y perfiles en redes sociales dedicadas a estos discursos.

3. FRANJA ETARIA DE LAS DAMNIFICADAS POR VIOLENCIA DIGITAL

El mayor uso de les adolescentes en las redes sociales, el espíritu rebelde y transgresor, la expectativa de pertenencia a grupos afines, la presión social de sus pares para acceder a la sexualidad, la existencia de pedófilos a su búsqueda,

¹⁵ El lenguaje es históricamente concebido desde una mirada androcéntrica que excluye el femenino. El movimiento feminista plantea la deconstrucción de estas formas a través del lenguaje inclusivo. La utilización de la “x/e” en lugar de la “o” en ciertas palabras a lo largo de este trabajo, responde a esa estrategia.

su falta de experiencia y, por sobre todas las cosas, la culpabilidad y la resistencia en acudir a adultos/as para su acompañamiento en distintas experiencias hacen que las adolescentes sean un grupo especialmente expuesto a la violencia digital. Además, las adolescentes que realicen *sexting* incrementarán el juzgamiento a su conducta, no ya solo por ser “libres”, sino también por “precoces”. No obstante, como se detallará oportunamente, las adolescentes están amparadas por el art. 128 del Código Penal.

Asimismo, en el informe “Estado de la violencia online contra las mujeres en Argentina”¹⁶, se señala que las más afectadas por la violencia digital son las mujeres de 22 a 35 años, y esto no es casual: la violencia se aplica con mayor eficiencia en el momento en que el género femenino cursa su momento óptimo de desarrollo afectivo, social, económico, laboral y familiar. Por ende, allí es donde el disciplinamiento debe tener mayor impacto.

4. LAS CONDUCTAS DAÑOSAS COMO VIOLENCIA DE GÉNERO. ENCUADRE LEGAL-RESPONSABILIDAD ESTATAL

Encuadraré en parte del sistema normativo que protege a la mujer en Argentina, la sextorsión, la difusión no consentida de material íntimo, el acoso virtual y la suplantación de identidad como violencia de género.

La ley 26.485 define a la violencia contra la mujer, en su art. 4°:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, 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 o patrimonial, 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.

Haciendo una analogía con la descripción del art. 4° de la ley 26.485, con referencia a las conductas dañosas que estudiamos, podemos decir que son acciones directas de ámbito privado basadas en una relación desigual de poder. La libertad y la dignidad de la víctima son dañadas al ser extorsionada, acosada, y luego de la difusión de su material íntimo. Su integridad física también lo es, ya que la damnificada puede llegar hasta a recibir agresiones de terceros/as que

¹⁶ ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, con la colaboración de la FUNDACIÓN ACTIVISMO FEMINISTA DIGITAL, “Estado de la violencia online contra las mujeres en Argentina”, [En línea noviembre de 2017], disponible en: <https://activismofeministadigital.org/wp-content/uploads/ADC-violencia-contra-mujeres-en-AR-ONU-1.pdf> (consulta en abril de 2018), pp. 50 a 54.

hayan visto su material, o por el mismo victimario. Asimismo, se menoscaba su integridad psicológica porque las conductas lesivas perturban gravemente la psiquis de la afectada, y su integridad sexual en atención a que se violenta directa e indirectamente la libertad sexual de la mujer y se generan traumas que impiden que esta pueda disfrutar de ella, *a posteriori*, sanamente. Igualmente, se agravia la integridad económica de la mujer, quien puede perder trabajos por la difusión de material íntimo e, incluso, frente a una extorsión ver disminuido su patrimonio. Por último, se afecta su seguridad personal, ya que la extorsión constituye en sí una acción contra ella y al acceder terceros/as al material, la víctima puede sufrir acosos y abusos de todo tipo, más allá de las sensaciones de acoso y persecución que son consecuencia del acoso virtual.

También la difusión del material íntimo de una mujer puede consistir en una acción indirecta de violencia de género, ya que la divulgación por parte de terceros/as desconocidos de las víctimas, que lo hacen por mera irresponsabilidad, o por consumo de material “de estilo” pornográfico, es una acción derivada de la acción principal, perpetrada por quien difunde primeramente el material.

Por otro lado, puede haber una acción u omisión del Estado o sus agentes en estos delitos. La constante revictimización y deficiente atención gubernamental que sufren las afectadas por parte del personal policial y judicial constituye a todas luces un ejercicio de la violencia institucional consagrada en el art. 6° inc. B de la ley 26.485.

Además, se puede considerar una grave omisión estatal la falta de medidas adecuadas para proteger a las damnificadas, es decir, el vacío legislativo que existe en la materia, ya que hasta el cierre de esta publicación, y salvando la extorsión y la difusión y comercialización de material íntimo de menores de edad, no hay tipos penales específicos que sancionen las conductas dañosas estudiadas, sin tenerse en cuenta que es una de las formas de violencia de género que más crece día a día.

Es necesario poner de resalto que el Estado argentino ha ratificado la CEDAW¹⁷ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁸, donde se ha comprometido a adoptar, entre otras cosas, todas las medidas necesarias para combatir la violencia de género; específicamente en el art. 7° inc. C de la Convención de Belem do Para, se asume el compromiso de crear legislación adecuada y en el art. 2° de la CEDAW los Estados se comprometen a adoptar medidas legislativas, con las sanciones corres-

¹⁷ Ley 23.179. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Sancionada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 34/180, de 18/12/1979. Publicada en el Boletín oficial de la República Argentina y promulgada el 27/5/1985.

¹⁸ Ley 24.632. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - “Convención de Belem do Pará”. Suscripta en Belem do Pará, República Federativa Del Brasil, el 9/6/1994. Publicada en el Boletín oficial de la República Argentina y Promulgada el 1/4/1996.

pondientes. Estos compromisos asumidos mediante los instrumentos internacionales de DD.HH. mencionados, agravan la responsabilidad gubernamental.

Lamentablemente, la falta de creación de tipos penales adecuados trae aparejada la falta de creación de políticas públicas destinadas a prevenir o a remediar el daño causado. Si no existe un delito, no existen denuncias, no existen estadísticas oficiales, no existen programas estatales para combatir estas conductas, ni para educar en la materia (...) en definitiva, no existe justicia y esa, adelante, es la triste realidad que hoy viven las mujeres afectadas por la violencia digital¹⁹.

5. LOS ABUSOS DIGITALES, ¿SON UN TIPO O UNA MODALIDAD DE VIOLENCIA DE GÉNERO?

La ley 26.485 define en su art. 5° cinco tipos de violencia de género²⁰, y en su art. 6° se definen seis modalidades para llevar a cabo estas violencias²¹. Al momento de la creación de esta ley, en 2009, la violencia de género digital no fue considerada. Ahora bien, la violencia digital, ¿es un tipo o una modalidad de violencia? Ensayaremos ambas teorías.

5.1. “Modalidad” de violencia de género

Es la postura adoptada por la ensayista. La violencia digital puede ser un modo de ejercer alguno de los tipos de violencia de género previstos en la normativa.

Si a los efectos de la ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, uno de esos ámbitos puede ser el digital. Sería una modalidad novedosa que se adecua a las prácticas que la sociedad está transitando hoy en día. Esta modalidad debe ser entendida como la que se perpetúa en el ámbito digital valiéndose de herramientas tecnológicas.

Cualquiera de las conductas delictivas estudiadas puede configurar violencia psicológica con modalidad digital, ya que afectan gravemente la psiquis de la víctima, y se encuadran acabadamente en la definición que la ley 26.485 esgrime para este tipo de violencia²².

¹⁹ Para más información ver título 8 de este trabajo.

²⁰ Física, psicológica, sexual, simbólica, y económica o patrimonial.

²¹ Doméstica, institucional, laboral, mediática, contra la libertad reproductiva y obstétrica.

²² Violencia de género de tipo psicológica: la 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

También, estas conductas pueden llegar a constituir violencia simbólica de modalidad digital, ya que sería un modo de perpetuar patrones estereotipados sobre lo que debe hacer o no una mujer. Un pleno disciplinamiento que contiene un mensaje subliminal para que nos abstengamos de vivir libremente nuestra sexualidad, porque luego vemos las consecuencias que sufren las víctimas.

Asimismo, las conductas aludidas pueden menoscabar los recursos patrimoniales de la mujer y derivar hasta en pérdidas de la fuente laboral, pudiendo llegar a configurar violencia económica de modalidad digital.

Habrà violencia sexual de modalidad digital cuando se afecte o coaccione la sexualidad de la víctima al momento del hecho dañoso, o *a posteriori* por el trauma vivido.

Por último, la violencia digital podrá derivar en casos de violencia física indirectamente. El extorsionador puede golpear a la víctima para perpetrar el delito y en el caso de la mal llamada pornovenganza, la mujer puede llegar a sufrir agresiones físicas de su pareja o de familiares a modo de reprimenda, o simplemente puede ser agredida por desconocidos como reproche por su vida sexual. Estos últimos dos son casos extremos, pero pueden darse en lugares muy conservadores, donde la sexualidad de la mujer no es algo libre, bajo ningún punto de vista.

5.2. “Tipo” de violencia de género

En una postura disidente, la Dra. Benítez Demtschenko postula a la “Violencia Digital” como un “tipo” de violencia y no como una modalidad. Ello radica en reconocer a los “tipos” como marcos de conductas que impactan sobre cierto cúmulo de derechos, y a la órbita digital como un espacio que comprende múltiples de ellos, pero muy específicos y propios. Por ello, entiende que la vida digital no podría ser definida por exclusión o por analogía con ningún aspecto de los ya conocidos en el plano físico, así como tampoco podría entenderse como una “modalidad” de violencia, ya que las características de la digital y sus componentes requieren un tratamiento y abordaje autónomo. Lo dicho, sin perjuicio de que sí pudiera darse en las modalidades que expresamente prevé la ley 26.485. Pero no al revés. Los derechos digitales —que, según una tesis a la que la colega adscribe, conforman la cuarta generación de derechos constitucionales— son los que este tipo de violencia vulnera, a más del resto de los derechos clásicos que asisten a toda persona. De esta manera, hablar de identidad digital, datos personales, información personal (geolocalización o ubicación, movilidad de la víctima, contactos y vínculos, etc.), neutralidad y accesibilidad a Internet, anonimato, así como el derecho a la información, el conocimiento y la circulación de ideas, la vigilancia masiva, la reputación digital son

limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

específicamente característicos y por tal la violencia contra las mujeres en este sentido adquiere consecuencias sobre las víctimas con notas exclusivas. Una de ellas es la permanencia del contenido en el tiempo (afectando la identidad digital, la reputación, el anonimato, sus datos personales); otra, la posibilidad de la reproducción ilimitada de la violencia por el resto de la sociedad mediante el mecanismo de la “viralización”, lo que acrecienta el riesgo y menoscabo efectivo sobre los derechos de la víctima de todo acto violento que contra ella se impusiese; la restricción o limitación de las mujeres al acceso a las tecnologías de la información y la comunicación también son una forma de rezagarlas y excluirlas —principalmente en una era en que casi todo elemento de nuestro entorno supone la conectividad—; la difusión de sus datos personales —en los que la imagen es uno— deviene en un acto violento lesivo de su derecho al anonimato, reputación digital y protección de su identidad digital, colocándola en otro nivel de vulnerabilidad a más del ya sabido riesgo que implica para su integridad física, psíquica y sexual eventualmente. Por ello, y a modo de síntesis, considerando que la violencia digital tiene una entidad suficiente para su autoabastecimiento doctrinario y práctico, así como para su abordaje, por lo tanto, debe ser colocada en la categoría de “tipo” y no de “modalidad”.

5.2.1. Violencia digital mediática

Ante la violencia digital como un tipo de violencia de género, uno de los mayores modos de perpetuarla es a través de la modalidad de violencia mediática. Es muy habitual que los medios de comunicación reproduzcan sin pudor y sin perspectiva de género los datos personales, de redes sociales y material digital íntimo, o no, de mujeres víctimas de ciberviolencia, sobre todo de personalidades públicas.

Ante el suceso dañoso, la mayoría de los medios exhibe las fotos íntimas de las femeninas, sin su consentimiento y con mínimas pixelaciones, y en algunos casos ni siquiera eso. En cuanto a los videos, si bien los medios no suelen difundirlos explícitamente, siempre divulgan la noticia de la “aparición”²³ de un video sexual con alguna captura de imágenes.

De hecho, en los portales digitales, este tipo de notas suele tener como noticias vinculadas mujeres posando, consentidamente, en forma seductora, lo que demuestra que para el portal digital es lo mismo la noticia de una víctima de violencia online que una galería de imágenes personal.

Estas noticias avivan, en cierta manera, la búsqueda del material en la web, que sin ir más lejos los mismos lectores dejan en links en los comentarios de las notas.

²³ El entrecomillado refiere a cómo la manera de titular la noticia evade la responsabilidad del agresor, porque se tiende a considerar que el material filtrado aparece cual arte de magia.

De esta manera, toda la opinión pública se centra en la reputación digital de la víctima o en el material íntimo obtenido espuriamente, con un constante mensaje de estereotipación y revictimización a las mujeres, incluso en manos del propio periodismo que aborda el tema a modo de sorna y sin un tratamiento mediático responsable de la violencia contra las mujeres. Mujeres que hasta suelen ser acusadas de divulgar adrede el material para ganar “fama”, ya que existe un prejuicio que cree que la moral de una mujer que se filma o se saca una foto desnuda es tan baja que hasta puede llegar a divulgar el material a propósito, más aún si está acostumbrada a exhibir su cuerpo.

6. CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA DIGITAL

6.1. Consecuencias en el plano físico/psicológico

Las consecuencias de la violencia de género digital abarcan numerosos ámbitos de la vida de las víctimas. En primer lugar, quienes sufren este tipo de conductas se ven controladas, acosadas, humilladas o amenazadas a través de medios digitales y muchas veces por parte de quienes en algún momento mantuvieron una relación de afectividad con ellas, con lo doloroso que resulta esto para cualquier persona en sus relaciones interpersonales, comprometiendo su confianza en terceros/as a futuro.

Algunos síntomas serán culpabilidad, reproche, autocastigo, desasosiego, ansiedad y depresiones graves, ataques de pánico, agorafobia, aislamiento, o sensaciones de persecución. Algunas víctimas caen en conductas autoflagelantes o comienzan a consumir alcohol y estupefacientes para evadir la realidad.

En conductas como las de acoso virtual, los efectos son el alerta paranoico, la sensación de indefensión, la afectación de la libertad de tránsito (cambiar recorridos, salir menos o directamente no salir de la casa), modificar aspectos fundamentales de la vida (por ejemplo, cambiar número de teléfono, tener que avisar a compañeras de trabajo, familiares).

Si sumamos la difusión del contenido digital por parte de terceros/as ajenos a la víctima, esto multiplica el efecto de daño psicológico inicial. Es decir, la damnificada queda expuesta a acoso por parte de otras personas, lo que puede implicar otros tipos o modalidades de violencia de género, *bullying* o *ciberbullying*.

Asimismo, las consecuencias psicosociales se podrán extender al entorno de la víctima, afectando a sus familiares, pareja, etc., que podrán ser señalados, cuestionados e interrogados.

Todos estos efectos de la violencia digital pueden durar años, ya que una vez que circule por Internet el material íntimo o perfiles apócrifos de la víctima con información difamatoria, difícilmente puedan ser completamente eliminados (aunque se promuevan acciones legales a tal fin) debido a que el contenido puede reaparecer una y otra vez en diversas páginas, lo sepa o no la víctima,

quien, a su vez, sufrirá el tormento de vivir alerta. El problema interferirá en su actividad virtual y en su vida fuera de la web, por ejemplo, en sus estudios, en su trabajo y en su vida social.

Las consecuencias más graves de este tipo de violencia han llevado a numerosos intentos de suicidio y lamentablemente hasta suicidios consumados²⁴.

Las imágenes, videos o audios, perfiles falsos e información personal de la víctima podrán ser repetidos y vueltos a difundir por terceros/as ajenos a la víctima, en cientos o miles de oportunidades, haciendo que la mujer sea conocida en lugares donde no lo era, y extendiendo su condena pública a niveles insospechados, ya que hay casos de víctimas que cambian de ciudades, colegios o trabajos, pero siguen sufriendo acoso vía redes sociales, o son reconocidas en sus nuevos ámbitos sociales, volviendo a comenzar su calvario.

En adolescentes y niñas el acoso combinado con el *bullying* escolar hará un cóctel explosivo en el que la víctima será humillada por sus compañeros/as escolares constantemente. Esto afectará también el ámbito académico, ya que la víctima verá mermada su autoestima, su autoconfianza y su rendimiento.

6.2. Consecuencias en el plano económico

En el caso de la sextorsión, cuando quien amenaza a la mujer con divulgar contenido digital le pide, a cambio de no hacerlo, una suma de dinero, se menoscaban los recursos patrimoniales de la mujer.

Este tipo de operaciones pueden ser perpetradas por ladrones que han robado pertenencias de las víctimas, estafadores profesionales o lo que generalmente sucede es que el material está en manos de una expareja que la extorsiona. En este último caso, el mayor o menor vínculo afectivo con quien es el victimario resulta más traumático para la mujer.

En el caso de la difusión no consentida de material íntimo o con la suplantación de identidad digital, una vez consumada la divulgación del material, la circulación del material íntimo puede dejar a la víctima sin trabajo en atención a las críticas negativas que suele obtener una mujer que se ha retratado en la intimidad. Esto puede suceder en los casos en que la víctima se desempeña por su cuenta o como profesional o también cuando trabaje en relación de dependencia y sea despedida directa o indirectamente²⁵ por el hecho. Imaginemos el escarnio laboral que puede sufrir una víctima de violencia digital en manos de sus compañeros/as, si han accedido a su material íntimo, pudiendo hasta configurar un episodio de violencia digital bajo la modalidad de violencia laboral²⁶. Muchas veces las propias víctimas terminan renunciando a sus labores por la vergüenza

²⁴ Para más información ver título 7 de esta publicación.

²⁵ Un despido indirecto se da cuando la injuria del empleador/a o sus agentes hacen que la víctima se considere despedida por la imposibilidad de continuar la relación laboral.

²⁶ Si consideramos que la violencia digital es un tipo de violencia de género.

que les genera la divulgación de sus imágenes o videos. En definitiva, de una u otra manera termina habiendo un menoscabo en los recursos patrimoniales de la mujer. Ello sin perjuicio de la repercusión que dichos contenidos podrán generar en el futuro laboral de la víctima, ya que hoy es muy común que en las búsquedas laborales haya un previo “googleo” de la candidata y hasta en algunos casos se indaguen sus redes sociales, y cuando existen perfiles falsos de la víctima y/o material íntimo online, las posibilidades laborales pueden verse frustradas.

6.3. Consecuencias en el ámbito sexual

Muchas veces la sextorsión y la difusión no consentida de material íntimo son definidos como delitos de violencia sexual digital.

Al ser íntimo el contenido que se amenaza con difundir, o que se difunde, afecta directamente la libertad sexual de la víctima. Es innegable que quien sufra estos delitos verá afectada su sexualidad a corto o a largo plazo, retrayendo su actividad íntima por la vergüenza de la exposición sufrida y por el miedo a una nueva extorsión o a que se la retrate sin consentimiento²⁷.

Justamente en el caso de la difusión no consentida de material íntimo muchas víctimas han sido abusadas y retratadas y esos videos o imágenes, que luego se reproducen con títulos que anuncian el abuso, alimentan y perpetúan ambas conductas dañosas y la cultura de la violación, conforme ya se ha expresado en el título 1 de esta publicación.

6.4. Consecuencias en el ámbito digital

La digitalización de nuestra vida cotidiana es una realidad innegable. Todo usuario/a conectado/a tiene una identidad digital. La tecnología y la economía están estrechamente relacionadas, quien queda fuera de las TIC²⁸ dificulta su progreso económico, académico y su vida social directa o indirectamente.

La violencia que estudiamos, obviamente, tiene consecuencias en la vida e identidad digital de las damnificadas con graves consecuencias en la reputación de esa identidad digital de la víctima, por ejemplo, pueden generar una invisibilización en el ámbito online luego de sufrir ciberviolencia, o la eliminación de las cuentas propias en redes sociales, cuestión que inevitablemente afecta la vida social de cualquiera. Además, puede experimentarse una falta de socialización con otros usuarios por miedo o vergüenza, o una falta de libertad de expresión digital por miedo a represalias, entre otras consecuencias que afectan la vida e identidad digital de quien sufre esta violencia. Recapitulando, es evi-

²⁷ El “daño sexual” es en el ámbito civil un rubro resarcitorio de origen pretoriano, que implica el menoscabo de la sexualidad, pero a nivel físico estrictamente, y se reconoce solo si es irreversible. Por ejemplo, anulación de toda posibilidad de erección, dolores vaginales al tener relaciones debido al síntoma psíquico, etc.

²⁸ Tecnologías de la información y la comunicación.

dente que la vida de cualquier mujer se paraliza completamente al ser sometida a la violencia digital, ya sea que la consideremos un tipo o una modalidad de violencia de género.

En cambio, para el caso de un hombre, probablemente el volumen de las burlas y estigmatizaciones sea muchísimo menor y vayan a ser destinadas al tamaño de su miembro viril, que es el tótem de la construcción de su masculinidad. En definitiva, pueden terminar sufriendo las consecuencias del mismo machismo de la sociedad.

Difícilmente el hombre pueda perder trabajos o sufra un reproche moral que dure el tiempo y la intensidad que sufre una mujer, principalmente porque no existe una reprimenda moral hacia la sexualidad masculina. Basta con apreciar los casos de famosas argentinas cuyo contenido digital privado se viralizó, haciendo que sean recordadas por dicho contenido *ad aeternum*, a diferencia de los escasos casos masculinos donde el hecho prontamente es olvidado.

7. CASOS INTERNACIONALES DE VIOLENCIA DIGITAL

Los abusos digitales han afectado la vida de muchas mujeres, produciendo en instancia máxima el suicidio de las víctimas. A continuación, se revelan casos de relevancia internacional.

7.1. *El caso de Amanda Todd*

Amanda Todd era una adolescente canadiense que se había desnudado frente a una webcam en un video-chat. Tiempo más tarde uno de sus contactos comenzó a extorsionarla con difundir dicho video si ella no seguía exhibiéndose de la misma manera que antes. Finalmente, su foto fue difundida a todos los contactos de sus redes sociales, sufriendo el desprecio de la comunidad escolar y social y perdiendo a sus amigos. La joven cayó en depresión, ansiedad y en un trauma profundo y, aunque cambió de colegio, ya estaba gravemente afectada y se introdujo en el consumo de estupefacientes. Tiempo más tarde el extorsionador reapareció difundiendo su foto por la nueva comunidad escolar de Amanda, quien nuevamente comenzó a sufrir *bullying* y motivó el inicio de nuevas conductas autoflagelantes. Tiempo más tarde fue agredida por un grupo de adolescentes. La agresión física, que fue filmada, motivó que Amanda se arrojase a una zanja y que intentara suicidarse tomando cloro, mientras las burlas en las redes sociales se incrementaban. Amanda tuvo que cambiarse nuevamente de colegio y no pudo evitar ser objeto constante de acoso en las redes sociales, por lo que intentó suicidarse nuevamente. En septiembre de 2012, la joven subió un video a Youtube²⁹ contando su historia con carteles escritos a mano. Fue todo un

²⁹ “TheSomebodytoknow”, usuario de Youtube (7/9/2012). “My story: Struggling, bullying, suicide, self-harm”. [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/>

éxito que había recibido más de un millón de visitas al momento de su muerte, cuando finalmente se suicidó el 10 de octubre de 2012 con 15 años.

Su historia ha servido para concientizar sobre la violencia digital. La madre de Amanda creó la fundación “Amanda Todd Legacy”³⁰ para sensibilizar y ayudar a los jóvenes. Finalmente, el hombre que extorsionó a Amanda fue recientemente condenado en Holanda a once años de prisión por *ciberbullying*, perpetrado sobre treinta y cuatro mujeres y cinco hombres gay³¹.

7.2. El caso de Tiziana Cantone

Tiziana era una joven italiana que en 2015 descubrió que varios videos de contenido sexual en los que aparecía habían sido subidos a diversas plataformas de Internet y páginas web pornográficas. Los videos se viralizaron siendo vistos por más de un millón de personas. En un video en particular se la observa diciendo “¿Estás filmando? Bravo”, esta frase se convirtió en un gran objeto de burla a nivel nacional por los/as cibernautas, quienes hicieron memes, impresiones en camisetas y carcacas para celulares con estas palabras; incluso fue parodiada por personajes famosos en su país. Tiziana llevó a juicio su caso, solicitando que se borrara el video de la web y que se le concediera el “derecho al olvido”³². Ganó el juicio y se ordenó a los sitios web borrar sus videos y los comentarios injuriantes, pero el tribunal la obligó a pagar parte de las costas del proceso, en una decisión totalmente revictimizante. Tiziana dejó su trabajo, se mudó y estaba en proceso de cambiar su nombre. Pero seguía siendo víctima de acoso. Finalmente, la joven de 31 años se suicidó en septiembre de 2016, conmocionando a toda Italia³³.

Hay muchísimos casos internacionales de suicidios por violencia digital³⁴, solo por nombrar algunas víctimas: Audrie Pott, Felicia García, Rehtaeh Par-

watch?v=vOHXGNx-E7E fecha de consulta abril de 2018; ErzebethBathory (13/10/2012), “Amanda Todd’s story (subtítulos en español)” [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=NaVoR51D1sU>, (consultado en abril de 2018).

³⁰ Amanda Todd Legacy Society (s.f.), “Amanda Todd Legacy Official Site”, disponible en: <http://www.amandatoddlegacy.org/contact.html> (consultado en 2018).

³¹ THE ASSOCIATED PRESS, “Aydin C. Trial: Accused In Amanda Todd Cyberbullying Case Gets 11 Years In Dutch Prison”, [En línea. Edición: 20/3/2017], The Associated Press en Huff Post. Disponible en: http://www.huffingtonpost.ca/2017/03/16/aydin-c-trial_n_15403720.html (consulta abril de 2018).

³² Potestad que tiene el/la titular de datos o informaciones personales para solicitar que esa información sea eliminada, bloqueada o desindexada de los lugares donde aparece publicada, por encontrarse afectados ciertos derechos personalísimos, como su intimidad u honor. Diversas legislaciones en el mundo regulan la protección de datos personales.

³³ Urgente 24. “Sangre en las redes sociales: El suicidio de Tiziana”, *Urgente 24*. [En línea 16/9/2016]. Disponible en: <http://www.urgente24.com/256821-sangre-en-las-redes-sociales-el-suicidio-de-tiziana> (consulta abril de 2018).

³⁴ COHEN B., Dosa S. - BERGE R. (productores) - COHEN, B. - SHENK, J. (dirs.), “Audrie & Daisy. Shame is Trending”, Estados Unidos, AfterImagePublic Media, en asociación con

sons, Jessica Logan, Emma Jones y Daisy Coleman. Agrava la situación que, en algunos casos, las víctimas habían sido abusadas, y debían cargar no solo con el dolor de ser víctimas de violencia sexual, sino también por el acoso posterior a la difusión de esos videos o fotos.

8. CASOS NACIONALES DE VIOLENCIA DIGITAL. ENTREVISTAS

8.1. Acceso a la justicia

La falta de estadísticas públicas en la materia dificulta una visibilización académica del problema. En Argentina, varias personalidades famosas fueron víctimas de difusión de material íntimo, solo por nombrar algunas: Florencia Peña, Fátima Flores, Silvina Luna e Ivana Nadal. Alexandra Larsson fue víctima de sextorsión.

En distintas notas periodísticas las artistas comentaron el infierno en el que se transformó su vida a partir de estos sucesos y el escarnio público que padecieron³⁵.

Mercedes, una joven promotora de TC, se filmó teniendo relaciones con dos pilotos de dicha categoría, y su video fue viralizado en el 2016, existiendo publicaciones periodísticas que directamente ponían el link del video, sumándose, además, los comentarios de usuarios de los portales digitales, de tono altamente misógino³⁶. Mercedes debió cerrar sus redes sociales y recluírse junto

ImpactPartners y Actual Films, 2016. Disponible en: <https://www.netflix.com/ar/title/80097321>, (consultado en 2018).

El Comercio. “La muerte Rehtaeh Parsons, una joven que se suicidó tras ser violada y cibercosada, conmociona Canadá”, *El comercio.es* [En línea 11/4/2013]. Disponible en: <http://www.el-comercio.es/20130411/mas-actualidad/sociedad/muerte-rehtaeh-parsons-joven-201304112145.html> (consultado en abril de 2018).

Pantallas Amigas, “Felicia García: una nueva víctima mortal del ciberbullying que fue acosada mediante la difusión de un video sexual”, *Ciberbullying.com* [En línea 31/10/2012]. Disponible en: <http://www.ciberbullying.com/cyberbullying/2012/10/31/felicia-garcia-una-nueva-victima-mortal-del-ciberbullying-que-fue-acosada-mediante-la-difusion-de-un-video-sexual/> (consultado en abril de 2018).

³⁵ Exitoina, “La sueca Alexandra Larsson denuncia extorsión por su video sexual”, *Exitoina*, [En línea 30/12/2012]. Disponible en: <http://exitoina.perfil.com/2012-10-30-132365-la-sueca-alexandra-larsson-tiene-un-video-prohibido/> (consultado en abril de 2018); Ciudad Magazine, “Fátima Florez y su video prohibido: ‘Me arruinaron la vida, pero voy a salir adelante’”, *Ciudad Magazine* [En línea 2/2013]. Disponible en: <http://www.ciudad.com.ar/espectaculos/102281/fatima-florez-video-prohibido-me-arruinaron-vida-pero-voy-salir-adelante> (consultado en abril de 2018); El Intransigente, “‘Me violaron la intimidad’: el llanto de Ivana Nadal en Intrusos al hablar de sus fotos íntimas”, *El Intransigente*. Espectáculo. Famosos [En línea 8/3/2016]. Disponible en: <http://www.elintransigente.com/espectaculo/famosos/2016/3/8/me-violaron-intimidad-llanto-ivana-nadal-intrusos-hablar-fotos-intimas-372143.html> (consultado en abril de 2018).

³⁶ Urgente 24. “El padre de la promotora del video porno amenazó a los pilotos de TC”. *Urgente 24* [En línea 27/9/2016], disponible en: <http://www.urgente24.com/257187-el-padre-de-la-promotora-del-video-porno-amenazo-a-los-pilotos-de-tc> (consultado en abril de 2018); Clarín [En línea 2/10/2016], “Después de un video escandaloso, una familia reza para que el tiempo

con su familia en el más estricto silencio. A diferencia de los pilotos que, en cambio, nunca vieron afectada su vida personal o laboral.

En el marco de este trabajo se llevaron a cabo ocho entrevistas con víctimas de violencia digital. En pos del resguardo de los datos personales de las entrevistadas solo se plasman las principales conclusiones de estas:

- El 63% de las entrevistadas tenía un vínculo previo con el victimario.
- El 75% de las mujeres que sufrieron difusión no consentida de material íntimo sufrieron también sextorsión.
- Solo el 37,5% efectuó una denuncia ante la autoridad pertinente y buscó asesoramiento legal.
- El 50% denunció ante servidores de internet y redes sociales el acoso la extorsión, la difusión de contenido o la suplantación de identidad.
- El 100% de las víctimas ha sufrido consecuencias psíquicas y en su vida social por los hechos.
- El 50% vio afectada su vida laboral y sexual.
- El 37,5% vio afectada su vida académica.
- El 62,5% tuvo menoscabos patrimoniales.
- El 57% de las víctimas no volvieron a practicar *sexting*, reprimiendo esta práctica sexual.
- El 100% de las víctimas que sufrieron difusión no consentida de material íntimo se sintieron discriminadas y revictimizadas por la sociedad.
- El 71% de las víctimas creen que las conductas que sufrieron son una forma de violencia de género.
- El 100% de las entrevistadas consideró que por el solo hecho de ser mujer las consecuencias de la violencia digital serán más gravosas que en un hombre.
- El 100% de las víctimas que denunciaron no obtuvieron respuestas judiciales adecuadas.

La falta de denuncia de las damnificadas surge según su relato del desconocimiento del derecho y los trámites judiciales, de la falta de confianza en soluciones del sistema estatal para proteger a las víctimas y del miedo a la revictimización. Sumado a ello, la circunstancia de tener que solventar un patrocinio letrado y las costas del proceso que incluyen peritos/as informáticos, entre otros gastos, forman una barrera que impide el pleno acceso a la justicia de las agraviadas, por lo que la mayoría resuelve el tema sin intervención judicial o intentan olvidar lo sucedido.

Ello demuestra que la falta de legislación en el tema, la ausencia de políticas públicas, la falta de perspectiva de género de los y las agentes policiales/judiciales son arduos caminos a mejorar en la sociedad argentina para combatir la violencia digital.

pase”, Clarín sociedad, disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/despues-video-escandaloso-familia-tiempo_0_B1A13n6T.html (consultado en abril de 2018).

Asimismo, la fundación Activismo Feminista Digital ha realizado un informe relevo sobre la problemática del acoso virtual de género³⁷, donde dan cuenta de un racconto de casos de violencia digital y una serie de estadísticas altamente enriquecedoras, cuya lectura recomiendo.

9. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL EN LA MATERIA

La sextorsión y la pornovenganza han sido criminalizadas. Algunos de los países que contienen legislación en el tema son Filipinas (precursor en 2009), Australia, Japón³⁸, Nueva Zelanda, Canadá³⁹, Reino Unido⁴⁰, Alemania, España⁴¹, Sudáfrica e Israel que como nota de color considera a los victimarios de la pornovenganza como agresores sexuales⁴². En la mayoría de los Estados de USA existen leyes contra la pornovenganza⁴³ y se está trabajando en una ley federal⁴⁴. Las legislaciones Internacionales son variadas e incluyen penas de prisión, multas dinerarias e, incluso, ya ha habido condenas a prisión por estos

³⁷ Activismo feminista digital. “Informe relevo año 2017: consideraciones, características y datos no oficiales recabados sobre la problemática del acoso virtual de género” [En línea], 21/9/2017, La Plata, consultado en abril de 2018. Disponible en: http://activismofeministadigital.com.ar/wp-content/uploads/informe_relevo_2017.pdf.

³⁸ Impone penas de prisión de hasta tres años y multas de hasta 4.268 dólares para aquellos que distribuyan estos contenidos. Castiga con hasta un año de prisión y sanciones de hasta 2.557 dólares a aquel que facilite material a una tercera persona para que lo distribuya por la red. Y se fuerza a los proveedores de Internet a eliminar en un plazo de dos días los contenidos una vez que estas empresas confirmen que se trata de imágenes de esta naturaleza. Ver en: Clarín. [En línea 20/11/2014], “Aprueban una ley para castigar la ‘Pornovenganza’, *Clarín Sociedad*, disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/Japon-aprobo-castigar-pornovenganza_0_SyRQku5v7g.html (consultado en abril de 2018).

³⁹ Bill c-13. Protecting Canadians from Online Crime Act. Canadá. 9/12/2014.

⁴⁰ Se penaliza hasta con dos años de cárcel a quienes divulguen imágenes o videos sin autorización del titular y con el objetivo de causar daño. HL Bill 49. Criminal Justice and Courts Bill. Section 33. Reino Unido. Abril de 2013. Disponible en: https://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2014-2015/0049/lbill_2014-20150049_en_5.htm#pt1-pb7-l1g33.

⁴¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. art. 197.7 Publicado en BOE. Noviembre 1995 y modificaciones de marzo de 2015.

⁴² “Estipula que aquellos encontrados culpables de la publicación de este tipo de contenidos serán enjuiciados como agresores sexuales con penas de hasta cinco años de prisión, mientras que las víctimas serán reconocidas como víctimas de un delito sexual”, ver: Yifa Yaakov, “Israeli law makes revenge Porn a sex crime”, *The Times of Israel*. [En línea] 6/1/2014. Disponible en: <http://www.timesofisrael.com/israeli-law-labels-revenge-porn-a-sex-crime/> (consultado en abril de 2018).

⁴³ Kelly / Warner Law PLLC (s.f.), “US Revenge Porn Laws: 50 State guides”, *Kelly Warner Law*, recuperado de: <http://kellywarnerlaw.com/revenge-porn-laws-50-state-guide/>.

⁴⁴ MS. HARRIS - MR. BURR - MS. KLOBUCHAR, “Ending Nonconsensual Online User Graphic Harassment Act of 2017” or the “Enough Act”. Senado de los Estados Unidos. Noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.harris.senate.gov/imo/media/doc/The%20ENOUGH%20Act.pdf>.

delitos. En cuanto al acoso virtual en casi todos los Estados de USA⁴⁵ y en Puerto Rico⁴⁶ ya existen leyes, pero apuntan al *ciberbullying* o al *bullying*, y en el ámbito escolar. En España el art. 172 ter del Código Penal⁴⁷ castiga el acoso a través de cualquier medio de comunicación. En la mayoría del mundo el acoso virtual puede ser indirectamente penado a través de figuras penales que se asemejan a un acoso u hostigamiento, como la figura de amenazas. La extorsión también está legislada mayoritariamente a nivel mundial.

10. LEGISLACIÓN ARGENTINA. PROYECTOS DE LEY

La sextorsión como delito se encuentra legislada en el Código Penal, de hecho, se han producido varias detenciones de masculinos por este delito⁴⁸. La difusión no consentida de material íntimo no está legislada para personas mayores de edad y existen varios proyectos de ley en el Congreso de la Nación⁴⁹.

Uno de los proyectos más completos es el presentado por Marina Benítez Demtschenko⁵⁰, que busca tipificar no solo la difusión no consentida de material íntimo, sino también el acoso virtual, estableciendo como agravantes la suplantación de identidad y el hecho de que mediare violencia de género. Asimismo, el proyecto plantea la revisión expresa de las redes sociales en el art. 153 bis.

De los proyectos existentes, el presentado por la senadora Marina Riofrio⁵¹ cuenta con media sanción de la Cámara alta y busca agregar el art. 155 bis al Código Penal, sancionando con entre seis meses y cuatro años de prisión a quien difunda imágenes o videos íntimos de una persona sin su consentimiento,

⁴⁵ Cyberbullying Org (created 2010, updated 2016), Bullying and Cyberbullying Laws, “State Cyberbullying Laws A Brief Review of State Cyberbullying Laws and Policies”. Disponible en: <https://cyberbullying.org/Bullying-and-Cyberbullying-Laws.pdf> (consultado en abril de 2018).

⁴⁶ Ley 85, contra el hostigamiento e intimidación o Bullying del Gobierno de Puerto Rico. Puerto Rico. Aprobada el 7/8/2017.

⁴⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. España. Noviembre 1995 y modificaciones de marzo de 2015.

⁴⁸ Infobae, “La historia del cuartetero cordobés que sedujo y extorsionó a más de 50 mujeres”, *Infobae sociedad*. [En línea]. 9/11/2016]. Disponible en: <http://www.infobae.com/sociedad/2016/11/09/la-historia-del-cuartetero-cordobes-que-sedujo-y-extorsiono-a-mas-de-50-mujeres/> (consultado en abril de 2018). Crónica, “Lo detuvieron por extorsionar a una mujer con viralizar fotos íntimas de ella”. *Crónica Policiales* [En línea]. 28/3/2018. Disponible en: <https://www.cronica.com.ar/policiales/Lo-detuvieron-por-extorsionar-a-una-mujer-con-viralizar-fotos-intimas-de-ella-20180328-0021.html> (consultado en abril de 2018).

⁴⁹ Proyectos de ley Cámara de Diputados: 1061-D-2016, (2016), 5201-D-2015, (2015), 3119-D-2015, (2015), 1002-D-2013, (2013), 0146-D-2013, (2013), 1311-D-2013, (2013), 5893-D-2016 (2016).

⁵⁰ Proyecto de ley Cámara de Diputados 3862-D-2017.

⁵¹ Proyecto de ley Senadores con media sanción del Senado: S-2119/16 (2016).

obligando al delincuente a eliminar el contenido difundido a su costa. Este proyecto fue estudiado en octubre de 2017 en la Cámara baja por la comisión de legislación penal, realizándose distintos cambios: en primer lugar, se ha omitido la obligación de eliminar el contenido difundido a costa del agresor. Se impuso una pena de multa de \$50.000 a \$300.000 para quien difunda material íntimo menoscabando la intimidad de la víctima, y una pena de entre tres meses y tres años de prisión para quien por primera vez transgrede la presunta expectativa de intimidad. El proyecto finalmente obtuvo dictamen⁵², quedando en lista de espera para su tratamiento en el recinto.

En general los proyectos de ley existentes tutelan como bien jurídico protegido la privacidad de las personas. Algunos prevén un agravamiento en las penas para el caso de que el victimario sea o haya sido pareja de la víctima, pero ello lamentablemente no está previsto en el proyecto con dictamen en Diputados, ni en el que ya cuenta con media sanción en la Cámara de Senadores, que sí se destaca por ser el más gravoso en cuanto a la pena de prisión. Ello significa que de aprobarse alguno de los dos proyectos principales, la normativa no tendrá una adecuada y necesaria perspectiva de género.

Además, el proyecto con dictamen en Diputados habla de una acción dañosa que “menoscabe la intimidad de la víctima”, lo que se traduce en posibles pronunciamientos arbitrarios, porque quedará librado a consideración de la Justicia si existió o no un daño sobre la intimidad, teniendo la damnificada que, adicionalmente, convencer al tribunal de que sufrió un deterioro sobre su vida privada, cuando debería pensarse la violación de la intimidad, sin perjuicio de su cuantía.

Por último, es necesario destacar que la divulgación de actividades sexuales o representaciones de genitales con fines sexuales en menores de edad se encuentra ya legislada en el art. 128 del Código Penal, y así también la tenencia y comercialización de dicho material.

En cuanto al acoso virtual existe un proyecto⁵³ con media sanción en la Cámara alta que regula la responsabilidad de los proveedores de Internet frente a la existencia de contenidos que hagan apología de la violencia, discriminación o que atenten contra la vida, el honor, la intimidad o la imagen de una persona. El proyecto de ley considera que los ISP⁵⁴ no son responsables por los daños y perjuicios generados por el enlace o búsqueda de contenidos alojados en sitios de terceros, salvo que siendo debidamente notificados conforme un procedimiento establecido en el mismo proyecto no eliminen el material.

⁵² Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2017. Orden del día N° 1750.

⁵³ Proyecto de ley Senadores con media sanción del Senado: S-1865/15.

⁵⁴ Internet Service Provider/Proveedor de Servicios de Internet.

11. LAS POLÍTICAS DE LAS REDES SOCIALES: POSTURAS ANTE
CIBERDELITOS. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES.
COALICIÓN DE DERECHOS. DERECHO DE EXPRESIÓN
(Marina Demtschenko)

Las distintas plataformas virtuales que presentan esquemas para la interacción entre usuarios dentro de una comunidad digital pretenden mostrar su preocupación en torno a las conductas dañosas que se dan en su seno. Como una forma de evitar la indiferencia, han ido desarrollando herramientas para combatir la violencia digital en todo espectro, poniendo a disposición de lxs usuarixs afectadxs, distintas opciones que consisten desde reportar el contenido que consideran lesivo —o sea, hacerle saber a la empresa que este le afecta en algún sentido—, hasta articular mecanismos de detección temprana de vulneraciones a la imagen o a los datos personales de sus miembrxs.

Esta pretensa evolución por parte de las plataformas ha sido el producto de una demanda acuciante para la intermediación efectiva de las empresas, cuyas maquinarias informáticas multimillonarias nunca cesan en su enriquecimiento patrimonial a costa de nuestra información personal. Por ende, resultan tan solo un parche (y muy poco eficaz): la realidad es que, frente a reportes por difusión no consentida de material íntimo, suplantación de identidad o grupos sexistas creados para perpetrar la violencia, las mujeres no tenemos una respuesta acorde. O sea, las plataformas presentan públicamente “sus nuevas herramientas” para combatir la ciberviolencia, pero a la hora tomar postura optan por la “siempre bien aceptada como argumento” libertad de expresión de los agresores. Esto es una constante con la que las mujeres nos vemos cargadas cuando reportamos contenido. Facebook es una de las redes sociales más indolentes a la hora de dar de baja posts o cuentas de claro tinte misógino o machista online. Y, sin embargo, es una de las que más publicidad mediática tiene en torno a la lucha contra este flagelo.

Lo cierto es que las empresas en cuestión tienen la posibilidad de hacerlo de forma inmediata pero no lo ejecutan porque ello les resulta pérdidas económicas de valor, dado que el contenido misógino, la explotación de la imagen de las mujeres, la violencia de género en todo aspecto y, por sobre todo, la viralización de contenido íntimo, le repercute en las ganancias debido a la interacción masiva de usuarixs y la publicidad que presentan entre ellxs. Esto nos conduce a hablar de por qué aún no se establece unánimemente la “responsabilidad de los ISP”, al menos en nuestro país. Los ISP no solo arbitran el acomodamiento estratégico del contenido que sus usuarixs proporcionan, sino que se enriquecen con él abismalmente. Por ende, no es dable dejarlos fuera de la discusión sobre la perpetración de las distintas formas de violencia digital hacia las mujeres, en donde su permisión resulta “facilitadora” de su existencia. A este respecto, en un reciente trabajo elaborado por Fundación Activismo Feminista Digital, se afirma que

Empresas que se jactan de su pleno dominio de la información, la rapidez e inmediatez de la misma, la precisión y velocidad de sus búsquedas, como lo son las intermediarias de Internet, de repente montan argumentos judiciales defensivos invocando la imposibilidad técnica de filtrar aquellos contenidos ofensivos. Empresas que desarrollan constantemente algoritmos para múltiples fines competitivos, de repente carecen de la posibilidad de utilizarlos para detectar contenido lesivo o impropio en sus plataformas y en grupos en los que resulta palmario el discurso de odio racial y de género; tejen así elaborados y ornamentados discursos de aparente lucha que lejos están de ser reales y eficaces (...) La idea no es condenar a Internet sino hacer hincapié en su potencial para generar daños por algunos modos de su uso, de los cuales los buscadores y demás intermediarios no resultan ajenos. (...) la pregunta que debiéramos hacernos es la siguiente: “¿Hacemos recaer las consecuencias del hecho dañoso sobre la víctima —quien correrá con la parte más pesada del embate en pos de la protección de sus derechos—, o sobre los buscadores que por el diseño de sus motores de búsqueda no sólo han facilitado la generación del daño sino que lo han potenciado a niveles inimaginables?” (...) Sin duda alguna se impone la necesidad de adoptar una previsión legal conforme el ya instalado recorrido internacional; (...) Asimismo debieran coordinarse políticas de cooperación con las grandes plataformas de redes sociales y buscadores a través del ejercicio de ciertos mecanismos de protección. Ello en función de la mayor capacidad técnica revelada por el sector de los ISP para prevenir cualquier hecho criminal o de contenido ilícito o dañoso que en la práctica resulta más funcional que el que pudiera derivar de las actuaciones judiciales, que además sólo van tras las consecuencias de los hechos ya consumados. Para ello, se debe imponer en nuestra legislación, una ejemplar obligación de comportamiento ético y responsabilidad civil y penal para evitar que en sus facultades de controlar el contenido medien excesos que afecten la neutralidad en la red⁵⁵.

La excusa de los ISP en la protección de la libertad de expresión resulta permisiva de los discursos de odio étnico, de género y en general hacia grupos sociales puestos en situación de vulnerabilidad. Entonces, frente a la pretendida defensa de un derecho (la expresión libre) no se toma postura alguna en la salvaguarda del resto de los que se ven vejados. Empresas como Google sostienen que atacar la libertad de expresión contraría los fines para los que se pensó Internet —un terreno de plenas libertades para quienes integrarán activamente la web—, pero lo cierto es que darle un protagonismo irrestricto a aquella solo genera que la comunidad vulnerada inhiba progresivamente su participación, hasta su desaparición como usuarixs, para evitar el caudal ilimitado de violencia.

⁵⁵ ORBEA, María Eugenia - BENÍTEZ DEMTSCHENKO, Marina, “Internet sin mirada de género: el problema de la responsabilidad de ISP”, *Palabras del derecho* [En línea]. 25/1/2018. Disponible en: <http://palabrasdelderecho.blogspot.com.ar/2018/01/internet-sin-mirada-de-genero-el.html>, (consultado en abril de 2018).

La regulación es fundamental, principalmente, porque no hay derecho alguno que pudiera ejercerse con impunidad o en un ejercicio abusivo sin afectar el resto de los derechos en juego, entre ellos, el de poder expresarnos libremente quienes lo hacemos en disidencia del poder hegemónico. Las mujeres en el mundo tenemos un rol pujante en este espectro y, por tal, especialmente indicado para recibir ataques constantes de agresiones y violencia en línea: somos llamadas a ser silenciadas. Por ello creemos que la “libertad de expresión” como argumento en realidad continúa favoreciendo solamente a quienes detentan el poder opresor y les otorga un *bill* de indemnidad que no puede ser sostenido sin poner de relevo que el disciplinamiento es una forma de violencia de género arraigada socialmente y de una naturalización preocupante.

12. HERRAMIENTAS LEGALES ACTUALES

La víctima de violencia digital tiene la posibilidad de interponer una acción de amparo, conforme al art. 43 de la CN o una medida cautelar⁵⁶ para que se remueva el contenido que la afecta, o intentar las respectivas acciones en el fuero civil conforme los arts. 53 y 1770 del CCyC⁵⁷. El primero regula el derecho a la imagen, el segundo no solo protege la vida privada de la persona, permitiendo una acción para el cese de la intromisión, sino que permite una acción por daños y perjuicios para obtener un resarcimiento por la vulneración a la privacidad, siempre que se pueda identificar al victimario.

También el art. 31 de la ley 11.723⁵⁸ prohíbe el comercio del retrato fotográfico sin consentimiento, aunque la acepción “retrato fotográfico” debe interpretarse en un sentido amplio que refiere a la imagen en cualquier soporte y con cualquier finalidad⁵⁹.

La vía penal, salvando la sextorsión, y lo normado por el art. 128 para menores de edad, se torna más difícil mientras no se tipifiquen todas las conductas aquí investigadas. Se suele intentar encuadrar dichos abusos en los delitos de calumnias e injurias, extorsión, amenazas o se utilizan diferentes figuras contra-

⁵⁶ Constitución de la Nación Argentina, ley 24.430. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994).

⁵⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina. Sancionada: 1/10/2014.

⁵⁸ Ley 11.723 - Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina. Sancionada: 26/9/1933.

⁵⁹ Doctrina y jurisprudencia coinciden en tal sentido. Entre otros: ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, CABA, Argentina. Fecha de sentencia: 17/6/2013. Partes: “F., M. B. c. Ideas del Sur Producciones SA y otro s/ daños y perjuicios”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, CABA, Argentina, L. 474.941 del 13/9/2007, “V. T. c. América TV SA”; CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*, 2ª ed., Buenos aires, Astrea, 1995, p. 522.

vencionales⁶⁰ que aluden a hostigamientos o a daños al honor, pero no siempre es suficiente. Lo ideal, repito, es la tipificación de las conductas estudiadas.

Lo cierto es que existen precedentes jurisprudenciales tanto en la vía civil como en la penal en cuanto a medidas cautelares, calumnias e injurias y daños y perjuicios⁶¹, no obstante, los casos ya aludidos, en el título 10, de extorsión.

Los bienes jurídicos cuya tutela se persigue serán la propiedad intelectual del retrato, el derecho a la privacidad, al honor, la integridad física, sexual, psicológica, la libertad, la seguridad, la intimidad, la imagen, los datos personales y, por sobre todas las cosas, el derecho a vivir una vida libre de violencia.

El art. 71 de la ley 11.723 remite a la pena del art. 172 del Código Penal⁶² para quien defraude la propiedad intelectual del retrato fotográfico, comercializándolo sin autorización de su propietaria. El objetivo de esta figura apunta a la explotación comercial de la imagen, pero podría intentarse una acción ante la publicación de la imagen ajena, que exceda el lucro comercial, conforme el sentido amplio que se le otorga al art. 31 de la normativa.

CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías están cambiando nuestra vida. Los abusos informáticos evolucionan más rápido que la legislación, dificultando la persecución de los mismos. Por eso los Estados se encuentran obligados a crear legislaciones adecuadas para frenar los daños colaterales de las TIC.

Repitiendo la pregunta inicial, ¿se puede considerar que la difusión no consentida de material digital íntimo, la sextorsión, la suplantación de identidad y el acoso virtual son un modo de ejercer violencia de género?

La respuesta es sí, si los cuerpos de las mujeres son objetivados y juzgados desde los albores de la humanidad, ¿por qué no lo serían en cada nuevo entra-

⁶⁰ Se destaca el art. 76 del Código Contravencional de Chubut: Art. 76. Qué pena fotografiar a alguien sin autorización, reproducir su imagen o hacerla circular de manera que pueda causar algún daño, de cualquier naturaleza que este fuere. Otras reglamentaciones: Código Contravencional de Salta: art. 48, Código de Faltas de Chaco: art. 61, Código de Faltas de Santa Cruz: art. 2º, Código de Faltas de Córdoba: art. 43, Código Contravencional de Jujuy: arts. 55/56, Código Contravencional CABA: art. 52.

⁶¹ Algunos precedentes jurisprudenciales: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, Argentina, sentencia del 22/12/2017, causa 8671/2016, “Vannucci, María Victoria c. Twitter Inc. s/acción preventiva de daños”; Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 22 de la Capital Federal, Argentina, sentencia del 6/2/2018, actuaciones N° 5270 (19740/2017); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, CABA, Argentina, sentencia del 19/4/2018, “Maiorana Analía c. Yahoo de Argentina SRL y otros s/daños y perjuicios”, expte. 102058/2009.

⁶² “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”. Código Penal de la Nación argentina. Ley 11.179. Boletín Oficial de la República Argentina. Fecha de sanción: 21/12/1984.

mado social que surge?, más aún si se alimenta el machismo, ya existente en la sociedad, con el discurso de odio y el anonimato que la web permite.

A lo largo de este trabajo hemos encuadrado estas conductas criminales como modos de perpetuar la violencia hacia la mujer ya existente en nuestra cultura. ¿Qué soluciones podemos esbozar? Se deben llevar a cabo políticas públicas y, dentro de ellas, principalmente esfuerzos legislativos para identificar y penar los ciberabusos, sumando una concientización sobre el uso responsable y consciente de las nuevas tecnologías y redes sociales, todo ello con la correspondiente perspectiva de género, para evitar la proliferación de nuevas formas de violencia contra la mujer, generadas por las conductas que aquí se analizaron.

Es un desafío arduo, la violencia de género es un mal presente a nivel mundial, y se van sumando nuevas formas de ejercerla. La ciudadanía debe asumir el compromiso de no contribuir con la perpetuación de estos crímenes. La mejor manera de colaboración es simple: no violentar a personas valiéndose de los medios digitales, no difundir contenidos íntimos de terceros/as, y no juzgar a esos terceros/as por sus elecciones privadas.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES/AS CONSULTADOS/AS

- CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*, 2ª ed., Astrea, 1995, p. 522.
- ESTRADA GARAVILLA, Miguel, “Delitos informáticos”, México. (s.f.). Consultado en abril de 2018. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/articulos/a_20080526_32.pdf.
- FERNÁNDEZ, Cristian (s.f.), “Daños: Difusión de la imagen de una persona sin su consentimiento”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/02/doctrina44898.pdf>.
- GARCÍA, Felicia, “Una nueva víctima mortal del *ciberbullying* que fue acosada mediante la difusión de un vídeo sexual”, *Ciberbullying.com*, 31/10/2012, disponible en: <http://www.ciberbullying.com/cyberbullying/2012/10/31/felicia-garcia-una-nueva-victima-mortal-del-ciberbullying-que-fue-acosada-mediante-la-difusion-de-un-video-sexual/> (consultado en abril de 2018).
- JIMÉNEZ CANO, Rosam, “El rey del porno vengativo, condenado a dos años de cárcel”, *El país*, 7/12/2015, disponible en: https://elpais.com/internacional/2015/12/05/estados_unidos/1449298747_554805.html (consultado en abril de 2018).
- KELLY / WARNER LAW PLLC (s.f.), “US Revenge Porn Laws: 50 State guide”, Kelly Warner Law. Recuperado de: <http://kellywarnerlaw.com/revenge-porn-laws-50-state-guide/>.
- MÉNDEZ, Manuel Ángel, “18 años de cárcel para el administrador de una página de *revenge porn*”. Disponible en: <http://es.gizmodo.com/18-anos-de-carcel-para-el-administrador-de-una-pagina-d-1695661923>.

- MONTIEL JUAN, Irene, “Cibercriminalidad social juvenil”: la cifra negra. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2016 (junio), disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78846481008> (consultado el 16/4/2018).
- MS. HARRIS - MR. BURR - MS. KLOBUCHAR, “Ending Nonconsensual Online User Graphic Harassment Act of 2017” or the “Enough Act”, Senado de los Estados Unidos, noviembre de 2017, disponible en: <https://www.harris.senate.gov/imo/media/doc/The%20ENOUGH%20Act.pdf>.
- NOVOA FOGLIO, Armando, “El efecto internet. *Sexting*. Cuando la diversión se convierte en delito”, México, Año 2, N° 2. (s.f.). Citado en abril de 2018, pp. 7 a 9. Disponible en: http://asi-mexico.org/sitio/archivos/Revista_baja_Sexting_5.pdf.
- NYST, Carly. Asociación para el Progreso de las Comunicaciones, “Basta de violencia: derechos de las mujeres y seguridad en línea Tecnología y violencia contra las mujeres: tendencias recientes en la legislación” (mayo de 2014). Disponible en: http://www.genderit.org/sites/default/upload/apc_flowresearch_cnyst_legtrend_sp_20141030.pdf.
- PACHECO, Ana, “Tetas y chistes machistas: el asqueroso mundo de los grupos de Whatsapp de tíos”, *Broadly*, 9 de enero de 2017. Citado en abril de 2018. Disponible en: <https://broadly.vice.com/es/article/whatsapp-hombres-grupos-chistes-porno>.
- ORBEA, María Eugenia - BENÍTEZ DEMTSCHENKO, Marina. “Internet sin mirada de género: El problema de la responsabilidad de ISP” [En línea], 25/1/2018. Disponible en: <http://palabrasdelderecho.blogspot.com.ar/2018/01/internet-sin-mirada-de-genero-el.html>.
- RUIZ FERNÁNDEZ, Margarit, “Sexismo en línea. Whatsapp, nuevo mecanismo de reproducción del sexismo” (febrero 2016). Disponible en: https://www.dipujaen.es/export/sites/default/galerias/galeriaDescargas/diputacion/dipujaen/igualdad-bienestar_social/centrodocumental/Libro_Sexismo_en_Linea.pdf.
- VARGAS DE BREA, Paula, “La regulación de la pornografía no consentida en la Argentina” (diciembre de 2015). Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/Paper-regulacion-pornografia.pdf>.
- YAAKOV, Yifa, “Israeli law makes revenge Porn a sex crime”. *The Times of Israel*, 6/1/2014. Consultado en abril de 2018. Disponible en: <http://www.timesofisrael.com/israeli-law-labels-revenge-porn-a-sex-crime/>.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997.

LEYES NACIONALES Y EXTRANJERAS

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Ley 26.994. Publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina. Sancionada: 1/10/2014.

- CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ley 11.179. Boletín Oficial de la República Argentina. Fecha de sanción: 21/12/1984.
- CONSEJO DE EUROPA. Hungría. Budapest. 23/11/2001.
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ley 24.430. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina (Sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994).
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN. Sesiones ordinarias 2017. Orden del día N° 1750.
- Ley 11.723 - Régimen Legal De La Propiedad Intelectual. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina Sancionada: 26/9/1933.
- Ley 23.179. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Sancionada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 34/180, del 18/12/1979. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina y promulgada en 27/5/1985.
- Ley 24.632. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - “Convención de Belem do Pará”. Suscripta en Belem do Pará, República Federativa Del Brasil, el 9/6/1994. Publicada en el Boletín oficial de la República Argentina y promulgada el 1/4/1996.
- Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina, 11/3/2009. Promulgada de hecho: 1/4/2009.
- Ley 85, contra el Hostigamiento e Intimidación o *Bullying* del Gobierno de Puerto Rico. Puerto Rico. Aprobada el 7/8/2017.
- Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 197.7 Publicado en BOE. Noviembre 1995 y modificaciones de marzo de 2015.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. España. Noviembre 1995 y modificaciones de marzo de 2015.
- Proyecto de ley Cámara de Diputados 3862-D-2017.
- Proyecto de ley Senadores con media sanción del Senado: S-1865/15.
- Proyecto de ley Senadores con media sanción del Senado: S-2119/16 (2016).
- Proyectos de ley Cámara de Diputados: 1061-D-2016 (2016), 5201-D-2015 (2015), 3119-D-2015 (2015), 1002-D-2013 (2013), 0146-D-2013 (2013), 1311-D-2013 (2013), 5893-D-2016 (2016).
- Bill c-13. Protecting Canadians from Online Crime Act. Canadá. 9/12/2014.

JURISPRUDENCIA

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II. Argentina. Sentencia del 22/12/2017. Causa N° 8671/2016, “Vannucci, María Victoria c. Twitter Inc. s/acción preventiva de daños”.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, CABA. Argentina. Sentencia del 19/4/2018, “Maiorana Analía c. Yahoo de Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios”, expediente N° 102058/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B. CABA. Argentina. L. 474.941 del 13/9/2007, “V. T. c. América TV SA”.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G. CABA. Argentina. Fecha de sentencia: 17/6/2013. Partes: “F., M. B. c. Ideas del Sur Producciones SA y otros/daños y perjuicios”.

Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 22 de la Capital Federal. Argentina, actuaciones N° 5270 (19740/2017). Sentencia del 6/2/2018.

SITIOS DE INTERNET

ACTIVISMO FEMINISTA DIGITAL, “Informe relevo año 2017: consideraciones, características y datos no oficiales recabados sobre la problemática del acoso virtual de género”, 21/9/2017, La Plata. Disponible en: http://activismofeministadigital.com.ar/wp-content/uploads/informe_relevos_2017.pdf (consultado en abril de 2018).

AMANDA TODD LEGACY SOCIETY (s.f.), “Amanda Todd Legacy Official Site” Disponible en: <http://www.amandatodddlegacy.org/contact.html>.

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, con la colaboración de la Fundación Activismo Feminista Digital. “Estado de la violencia online contra las mujeres en Argentina”, noviembre de 2017, pp. 50 a 54. Disponible en: <https://activismofeministadigital.org/wp-content/uploads/ADC-violencia-contra-mujeres-en-AR-ONU-1.pdf>.

BATHORY, Erzebeth (2012, octubre, 13), “Amanda Todd’s story (subtítulos en español)” [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=NaVoR51D1sU>.

CIBERBULLYING ORG (created 2010, updated 2016) Bullying and Cyberbullying Laws. “State Cyberbullying Laws A Brief Review of State Cyberbullying Laws and Policies” Disponible en: <https://cyberbullying.org/Bullying-and-Cyberbullying-Laws.pdf>.

CIUDAD MAGAZINE, “Fátima Florez y su video prohibido: “Me arruinaron la vida, pero voy a salir adelante”, *Ciudad Magazine*, 1/2/2013, disponible en: <http://www.ciudad.com.ar/espectaculos/102281/fatima-florez-video-prohibido-me-arruinaron-vida-pero-voy-salir-adelante> (consultado en abril de 2018).

CLARÍN, “Aprueban una ley para castigar la “Pornovenganza”, *Clarín*, 20/11/2014, disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/Japon-aprobo-castigar-porno-venganza_0_SyRQku5v7g.html (consultado en abril de 2018).

CLARÍN, “Después de un video escandaloso, una familia reza para que el tiempo pase”, *Clarín* sociedad, 2/10/2016, disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/despues-video-escandaloso-familia-tiempo_0_B1A13n6T.html (consultado en abril de 2018).

- COHEN, B. - DOSA, S. - BERGE, R. (Productores) - COHEN, B. - SHENK, J. (Directores) (2016), “Audrie & Daisy. Shame is Trending”, Estados Unidos, AfterImagePublic Media, en asociación con ImpactPartners y Actual Films. Disponible en: <https://www.netflix.com/ar/title/80097321>.
- CRÓNICA. “Lo detuvieron por extorsionar a una mujer con viralizar fotos íntimas de ella”, *Crónica*, 28/3/2018. Disponible en: <https://www.cronica.com.ar/policiales/Lo-detuvieron-por-extorsionar-a-una-mujer-con-viralizar-fotos-intimas-de-ella-20180328-0021.html> (consultado en abril de 2018).
- EL COMERCIO. “La muerte Rehtaeh Parsons, una joven que se suicidó tras ser violada y ciberacosada, conmociona Canadá”, *El Comercio.es*, 11/4/2013, disponible en: <http://www.elcomercio.es/20130411/mas-actualidad/sociedad/muerte-rehtaeh-parsons-joven-201304112145.html> (consultado en abril de 2018).
- EL INTRANSIGENTE. “Me violaron la intimidad”: el llanto de Ivana Nadal en Intrusos al hablar de sus fotos íntimas”, *El intransigente*, 8/3/2016, disponible en: <http://www.elintransigente.com/espectaculo/famosos/2016/3/8/me-violaron-intimidad-llanto-ivana-nadal-intrusos-hablar-fotos-intimas-372143.html> (consultado en abril de 2018).
- EXITOINA. “La sueca Alexandra Larsson denuncia extorsión por su video sexual”, *Exitoina*, 30/12/2012, disponible en: <http://exitoina.perfil.com/2012-10-30-132365-la-sueca-alexandra-larsson-tiene-un-video-prohibido/> (consultado en abril de 2018).
- INFOBAE (marzo 2017). “‘Porno-venganza’, la repudiable práctica que casi todos aprueban”. <http://www.infobae.com/tendencias/2017/03/08/porno-venganza-la-repudiable-practica-que-casi-todos-aprueban/>.
- INFOBAE (9/11/2016), “La historia del cuartetero cordobés que sedujo y extorsionó a más de 50 mujeres”, *Infobae sociedad*, disponible en: <http://www.infobae.com/sociedad/2016/11/09/la-historia-del-cuartetero-cordobes-que-sedujo-y-extorsiono-a-mas-de-50-mujeres/> (consultado en abril de 2018).
- “Campaña: Pensar antes de sextear. 10 razones para no realizar *sexting*”, México (s.f.). Citado en abril de 2018 Disponible en: <http://www.pensarantesdesextear.mx/prevencion-10-razones-no-sexting>.
- PANTALLAS AMIGAS. “Campaña: ¿has decidido sextear? Decálogo para el *sexting* seguro”, México. (s.f.). Citado en abril de 2018. Disponible en: <http://sextingseguro.com/consejos-sextear-nudes-con-menos-riesgos>.
- PENSAMIENTO COLECTIVO (febrero 2016), “Campaña #YoRespeto”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=tWHbE5cLpds>.
- PLAN INTERNATIONAL AUSTRALIA AND OUR WATCH SURVEY. “Don’t send me that pic”, Australia, marzo 2016. Citado en abril de 2018. Disponible en: https://issuu.com/planaustralia/docs/plan_our_watch_report_final.

STATISTIC BRAIN RESEARCH INSTITUTE. “Sexting Statistics”, Estados Unidos, April 26, 2017. Citado en abril de 2018. Disponible en <http://www.statisticbrain.com/sexting-statistics/>.

THE ASSOCIATED PRESS (3/2/2017), “Aydin C. Trial: Accused In Amanda Todd Cyberbullying Case Gets 11 Years In Dutch Prison. En Huff Post”, citado en abril de 2018. Disponible en: http://www.huffingtonpost.ca/2017/03/16/aydin-c-trial_n_15403720.html.

THESOMEBODYTOKNOW. Usuario de Youtube (7/9/2012). “My story: Struggling, bullying, suicide, self harm”. [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=vOHXGNx-E7E>.

URGENTE 24. “Sangre en las redes sociales: El suicidio de Tiziana”, *Urgente 24*, 16/9/2016. Citado en abril de 2018. Disponible en: <http://www.urgente24.com/256821-sangre-en-las-redes-sociales-el-suicidio-de-tiziana>.

— “El padre de la promotora del video porno amenazó a los pilotos de TC”, *Urgente 24*, 27/9/2016. Consultado en abril de 2018. Disponible en: <http://www.urgente24.com/257187-el-padre-de-la-promotora-del-video-porno-amenazo-a-los-pilotos-de-tc>.

Recepción: 28/4/2018

Finalización: 6/6/2018

ATAQUES A LA LIBERTAD.
VIOLENCIA DE GÉNERO ECONÓMICO-PATRIMONIAL
CONTRA LAS MUJERES

Por CLAUDIA HASANBEGOVIC*
Copyright © todos los derechos reservados**

Resumen:

La violencia de género económico-patrimonial contra la mujer y sus hij@s es un tema que, tanto a nivel internacional como nacional está adquiriendo visibilización a través de investigaciones especialmente desde fines de la década de los años 1990 y comienzos de los años 2000. Argumento que este tipo de violencia de género constituye un ataque a la libertad de las mujeres, ya que violenta su autonomía económica, la cual es fundamental para permitirle vivir una vida plena y sin violencia. En este trabajo presento el estado de arte compuesto de estudios internacionales y nacionales, y analizo la incipiente jurisprudencia argentina dictada en la materia en el contexto de los estándares jurídicos internacionales de derechos humanos y de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos donde Desarrollan sus Relaciones Interpersonales. De la literatura y de la jurisprudencia específica se observa que la violencia de género económico-patrimonial es instrumentada por los agresores (ex parejas) de las mujeres para continuar con su control y dominio sobre la mujer una vez finalizada la relación, y que se expresa en maniobras fraudulentas, manipulaciones de las pruebas y de los procesos judiciales, y suele involucrar a terceras personas que participan de estas conductas en perjuicio de las exparejas mujeres, y de las/os hijas/os del agresor.

* Abogada y científica social, Ph.D. en Políticas Sociales por la Universidad de Kent en Canterbury, MA en Mujer y Desarrollo por el Instituto de Estudios Sociales en La Haya, Diploma en Género por la Universidad Internacional de la Mujer, Hanover, Alemania, investigadora de Crímenes Sexuales y de Género como Crímenes Internacionales, y mediadora (CPACF). Actualmente ejerce la abogacía, la docencia y es consultora internacional en género y políticas públicas sobre violencia de género. Sitio web: www.claudiahasanbegovic.com. La autora agradece a la Dra. Diana Maffia por su invitación a contribuir con esta publicación y por convocarla año tras año a participar como docente del Postgrado en Actualización en Género y Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. También desea agradecer a las doctoras y el doctor Silvia Dingreville, Viviana De Souza y Juan Pablo María Viar, y Úrsula Moreyra por compartir la jurisprudencia utilizada para este artículo.

** Inscripto en el Registro de Derechos de Autor: RE-2017-24056731-APN-DNDA#MJ, octubre 2017.

Lograr un efectivo freno a la violencia de género económico-patrimonial requiere de la actitud judicial comprometida y creativa, que utilice ampliamente el marco normativo nacional, procesal local e internacional.

Palabras clave:

Violencia basada en el género, violencia doméstica, violencia económico-patrimonial, ley 26.485, jurisprudencia.

ATTACKS AGAINST FREEDOM.
ECONOMIC-PATRIMONIAL GENDER-BASED
VIOLENCE AGAINST WOMEN

Abstract:

Economic and patrimonial violence against women and their children is an issue that research is making visible, both at the international and national levels. This is true, in particular since the end of 1990s and beginning of 2000s. I argue that this type of gender-based violence constitutes an attack to women's freedom, since economic and patrimonial gender violence hinders women's economic autonomy, which is fundamental for them to carry out their lives in a fulfilling way and free from violence. In this essay, I present the state-of-the-art by reviewing international and national studies, and I analyse the emerging Argentinian case-law on this matter in light of international human rights standards and National Act 26.485 on comprehensive protection to prevent, sanction and eradicate violence against women where they develop their inter-personal relations. From the specific literature and case-law it stems that economic-patrimonial gender-based violence is used by male aggressors (former partners) to continue exerting control and power over women after their relationships have concluded. Furthermore, this type of violence is exercised through fraudulent manoeuvres and the manipulation of legal evidence and judicial proceedings, usually involving third parties in conducts that damage the aggressors' former female partners and their children. This exploration points out that to achieve an effective halt to economic-patrimonial gender-based violence, the Courts have to conduct the proceedings in a creative and committed way, employing all the legal tools provided by the national, local and international legal framework.

Keywords:

Gender-based violence, domestic violence, economic-patrimonial violence, act 26.485, case-law.

INTRODUCCIÓN

La violencia de género contra las mujeres es una epidemia a nivel mundial que ha sido estudiada bajo cambiantes nombres¹ desde comienzos de los años 1970 en adelante. Sin embargo, fue gracias al impulso que este tema adquirió en la agenda internacional de derechos humanos en los años 1990 que este flagelo privado, social, de salud, criminológico y de derechos humanos comenzó a visibilizarse como una forma de violación a los derechos humanos de las mujeres en todas sus diversidades.

Los primeros estudios sobre violencia de género contra las mujeres surgieron en Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia, Canadá², y se centraron en la violencia física y sexual, mientras que no se distinguía entre “tácticas de abuso económico” o “violencia económica”³. En la Argentina, se identificó la “violencia económica que podía infligir un miembro de la familia a otro” en 1995 con la sanción de la ley 24.417 de “Prevención de la Violencia Familiar”. Este ha sido un hito importante, aun cuando dicha norma es género neutra, sin perspectiva de género que permita identificar la asimetría de poder de género —y por generaciones— como causa en la dinámica de la violencia familiar.

En 1999, mientras realizaba mi investigación de doctorado sobre la respuesta estatal a la violencia doméstica contra la mujer en Gran Bretaña, me resultaba difícil transmitir el concepto de “violencia económico-patrimonial en el ámbito doméstico” a la audiencia inglesa. La existencia de una red de subsidios y la subrogación que hace el Estado sobre las obligaciones alimentarias de los padres que no pasan alimentos a sus hijos —habitual en los llamados “Estados de bienestar”—, coadyuvó a esa dificultad de comprensión de la violencia de género económica hacia las mujeres en contextos culturales, sociales y jurídicos diferentes. Tal vez esa haya sido la razón por la cual recién en la década del 2000 se comenzará en los países mencionados a estudiar en forma sistemática

¹ La “violencia de género contra la mujer en las relaciones de pareja” (nombre identificado por la N° 35 recomendación general de 2017, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Hacia la Mujer y que utilizo en este capítulo, ha sido nombrada en distintas épocas y latitudes, como: “violencia familiar”, “violencia doméstica”, “violencia conyugal”, “violencia masculina en la pareja”, “violencia de género”, ver Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón contra la mujer, actualiza la recomendación general N° 19, CEDAW/C/GC/35, 14/7/2017.

² HASANBEGOVIC, Claudia, *Informe de consultoría: asistencia técnica especializada para el diseño de una guía de instalación para casas de medio camino para mujeres en situación de violencia doméstica*, INMUJERES, Ministerio de Desarrollo Social de la República Oriental del Uruguay, abril 2014 (mimeo) del total de documentos, informes, y libros sobre violencia doméstica y vivienda que hallé por Internet, provenían de los cinco continentes. No obstante ello, el 68% (103 de 155) de dicho material estaban originados en Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia y Canadá.

³ Proyecto de Intervención en Violencia Doméstica de Duluth, Minnesota, *Rueda de Poder y Control*, disponible en: <https://www.theduluthmodel.org/product/poder-y-control-wheel-poster/> [Consultado el 15/4/2018].

e identificar la violencia doméstica económica como una forma específica de violencia, desarrollándose un creciente cuerpo de estudios multidisciplinarios⁴ que presentaré en la siguiente sección de este trabajo juntamente con los estudios específicos desarrollados en nuestro país⁵.

En 2009, con la ley 26.485 de *protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales*⁶ (en adelante ley 26.485), Argentina profundizó la normativa sobre violencia económica, ampliándola al contexto de la violencia de género, donde la asimetría de poder basada en el género y generaciones es clave en la producción, dinámica y reproducción de la violencia; destacando su naturaleza violatoria a los derechos humanos. Su decreto reglamentario 1011/2010⁷ agregó que la falta de satisfacción de los/as niños/as menores a cargo de la mujer constituye violencia económica hacia la madre.

No obstante este importantísimo desarrollo normativo, he constatado que aún persisten obstáculos para visibilizar la violencia económico-patrimonial presente en las denuncias pidiendo medidas cautelares por violencia de género; en los juicios de divorcio; en las demandas de alimentos; en los procesos de liquidación de sociedad conyugal; en las denuncias penales por daños, hurtos, defraudaciones, estafas; por inasistencia alimentaria; en las mediaciones por temas familiares y patrimoniales; entre otras. También encontré problemas con los enfoques de las investigaciones donde se requiere la aplicación sistemática

⁴ JAFFE, Peter - G. CROOKS, Claire V. - POISSON, Samantha E., “Common Misconceptions on Domestic Violence in Child Custody Disputes”, *Juvenile and Family Court Journal*, vol. 54, N° 4, otoño, 2003, pp. 57-68; ADAMS, Adrienne - TOLMAN, Richard M. - BYBEE, Deborah - SULLIVAN, Chris M. - KENNEDY, Angie C., “The Impact of Intimate Partner Violence on Low-Income Women’s Economic Well-Being: The Mediating Role of Job stability”, *Violence against Women*, vol. 18, 17/2/2013, pp. 1345-1367; ADAMS, Adrienne - SULLIVAN, Chris M. - BYBEE, Deborah - GREESON, M. R., “Development of the scale of economic abuse”, *Violence against Women*, vol. 14, N° 5, 1/5/2008, pp. 563-588; PRZEKOP, Mary, “One More Battleground: Domestic Violence, Child Custody, and the Batterers’ Relentless Pursuit of their Victims through the Courts”, *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 9, N° 2, art. 14, primavera/verano de 2011, pp. 1052-1106; MCDONALD, Fiona, *Spotlight on economic abuse: a literature and policy review*, Collingwood. Good Shepherd Youth and Family Service and Kildonan Uniting Care, 2012, s/l, p. 69; HART, Barbara J. - HART, J. D. - KLEIN, Andrew R., *Practical Implications of Current Intimate Partner Violence Research for Victims Advocates and Service Providers*, US Department of Justice, 2013, s/l, p. 260.

⁵ HASANBEGOVIC, Claudia - OLIVA, Rocío B. - CYMERMAN, Carolina, “Varones violentos/Estado negligente: el tortuoso camino de exigir alimentos para los(as) hijos(as) en Buenos Aires”, en LANARI, María Estela - HASANBEGOVIC, Claudia (comps.), *Mujeres de Latinoamérica: el presente en veintidós letras*, Mar del Plata: Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata, 2015, pp. 53-100.

⁶ Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos donde Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, sancionada el 11/3/2009, y publicada en el Boletín Oficial el 14/4/2009.

⁷ Dec. 1011/2010, reglamentación de la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, publicado en el Boletín Oficial el 20/7/2010, N° 31.947, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169478/norma.htm>.

de la perspectiva de género y, a la vez, es menester involucrar la interdisciplinariedad⁸. Otro nudo crítico es la necesidad de analizar las violencias de género contra las mujeres de manera holística, integrando varias modalidades que confluyen en la violencia económico-patrimonial como, por ejemplo, el no pago de alimentos y la gestión de sus reclamos (civil, penal, mediación). En el no pago de alimentos se pueden observar la violencia de género económico, psicológica, e institucional, tanto en forma directa como indirecta⁹. En esta materia, encuentro también otras dificultades relativas al marco normativo y a los procedimientos judiciales y de mediación; es aquí donde se observan estereotipos y patrones de género sexistas que influyen en las interpretaciones jurídicas que realizan las/os operadoras/es jurídicos y funcionarias/os judiciales y/o de mediación; la coexistencia de normas nacionales en desarmonía entre ellas, y sin armonizar con las convenciones internacionales de derechos humanos¹⁰.

Ante este panorama resulta promisorio ver en Argentina desde hace algunos años y fundamentalmente desde el año 2016 un desarrollo jurisprudencial que conceptualiza diversas expresiones de violencia económico-patrimonial contra las mujeres, aplica la perspectiva de género a la interpretación de los casos, hechos y delitos denunciados y fundamentan sus decisiones en la normativa internacional más avanzada en materia de derechos humanos de las mujeres. En este trabajo analizaré algunos de los fallos más importantes que ha dictado la justicia argentina hasta el presente en esta materia, resaltando las buenas prácticas que surgen de ellos.

He sostenido en trabajos anteriores¹¹ que la violencia de género económico-patrimonial es una forma de violencia de género y una violación a los derechos humanos de las mujeres y sus hijxs, que es utilizada por las parejas violentas tanto durante la relación como con posterioridad a la misma de distintas formas. Por ejemplo, los agresores continúan ejerciendo la violencia una

⁸ Por ejemplo, en los estudios sobre género y pobreza, si bien utilizan la perspectiva de género suelen olvidar aspectos jurídicos importantes, ya que los hogares monomarentales, suelen tener un padre que no pasa alimentos para los hijos/as menores a cargo, y que este factor favorece la pobreza y problemas económicos en que se encuentran estas familias; como ha sido identificado en estudios previos, tales como TÓFALO, Ariel - SCARDINO, Marisa, "Hogares a cargo de madres solas (hogares monoparentales). Un estudio socio-jurídico", en GROSSMAN, Cecilia (dir.) - HERRERA, Marisa (comp.), *Familia monoparental*, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, cap. II, pp. 111-175.

⁹ Art. 4º de la ley 26.485; HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, "Varones violentos...", ob. cit.

¹⁰ A modo de ilustración la Ley de Mediación 26.589 establece la mediación obligatoria en todos los temas patrimoniales de familia, sin mencionar aquellos asuntos que emergen de situaciones de violencia de género, y ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, que en su art. 28 *in fine* prohíbe las mediaciones en casos de violencia contra las mujeres en HASANBEGOVIC, Claudia, "Alimentos a cargo del padre. Violencia patrimonial contra mujeres y niñas(os) y Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación", en *El Reporte Judicial*, Revista del Tribunal Superior de Justicia de Chubut, N° 28, 2013, pp. 72-85.

¹¹ HASANBEGOVIC, Claudia, "Alimentos a cargo del padre...", ob. cit.; HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, "Varones violentos...", ob. cit.

vez separados a través del no pago o pago intermitente de los alimentos para los hijxs, y/o realizando maniobras fraudulentas tendientes a hacer imposible la ejecución de sentencias de alimentos y que, muchas veces, constituyen deliberadas “manipulaciones de los procesos judiciales” que hacen los agresores. Estas conductas constituyen violencia de género económico-patrimonial contra la mujer y pueden tener todos o alguno de los siguientes objetivos: controlar a las mujeres, castigarlas, beneficiarse de ellas, impedirles desarrollarse, obligarlas a regresar con los agresores, hacerlas desistir de los pleitos iniciados en su contra.

Propongo también que esta forma de violencia de género es un ataque a la libertad de las mujeres, ya que atenta contra su autonomía económica y su autonomía en la toma de decisiones¹². Sumo a este argumento que la violencia de género económico-patrimonial tiene una relación íntima con la pobreza¹³ de las familias monomarentales¹⁴ y con las exigencias de transferencias financieras del Estado hacia estos hogares. Los impactos de la violencia económica constituyen un obstáculo para el desarrollo no solamente de las mujeres y de los/as niños/as, sino también de toda la sociedad.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuó un estudio estadístico de los tipos de violencia observada en esa dependencia en el período comprendido entre los años 2008 y 2016 y arrojó como resultados que “la violencia económica ocupa un lugar importante (entre un 30 y 40% de los casos) precedida en primer lugar por la violencia psicológica (90%), la violencia física (entre 60 y 70%), la violencia ambiental (40%) y la simbólica (60%)”¹⁵.

En tanto que las denuncias por el delito de inasistencia alimentaria (ley 13.944)¹⁶, que recibe la justicia contravencional y penal de la Ciudad Autóno-

¹² CEPAL, *La autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de desarrollo sostenible*, ONU, CEPAL.XIII, Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Montevideo, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2016, p. 184.

¹³ HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, “Varones violentos...”, ob. cit. En el estudio de TÓFALO, Ariel - SCARDINO, Marisa, “Hogares a cargo...”, estas/os autoras informaron que el 25% del total de 212 mujeres jefas de hogar entrevistadas, el 26% mantenía a sus hijxs y a si misma exclusivamente con ingresos propios, en tanto que en el restante 74%, lo hacían con ingresos mixtos (de ingresos propios sumados a dinero que les daban sus familias de origen (45%), y de ingresos propios más alimentos enviados por el padre de sus hijos (38%). “Sin embargo, (...) la mitad de las mujeres entrevistadas afirmaron que no reciben dicha cuota o bien la perciben en forma irregular. (...) el nivel social de las madres discrimina su posibilidad de recibir este aporte alimentario, ya que entre las madres de nivel bajo y medio la percepción de la cuota alimentaria es mucho menos frecuente que entre las de nivel socio-económico alto” (...) (pp. 124, 125, 170).

¹⁴ Dado que la mayoría de los hogares con jefatura única se hallan a cargo de madres, sigo la tendencia iniciada por Lupita (2010 en HASANBEGOVIC, Claudia, “Alimentos a cargo...”, ob. cit.) de utilizar el término *monomarental*, en vez de *monoparental*.

¹⁵ Información citada por el Dr. Hornos en su voto en la causa “Reyes, Eduardo Ángel s/delito de acción pública”, sentencia del 30/12/2016, causa CFP 8676/2012/1/CFC1, Cámara Federal de Casación Penal, CABA, sala 1ª, voto del Hornos.

¹⁶ Ley 13.944 Penalidades por Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, sancionada el 15/9/1950, publicada en el Boletín Oficial el 3/11/1950.

ma de Buenos Aires, es de aproximadamente 400 denuncias por año, y en el 70% se han identificado indicadores de violencia doméstica¹⁷. Considero que el fenómeno de la violencia económico-patrimonial contra mujeres y sus hijos/as debe ser debidamente estudiado y explorado a fin de diseñar estrategias efectivas de intervención con los agresores, y políticas públicas y sociales destinadas a empoderar económicamente a las jefas de hogar, y garantizar su autonomía económica.

Organizo este artículo en cinco secciones, 1. Estudios sobre la violencia de género económico-patrimonial; 2. Marco normativo; 3. Avances jurisprudenciales; 4. Conclusión y recomendaciones, y cierro este con un listado de la bibliografía consultada.

1. ESTUDIOS SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO ECONÓMICO-PATRIMONIAL¹⁸

En 1994 la “Rueda de Poder y Control” del Proyecto de Intervención en Violencia Doméstica de Duluth¹⁹, en Minnesota, Estados Unidos describió el abuso económico, como una de las “tácticas de control y poder” que ejercen los hombres agresores sobre sus parejas mujeres. En años más recientes se investigó e identificó la diferencia entre las “tácticas de control” y la “violencia económica” y determinaron que esta tiene entidad propia, y que genera consecuencias específicas en las vidas de las mujeres que la sufren²⁰. Es ilustrativo el estudio de Adams y sus colegas publicado en 2008, el que sobre una muestra de 103 mujeres halló que el maltrato económico es una forma de violencia específica y común; y que el control económico es distinto de la explotación económica, y ambos tienen consecuencias distintas en la predicción de las privaciones económicas. En Gran Bretaña, el estudio de Nicola Sharp²¹ halló que el uso de la violencia económica refuerza y a veces se superpone con otros tipos de control, brindando una herramienta adicional a través de la cual ejercer las violencias

¹⁷ Comunicación de la autora con el área de Estadísticas de Gob. CABA Fiscalías, en agosto 2013 y citado en HASANBEGOVIC, Claudia, *et al.*, ob. cit., p. 69.

¹⁸ En esta sección presento un recorrido por algunos de los estudios sobre violencia de género contra la mujer en su modalidad de violencia económico-patrimonial, sin reclamar exhaustividad, ni representatividad, al solo efecto de mostrar —dentro de los límites previstos para este trabajo— el estado del arte en esta materia.

¹⁹ Proyecto de Intervención en Violencia Doméstica de Duluth, Minnesota, *Rueda de Poder y Control*, ob. cit.

²⁰ MATHISEN STYLIANOU, Amanda - POSTMUS, Judy L. - MCMAHON, Sarah, “Measuring Abusive Behaviours, Is Economic Abuse a Unique Form of Abuse?”, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 28, N° 16, noviembre de 2013, pp. 3186-3204; ADAMS, Adrienne *et al.*, “Development of the scale...”, ob. cit.

²¹ SHARP, Nicola, *‘What’s yours is mine’: the different forms of economic abuse and its impact on women and children experiencing domestic violence*, Londres, Refuge, 2008, p. 48.

contra la mujer. Por lo tanto, no sorprende que la experiencia de violencia económica fuera a menudo descripta [por las mujeres entrevistadas] como una forma de abuso “constante”²².

Asimismo, la investigadora Sharp halló cuatro tipos de violencia económica en su trabajo, a saber: 1) *interferir con la educación y el empleo* y 2) *el agresor generó costos económicos para las mujeres*, los cuales se encontraron predominantemente entre las mujeres más jóvenes [18-24 años] y de mujeres de minorías étnicas. En tanto que 3) *tener el acceso controlado a recursos económicos*, y 4) *rehusar contribuir con los costos de mantenimiento del hogar y al cuidado de las/os hijas/os* fue encontrado en mayor medida en las mujeres mayores [25-34 años], se observaron con menor probabilidad de estar en trabajo remunerado, y con mayor dependencia económica de sus agresores. Sharp informó que las mujeres con hijos/as se hallan más expuestas a sufrir estos últimos dos tipos de violencia económica que aquellas sin hijos. En la conclusión de su estudio, Sharp sostiene que la violencia económica refuerza otras consecuencias económicas de la violencia doméstica en general²³. Asimismo, varios estudios basados en entrevistas a mujeres asistentes a servicios u hospedadas en refugios para mujeres maltratadas en Estados Unidos, Canadá, y Gran Bretaña también dan cuenta de un patrón de violencia de género económico-patrimonial sumado a otras formas de abuso (físico, psicológico y/o sexual) que oscilan entre 43% a 99%, tal como señala la tabla N° 1 a continuación.

Tabla N° 1

Mujeres que sufrieron violencia de género económico-patrimonial

Porcentaje de mujeres entrevistadas	Tipo de servicio	Estudio	País
43%	Refugio	C. Grasley <i>et al.</i> , 2000 ²⁴	Canadá
55%	Servicio ambulatorio	Peter G. Jaffe <i>et al.</i> , 2002 ²⁵	Canadá

²² *Ibid.*, p. 36.

²³ *Ibid.*, pp. 35-36.

²⁴ GRASLEY, C. - RICHARDSON, J. - HARRIS, R., *Knowing What We Do Best: Evaluating Shelter Services from the Perspective of Abused Women*, Ontario, South Western Ontario Shelter Association, 2000, estudio citado por SHARP, Nicola, *What's yours is mine...*, ob. cit.

²⁵ JAFFE, Peter G. - ZERWER, Michelle - POISSON, Samantha, *Access Denied: The Barriers of Violence and Poverty for Abused Women and their Children After Separation*, Centre for Children and Families in the Justice System, Londres, Canadá, 2002, p. 15.

Porcentaje de mujeres entrevistadas	Tipo de servicio	Estudio	País
60%	Servicio ambulatorio	Amanda L. Robinson, 2003 ²⁶	Gales, Gran Bretaña
70%	Denuncias penales por inasistencia alimentaria (ley 13.944)	Claudia Hasanbegovic <i>et al.</i> , 2015 ²⁷	CABA - Argentina
89%	Servicio y refugio	Nicola Sharp, 2008 ²⁸	Inglaterra, Gran Bretaña
98%	Servicio y refugio	Adrienne Adams <i>et al.</i> , 2008 ²⁹	Estados Unidos de América
99%	Refugio	Judy L. Postmus <i>et al.</i> ³⁰	Estados Unidos de América

Fuente: elaboración de la autora con base en la revisión de estudios realizada.

Los estudios internacionales revisados presentaron conductas de violencia de género económica contra las mujeres, tales como controlar la habilidad de la mujer de conseguir, administrar, usar, y mantener recursos económicos. Las formas en que se expresa la violencia económica y el abuso económico comprenden, pero no se limitan a, impedirles o molestar a las mujeres en su educación y/o en su empleo; interferir con su movilidad; no pagar alimentos ni cuidar de sus hijos; poner en peligro su alojamiento; no brindarles comida y medicina; interrumpirles el sueño; destruirles la ropa, manuales, herramientas de trabajo; disponer de las utilidades económicas de la mujer; usarles la tarjeta de crédito; robarles sus ahorros de las cuentas bancarias; robarles su sueldo; negarles acceso a biblioteca o a Internet; comerciar a sus parejas sexualmente; limitarles o impedirles el acceso a redes de apoyo económico; destruirles documentos,

²⁶ ROBINSON, Amanda L., *The Cardiff Woman's Safety Unit: A Multi-Agency Approach to Domestic Violence*, Cardiff, Cardiff University, mayo 2000, p. 89.

²⁷ Comunicación personal de esta autora con la Oficina de Estadística del Ministerio Fiscal del Gob. CABA, que señaló que el 70% de todas las denuncias por el delito de inasistencia alimentaria (ley 13.944) contenía indicadores de violencia doméstica, citada en HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, "Varones violentos...", ob. cit.

²⁸ SHARP, Nicola, *What's yours is mine...*, ob. cit.

²⁹ ADAMS, Adrienne *et al.*, "Development of the scale...", ob. cit.

³⁰ POSTMUS, Judy L., *et al.*, "Understanding Economic Abuse...", ob. cit.

lo que les impide acceder a los subsidios; robarles los subsidios recibidos para ellas y/o para sus hijos/as.

En las clases sociales con mayores ingresos, la violencia económica se refleja, por ejemplo, a través de actos de coerción, intimidación o violencia física directa destinada a obligar a las mujeres a vender sus propiedades para quedarse con el dinero obtenido de estas³¹; forzarlas a firmar cesiones de derechos, de convenios de disolución de sociedad conyugal, renunciar a compensaciones económicas, aceptar mínimas cuotas alimentarias desventajosas para ellas y sus hijos/as; obligarlas a pasarles su ciudadanía; falsificándoles su firma en firma de transferencia de propiedades de automotores o inmuebles, entre muchas otras.

Una vez separadas, si las mujeres tienen hijos/as a cargo la violencia económico-patrimonial continúa con el no pago de alimentos, o pago intermitente de las cuotas; con las maniobras de defraudación para hacer imposible los embargos por ejecución de alimentos; formular múltiples denuncias civiles y penales sin fundamento contra sus exparejas —las penales sin costo de honorarios profesionales para ellos—, obligándolas a tener que defenderse, pagar por asesoramiento jurídico, perder días de trabajo, que las llevan a la ruina financiera, o como castigo por haberlos denunciado por “inasistencia alimentaria”³².

Como señalan los estudios mencionados en la Tabla N° 1, existe un patrón de utilización de violencia económico-patrimonial contra las mujeres y sus hijos/as, y prácticamente todos los agresores utilizan tácticas de abuso económico contra sus parejas mujeres³³.

En el estudio sobre violencia postseparación y cuidado personal de los hijos realizado por Petter G. Jaffe y sus colegas, estos entrevistaron a 62 mujeres que tenían a su cargo 92 niños/as, y encontraron que el 61% quedó arruinada financieramente; en el 56% de los casos los agresores escondieron sus ingresos para reducir la cuota alimentaria; el 43% amenazaron la estabilidad laboral de su expareja; el 41% retiró la totalidad de los fondos de la cuenta de ahorros común sin darle un centavo a su pareja³⁴.

En la Argentina, se desarrolló un estudio empírico en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires donde se puso de relieve el incumplimiento del pago de

³¹ En mi experiencia profesional representando mujeres que sufrieron violencia de género, he encontrado parejas de alto poder adquisitivo, donde sus parejas las agredieron físicamente y aterrorizaron para obligarlas a vender sus propiedades (recibidas por herencia o donaciones), y colocar el dinero obtenido en la cuenta bancaria común de un banco internacional, y desaparecerles el dinero transfiriendo el mismo a un paraíso fiscal, apropiarse de los clientes de su empresa familiar mientras se hallaba internada, etc.

³² SHARP, Nicola, *What's yours is mine...*, ob. cit.; PRZEKOP, Mary, “One More Battleground...”, ob. cit.; HASANBEGOVIC, Claudia, *et al.*, “Varones violentos...”, ob. cit.; HART, Barbara J. *et al.*, *Practical Implications...*, ob. cit.; DAICH, Deborah, “La administración burocrática del cuidado. Justicia penal y ‘conflictos de familia’”, en *Revista Debate Feminista*, vol. 44, octubre de 2011, pp. 33-59, JAFFE, Peter G., *et al.*, “Misconceptions...”, ob. cit.

³³ HART, Barbara J., *et al.*, *Practical Implications...*, ob. cit.

³⁴ JAFFE, Peter G., *et al.*, “Misconceptions...”, ob. cit., p. 60.

alimentos para los hijos/as a cargo de los padres no convivientes³⁵. En la muestra de 90 mujeres madres que habían sufrido diversas formas de violencia de género, incluyendo la violencia económico-patrimonial, este estudio encontró que a) 45 mujeres de la muestra (el 50%) quedó en situación de calle debido a la violencia de género y por su fracaso en la obtención de medidas cautelares de protección (ya sea porque eran impracticables —por ejemplo, vivían en un asentamiento o villa de emergencia rodeada por familiares del agresor—, o porque se las negaron); b) entre el 60-69% de los agresores violó la medida cautelar de prohibición de acercamiento, sin que hubiera habido monitoreo del cumplimiento de la medida, ni sanción ante la denuncia de su incumplimiento; c) en muchos casos el incumplimiento de la medida se realizó en el momento en que la mujer retiraba el dinero de la Asignación Universal por Hijo de un cajero automático, y el agresor, le robó el dinero.

También en Gran Bretaña los agresores económicos, violentan económicamente a sus hijos. Sharp³⁶ describe con precisión que el 89% (49 de 55) de las mujeres sufrieron violencia económica y dieron ejemplos de cómo sus agresores robaron juguetes de sus hijos, los regalos de cumpleaños en dinero; los ahorros de los niños, los subsidios para los niños, y los pagos de pensión alimenticia que paga el Estado (*Child Support*). Los agresores también robaron lo percibido por las mujeres como licencia por maternidad, otros subsidios dados a las madres para apoyar los primeros meses de vida de sus bebés, y les impidieron acceder a dinero para comprar leche, pañales y otras mercaderías de necesidad para sus hijos.

Los impactos de la violencia económica sobre las mujeres y sus hijos son devastadores y, respecto de los hijos e hijas, se ha indicado que el no pago de alimentos por parte del padre “puede afectar su desarrollo, su autoestima y sus posibilidades de ingresar exitosamente en la vida adulta”³⁷.

Existe relación entre las privaciones económicas que sufren los hijos/as con posterioridad a la separación, su exclusión financiera, la pobreza y su posible situación de calle junto con sus mamás *durante* la relación de pareja, y *con posterioridad* a la separación³⁸. En esta misma línea, en un estudio realizado en Australia, McDonald³⁹ determinó que las consecuencias de la violencia de género económico-patrimonial afectaban seis áreas: 1) el empleo/habilidad de buscar trabajo, volver al mercado laboral; 2) las deudas; 3) lo relativo a posesiones: quedar sin casa, pérdida de cosas a su nombre; 4) lo relativo a la seguridad

³⁵ HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, “Varones violentos...”, *ob. cit.*

³⁶ SHARP, Nicola, *What's yours is mine...*, *ob. cit.*

³⁷ HUSNI, Alicia - RIVAS, María Fernanda, *Familias en litigio: perspectiva psicosocial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, p. 353.

³⁸ SHARP, Nicola, *What's yours is mine...*, *ob. cit.*; HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, “Varones violentos...”, *ob. cit.*; ADAMS, Adrienne *et al.*, “Development of the scale...”, *ob. cit.*

³⁹ MCDONALD, Fiona, *Spotlight on economic abuse...*, *ob. cit.*

social: se necesita ayuda financiera inmediata; y también para el sostén de los hijos; 5) el costo de asesoría y acción legal; 6) y la salud se resiente frente a la situación de violencia de género económico-patrimonial.

El citado estudio desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁰ mostró que las mujeres con hijos que solicitaban judicialmente una cuota alimentaria provisoria para las/os menores se encontraron con barreras prácticas, tales como: a) la resistencia judicial a otorgar la cuota alimentaria provisoria; b) la denegación de la medida; c) ser derivadas a “mediación previa”; o bien, d) en aquellos casos que les concedieron medidas de protección (ej. prohibiciones de acercamiento) levantaban las mismas para realizar “audiencias para tratar la cuota alimentaria”. El análisis cualitativo de las entrevistas en profundidad de dicho estudio concluyó que “Las mujeres entrevistadas concluyeron que el proceso judicial no había valido la pena para ellas, porque perdieron mucho dinero y tiempo en viajes y trámites, y a sus agresores no se los convocaba ni cuestionaba desde institución alguna”⁴¹.

Sostengo que la violencia de género económico-patrimonial puede también coadyuvar a crear otras vulnerabilidades en las mujeres, relacionadas con la trata de mujeres para explotación sexual y/o prostitución sexual y el tráfico de estupefacientes. Del análisis que he realizado de informes y estudios⁴², el ser jefa de hogar monomarental, pobre, y con ausencia de apoyo económico para el pago de alimentos son factores que empujaron a las mujeres a una situación de pobreza y a aceptar ofertas de trabajo que las colocaron en situaciones de riesgo, incluyendo el realizar actos delictivos o encontrarse en situaciones de su propia explotación sexual⁴³. En los últimos 20 años se ha dado un incremento de

⁴⁰ HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, “Varones violentos...”, *ob. cit.*, Ministerio Público de la Defensa, *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia de violencia en sus relaciones interpersonales. Aportes, deudas y desafíos de la ley N° 26.485*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2015, p. 64.

⁴¹ HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, “Varones violentos...”, *ob. cit.*, pp. 81.

⁴² MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, *Women in Prison. Causes, Conditions and Consequences*, Cornell University, Defensoría General de la Nación Argentina. University of Chicago School, Law School, Human Rights Clinic, 5/1/2013, p. 44; CELS, *Mujeres en prisión. El alcance del Castigo*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, p. 279; UFASE-INECIP, *Informe: La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un Análisis de la Dinámica del Delito*, Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires, 2012, p. 53; e información cualitativa presentada en OLIVA, Rocío B., “La puta mercancía”, *Investigación Etnográfica y Feminista sobre Mujeres Sobrevivientes de Explotación Sexual en Ciudad de Buenos Aires* (Tesis de Magister), Maestría en Estudios de las Familias, Universidad Nacional de San Martín, 5/3/2018.

⁴³ De los estudios sobre mujeres privadas de libertad revisados emerge que el 85,80 % de ellas son jefas de hogar con hijos menores a su exclusivo cargo, y que el 68,20 % están cumpliendo condenas por delitos relacionados con el “tenencia y tráfico de estupefacientes ley 23.737”, siendo la parte más débil de la cadena de comercialización en ese tráfico “mulas”. MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, *Women in Prison...*, *ob. cit.*; CELS, *Mujeres en Prisión...*, *ob. cit.* Resulta válido inferir que probablemente las mujeres recurrieron a ese tipo de actividad ilícita

la criminalización femenina, en contextos socio-económicos de desocupación femenina, de feminización de la pobreza, del aumento del trabajo femenino precarizado y riesgoso, de desventajas para el acceso al mercado laboral remunerado debido a la división sexual del trabajo, y de un incremento de hogares monomarentales. A este panorama se le suma la ausencia de un mecanismo eficaz para hacer cumplir la cuota alimentaria, y de garantizar de esta forma los alimentos que los padres no convivientes deben abonar a sus hijos, conforme la manda constitucional y convencional⁴⁴.

Para la mayoría de las mujeres que sufren violencia de género en la pareja su decisión inicial de dejar a su agresor a menudo depende de su posibilidad de lograr seguridad financiera⁴⁵ y de alojamiento⁴⁶, **siendo la posibilidad de lograr recursos económicos para sobrevivir el mayor predictor sobre la separación permanente de la mujer una vez que ella deja a su agresor**⁴⁷. Esta información es avalada por numerosos estudios alrededor del mundo relacionados con violencia doméstica y vivienda, de los surge que para las mujeres —de sectores socio-económicos bajos, migrantes, o sin red de apoyo familiar y social— la toma de decisión de dejar a su agresor está constreñida por cuestiones económicas. Para muchas de ellas, dejar una relación abusiva implica la certeza de tener que pasar a vivir en la calle y quedar en situación de pobreza, cuya perspectiva angustiaba a las mujeres mucho más cuando tenían hijxs a cargo⁴⁸.

2. MARCO NORMATIVO⁴⁹

La definición legal para la Argentina de la violencia de género contra la mujer económico-patrimonial está dada por la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres contra la Violencia allí donde Desarrollan sus Relaciones Interpersonales, en su art. 5º, inc. 4º, que dice:

como forma de lograr ingresos para mantener a sus hijxs. Algo similar puede sostenerse respecto a las mujeres sobrevivientes de explotación sexual y prostitución.

⁴⁴ Ver arts. 19, inc. 1º y 27, inc. 4º de la Convención de los Derechos del Niño, art. 75, inc. 22, CN en HASANBEGOVIC, Claudia, “Alimentos a cargo del padre...”, ob. cit.; HASANBEGOVIC, Claudia, *et al.*, “Varones violentos...”, ob. cit.

⁴⁵ PRZEKOP, Mary, “One More Battleground: Domestic Violence...”, ob. cit.

⁴⁶ SHARP, Nicola, *What's yours is mine...*, ob. cit.; RICCIARDI, Victoria, “El derecho a la vivienda como elemento imprescindible para vivir una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia”, COHRE, ponencia presentada en el Congreso “Las políticas de equidad de género en prospectiva: nuevos escenarios, actores y articulaciones”, Buenos Aires, FLACSO, noviembre de 2010, p. 18.

⁴⁷ HART, Barbara J. *et al.*, *Practical Implications...*, ob. cit., el resultado me corresponde.

⁴⁸ HASANBEGOVIC, Claudia, *Informe de Consultoría...*, ob. cit.

⁴⁹ HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, “Varones violentos...”, ob. cit.; HASANBEGOVIC, Claudia, “Entre el texto y la realidad...”, ob. cit., pueden leerse desarrollos de este marco normativo más extenso que por razones de espacio limitamos en este trabajo.

Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: (...)

4.- Económica y patrimonial: 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. (El destacado me pertenece).

La violencia de género puede ser ejercida de manera indirecta a través de daños y perjuicios que afecten a las hijas/os de la mujer. El decreto reglamentario 1011/2010 de la ley 26.485 establece que:

En los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ella, **las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna**⁵⁰. (Agregué las negrillas).

En el mismo sentido, la ley penal 13.941 en su art. 2° establece como delito el no contribuir a la subsistencia del/a hijo/a. En tanto que el art. 2° bis, define como delito otra de las expresiones de la violencia económico-patrimonial, la cual es efectuar maniobras para evitar cumplir con el pago de sus obligaciones alimentarias. “Art. 2° bis: (...) el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente (...) hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuir su valor (...)”.

La ley 26.485 brinda también herramientas para los procesos por violencia de género, tales como la amplitud probatoria (arts. 30 y 31); facultades del juez para fijar más de una medida precautoria (art. 27); una serie de medidas precautorias urgentes (art. 26); la indicación de prohibición de utilizar mediación u otros métodos alternativos de resolución de conflictos (art. 28), entre otras.

Los estándares internacionales de derechos humanos son aplicables a los procesos judiciales por violencia de género económico-patrimonial.

⁵⁰ Dec. 1011/2010, que reglamenta ley 26.485, art. 5°, inc. 4°, c, ob. cit.

2.1. Estándares internacionales de derechos humanos

En materia de violencia de género contra la mujer económico-patrimonial, resultan de vital importancia la Convención Internacional para la Eliminación de Toda forma de Discriminación hacia la Mujer (en adelante CEDAW por sus siglas en inglés); la Convención de los Derechos de los/as Niños/as (de ahora en más CDN), ambas incorporadas a nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 22); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “do Belém do Pará” (en adelante Belém do Pará); entre otros tratados; las recomendaciones generales números 28, 29, 33, 35 del Comité CEDAW, que se refieren a las obligaciones de los Estados, a las consecuencias económicas del matrimonio y de su disolución; al acceso de las mujeres a la justicia; a la violencia de género; entre otras.

La CEDAW⁵¹ fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos, y al precisar que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho (reconocimiento, goce o ejercicio), obliga a los Estados a: a) reconocer, b) proveer condiciones materiales y espirituales para hacer posible la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, y c) crear mecanismos para que las mujeres puedan denunciar su violación y lograr resarcimiento (Hasanbegovic, 2017).

2.1.1. La Convención Internacional para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación hacia la Mujer

La CEDAW establece el concepto —jurídicamente válido para todos los Estados parte— de *discriminación*, en su art. 1º que dice:

Discriminación contra la mujer denotará 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 políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta discriminación puede ser *directa o indirecta*, y acaecer en cualquier ámbito, ya sea público o privado para alcanzar igualdad en materia familiar, laboral, de derechos sexuales y reproductivos, y en la participación política, etcétera. La Convención define *la igualdad formal y la igualdad sustantiva*, y brinda herramientas para alcanzar esta última con las *medidas de acción afirmativa*, o *medidas especiales de carácter temporal*. Estas acciones buscan acelerar los cambios hacia la eliminación de la discriminación entre hombres y mujeres.

⁵¹ Aprobada por ley 23.179 y promulgada el 27/5/1985, de rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

El art. 2º, inc. b) de CEDAW establece que

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: ... b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer...

En su art. 16 CEDAW dispone que

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

La Convención Belém do Pará constituye un punto decisivo en la defensa de los derechos humanos de las mujeres en el continente. Esta fue la primera convención internacional que abordó específicamente al problema de la violencia contra las mujeres e instauró la obligación de los Estados de proteger *el derecho de la mujer a una vida libre de violencia*⁵².

El Comité CEDAW emitió la recomendación general N° 21 en donde explicó los alcances de la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (arts. 15 y 16 de la referida Convención). Allí se afirma que “el derecho de la mujer a la propiedad, la administración y la disposición de los bienes es fundamental para que ella pueda tener independencia económica y en muchos países será de crítica importancia para que pueda ganarse la vida y tener una vivienda y alimentación adecuadas para ella y para su familia”, y respecto al consentimiento que debe brindar la mujer previo a la enajenación de un bien propiedad de ambos cónyuges, el Comité sostuvo que

En muchos Estados, hasta los que reconocen la comunidad de bienes, no existe la obligación legal de consultar a la mujer cuando la propiedad que pertenezca a las dos partes en el matrimonio o el amancebamiento se venda o se enajene de otro modo. Esto limita la capacidad de la mujer para controlar la enajenación de la propiedad o los ingresos procedentes de su

⁵² HASANBEGOVIC, Claudia, “Entre el texto y la realidad: Los estándares internacionales de derechos humanos ¿son de utilidad para las mujeres?”, en *Revista Anales*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Año 14, N° 40, 2017, pp. 297-340.

venta” (...) en la referida recomendación se sostuvo que cuando los países permiten que los individuos limitan o restrinjan los derechos económicos de las mujeres, les están negando su derecho a la igualdad con el hombre y limitan su capacidad de proveer a sus necesidades⁵³.

Como sostiene la Doctora Alicia E. C. Ruíz, “la obligación impuesta al Poder Judicial, como poder del Estado, surge del art. 7º (párrs. 3, 5, 6, 7) cuando establece que debe

(...) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...) 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; tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para 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; 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.

Y del art. 9º, según el cual

los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad⁵⁴.

2.1.2. *Plataforma de Acción de Beijing*⁵⁵

La *Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing*, elaborada por la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas celebrada en Beijing,

⁵³ Fundamentación del Dr. Hornos en su voto en la causa “R., E. Á. por delito de acción pública” causa CFP 8676/2012/1/CFC1, Cámara de Casación Penal Federal, de la Capital Federal, sala I.

⁵⁴ Voto de la Dra. Alicia E. C. Ruíz. Expte. N° 9166/12 “Incidente de apelación en autos Ucha, Sebastián Alberto s/ infr. art. 1º, ley 13.944 s/recurso de in-constitucionalidad concedido”, 12/2/2014. Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

⁵⁵ *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Organización de Naciones Unidas, A/CONF.177/20/Rev.1, 4 al 15 de septiembre de 1995, Nueva York.

China (en adelante Beijing) en 1995 identificó doce áreas estratégicas prioritarias a las que deben dirigirse los esfuerzos de los Estados para lograr la plena autonomía y auto-valimiento de las mujeres, e hizo énfasis en la autonomía de las mujeres en tres dimensiones interrelacionadas: la autonomía física, la autonomía económica y la autonomía en la toma de decisiones. La Plataforma de Acción de Beijing propone que las estrategias de enfrentamiento de la violencia tengan por objetivo empoderar a las mujeres y las niñas en esas áreas.

Elaborando una apretada síntesis de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de violencia económico-patrimonial contra las mujeres, encontramos que los Estados deben evitar discriminar y ejercer violencia contra las mujeres, garantizar mecanismos que promuevan y lleven a la igualdad sustantiva o real; evitar ejercer violencia contra las mujeres; promover el empoderamiento de las mujeres, el fortalecimiento de sus autonomías físicas, económica y en la toma de decisiones.

2.1.3. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Caso “Baldeón García vs. Perú”, del 6/4/2006⁵⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baldeón García vs. Perú”, en su párrafo 202 dice:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta la desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende al principio de igualdad ante la ley de los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminarlos obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. (El resaltado me corresponde).

Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, del 31/8/2010

En el caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”⁵⁷, en su párrafo 177, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que

⁵⁶ *Caso Baldeón García, Bernabé vs Perú*, sentencia del 6/4/2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 147.

⁵⁷ *Caso Rosendo Cantú y otra vs México*, sentencia del 31/8/2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 216.

en casos de violencia contra la mujer las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericana específico, la Convención de Belém do Pará. En su art. 7.b dicha Convención obliga de manera específica a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.

3. AVANCES JURISPRUDENCIALES

Tomando en cuenta el límite de espacio y tiempo para realizar el presente estudio, presento aquí una síntesis de aquellas sentencias en materia de violencia de género económico-patrimonial contra la mujer dictadas en nuestro país, que considero importantes desarrollos jurisprudenciales en este campo, sin que su enunciación sea taxativa.

Los casos seleccionados presentan las siguientes características: uno de ellos corresponde al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2014⁵⁸ y contextualiza el delito de inasistencia alimentaria (ley 13.944) como violencia de género contra la mujer y el hijo a cargo; dos⁵⁹

⁵⁸ En el Exp. N° 9166/12 “Incidente de apelación en autos Ucha, Sebastián Alberto s/ infr. art. 1° ley 13.944 s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, 12/2/2014, Tribunal Superior de Justicia de la CABA, se discutió un recurso de inconstitucionalidad, y en el mismo la Dra. Alicia E. C. Ruíz en su voto señaló que los delitos establecidos en la ley 13.944 pueden constituir violencia de género económico-patrimonial hacia la mujer de acuerdo a la ley 26.485, y que, por mandato de la Convención de Belém do Pará —que la querrela había invocado y la Cámara de Apelación desatendió— se debía investigar judicialmente dicho delito. En jurisdicción penal y contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hay varios fallos donde se define el no pago de alimentos como una forma de violencia contra la mujer, especialmente en los fundamentos del Ministerio Público Fiscal para negarse a la realización de mediación en ese tipo de denuncias, siguiendo las indicaciones la resolución 219/2015, del 21 de diciembre de 2015, del Fiscal General sobre Reglas Generales de Actuación para la Fiscalía en casos de violencia doméstica y violencia de género, que incluyen los delitos de inasistencia alimentaria a favor de los hijos e hijas menores o con discapacidad (ley 13.944).

⁵⁹ El 6/10/2017 se publicó en el diario Jornada fragmentos de una nueva sentencia del juez Martín Benedicto Alesi, del Juzgado de Familia de Rawson, Chubut, en la que el magistrado dictó medidas conminatorias para obligar al deudor alimentante —de profesión mariner— a cumplir con la sentencia que lo condenó al pago de su deuda de alimentos para con su hijo menor, que tiene una discapacidad. Una de estas medidas consistió en la exclusión del hogar del alimentante y la prohibición a terceras personas de brindarle alojamiento. Por razones de tiempo y espacio no exploro este fallo. Ver: TOBAREZ, “Rawson: si no paga cuota alimentaria será obligado a vivir en situación de calle”, *Diario La Jornada*, 10/10/2017.

de ellos fueron dictados en la Provincia de Chubut en los años 2016⁶⁰ y 2017⁶¹, en juicios de familia seguidos por ejecución de cuotas alimentarias adeudadas, donde la actora y sus hijas/os pertenecen a una clase socio-económica baja y muy vulnerables ante la violencia económica ejercida por los deudores alimentantes; y las últimas dos sentencias fueron dictadas en el fuero penal (Casación Penal Federal, de la Capital Federal, 2016⁶²) y en la justicia civil de la Provincia de Mendoza, 2017⁶³. En estos casos, el tipo de violencia económica hallado e indicado por los/as jueces/as fue “desapoderamiento de bienes de la sociedad conyugal” en parejas de clase social que estimo con poder adquisitivo medio o, incluso, medio alto —según se infiere de la descripción de bienes—⁶⁴.

Todos los fallos revisados encuadran los hechos de violencia de género económico-patrimonial en la definición de la ley 26.485, y contextualizan los mismos en los antecedentes de *un proceso de violencia de género hacia la*

⁶⁰ El fallo dictado por la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala I, el 30/8/2016 trata de la procedencia de la aplicación de una multa por violencia económica, pues el demandado incumple con sus obligaciones alimentarias respecto del hijo que tiene con la actora, a fin de manipular y controlar a esta última y actuó con ardid para ocultar sus verdaderos ingresos. “G. V. C. c. F. M., J. M s/violencia familiar”.

⁶¹ La sentencia dictada el 4/9/2017 por el juez Dr. Martín Benedicto Alesi dispone medidas conminatorias para obligar al deudor alimentario a cumplir con la sentencia judicial que limitan el derecho al trabajo y a ejercer el comercio al alimentante. “S. s/violencia familiar”, Juzgado de Familia de Rawson, 1/9/2017, sentencia firme, expte. N° 397/2014 - elDial.com-AAA145, publicado el 7/9/2016.

⁶² Se trata del voto en disidencia del Dr. Hornos, en “Reyes, Eduardo Ángel s/delito de acción pública”, sentencia del 30/12/2016, causa CFP 8676/2012/1/CFC1, Cámara Federal de Casación Penal, CABA, sala 1ª. Voto del Hornos, Id SAJ: FA16260669. En este voto, el magistrado definió la violencia de género económico-patrimonial, y de estereotipos de género discriminatorios; fundamentó que en los casos donde se encuentran comprometidos los derechos de las mujeres debe juzgarse desde la perspectiva de género; fundamentó en normativa nacional y estándares internacionales de derechos humanos, y efectuando el control de convencionalidad del art. 185, inc. 1º en discusión en el recurso, declaró de oficio su inconstitucionalidad por cuanto permite la extimación de pena para delitos patrimoniales cometidos entre cónyuges (art. 185, inc. 1º).

⁶³ En el caso “C. S. M. c. S. M. O. s/separación de bienes”, Cámara de Familia de Mendoza, 29/8/2017. MJ-JU-M-106500-AR | MJJ106500 | MJJ106500 la Cámara de Familia de Mendoza hizo lugar a la nulidad del convenio de partición privada de la sociedad conyugal al haberse probado que la accionante suscribió el acuerdo encontrándose su voluntad viciada por intimidación por parte de su excónyuge.

⁶⁴ En este caso se trataba de un convenio de separación de bienes en el que se liquidaba un fondo de comercio millonario, y la distribución de varias propiedades inmuebles de alto valor en Mendoza. “(...) I. Cabe confirmar la sentencia que declaró la nulidad del convenio de partición privada de la sociedad conyugal celebrado entre las partes, pues teniendo en cuenta la conducta del demandado posterior a la firma del convenio, al efectivizarse las medidas cautelares peticionadas por la demandante, las características de personalidad de ambas partes, la presencia de un extraño en el acto en que se suscribió el mismo y la ventaja económica que obtuvo el accionado en su concreción respecto del fondo de comercio perteneciente al haber ganancial, *resulta suficientemente demostrado el vicio de violencia invocado* que torna nulo el acuerdo en cuestión”. “C. S. M. c. S. M. O. s/separación de bienes”. Cámara de Familia de Mendoza, 29/8/2017. MJ-JU-M-106500-AR | MJJ106500 | MJJ106500 (El resaltado en el original).

mujer (mujer esposa-mujer madre) existente *antes de los hechos denunciados y que continúa* después de separadas las partes.

En una de las sentencias, el magistrado también identificó y conceptualizó como discriminación y violencia los “estereotipos de género discriminatorios” argüidos por el acusado como parte de su defensa.

...el descalificativo empleado por el imputado para describir una falsa situación, **se corresponde con un estado estereotipado de la mujer con dolencias psiquiátricas y, por ende, de superioridad del sexo masculino, que es preciso erradicar de la sociedad en orden a alcanzar la igualdad de género**, como mandato constitucional y convencional imperativo⁶⁵.

He reiterado en los seminarios que he dictado⁶⁶ e investigaciones⁶⁷ que la violencia de género económico-patrimonial es una expresión de la violencia de género contra la mujer y sus hijos/as post-separación y que puede constituir una manipulación judicial por parte de los agresores. En los fallos mencionados desde 2016 a 2017, estas dos hipótesis se ven corroboradas⁶⁸.

⁶⁵ En este escenario, “debe también resaltarse que el desarrollo de la maniobra investigada estuvo rodeado de prejuicios asociados a estereotipos discriminatorios hacia la mujer (art. 6° de la Convención Do Pará y art. 5°, inc. a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). (...) el imputado, en orden a consumar la maniobra, falsamente afirmó que la ausencia de su mujer ante el comprador del vehículo se debía a un supuesto ‘cuadro depresivo’ de la mujer a raíz del conflicto matrimonial (...). Versión de los hechos que no se corresponde con las pruebas obrantes en el expediente, en particular, ante los firmes dichos de la parte querellante. (...)”. “Reyes, Eduardo Ángel s/delito de acción pública”, sentencia del 30/12/2016, causa CFP 8676/2012/1/CFC1, Cámara Federal de Casación Penal, CABA, sala 1ª. Voto del Hornos, Id. SAJ: FA16260669 (negrillas agregadas por la autora).

⁶⁶ En 2013 diseñé y dicté el primer Seminario sobre “No Pago de Alimentos como Violencia Económica Patrimonial y Violación a los Derechos Humanos de Mujeres, y Niñas, Niños y Adolescentes”, que lleve a cabo en el Centro de Formación Judicial y Observatorio de Género del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y desde entonces enseñé ese módulo en la carrera de post-gradó “Actualización en Género y Derecho” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que dirigen las Dras. Diana Maffia y Sandra Fodor.

⁶⁷ HASANBEGOVIC, Claudia, “Alimentos a cargo del padre...”, ob. cit.; HASANBEGOVIC, Claudia *et al.*, “Varones violentos...”, ob. cit.

⁶⁸ En los autos “G. V. C. c. F. M., J. M. s/violencia familiar”, la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala I, 30/8/2016 sostuvo que “(El alimentante) acompañó (...) recibos de haberes otorgados por la empresa (...).- De las constancias de la AFIP surge la situación pre-sional del Sr. F. M. desde el 12/2008 al 10/2011 empleador P. C. S.A. (...) empleador F. S. A. S.A. y (...) empleador S. A. C. S.A. En su contestación de demanda (...) expresa que se desarrolla en el rubro gastronómico por su cuenta repartiendo comida teniendo una ganancia aproximada de \$ 2.000 por semana; (...) una vez firme la sentencia lo condena a pagar \$ 4.000 o el 25% de sus ingresos bajo relación de dependencia informa su actual situación laboral agregando recibo de sueldo (...) un salario (bruto) \$ 5.205,30 y haber neto \$ 3.889,00); es decir debajo del salario mínimo vital y móvil. **Este extremo no puede pasar desapercibido puesto que en definitiva el valor de la cuota a pagar sería de \$ 1.000 y tal actitud ingresa dentro de una categoría sospechosa que debe ser valorada como una suprema manifestación de violencia económica. (...) Es que esta última actitud (...) demuestra una manipulación de las variables tomadas en**

Las conductas de violencia económico-patrimonial descritas en las sentencias mencionadas son características de la violencia post-separación hacia las mujeres: por ejemplo, con el no pago o pago intermitente de la cuota alimentaria y maniobras fraudulentas para reducir su monto, o bien haciéndose insolvente para hacer imposible la ejecución de la cuota de alimentos; presentando una conducta de indiferencia contumaz a las órdenes judiciales que conminaron al agresor económico a pagar su deuda alimentaria para con su hijo con discapacidad; coerción e intimidación en el contexto de la negociación de un acuerdo de disolución de la sociedad conyugal; o, directamente, falsificando instrumentos públicos para desapoderar ilícitamente a la expareja de los bienes que le corresponden de la sociedad conyugal.

Otra característica observada en los fallos de la Provincia de Chubut y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sido la interpretación del caso y de la normativa desde la perspectiva de género, sumada a la fundamentación pormenorizada en estándares internacionales de derechos humanos, fundamentalmente, las Convenciones CEDAW, Belém do Pará, y CDN; jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la Constitución Nacional, la ley 26.485, y provincial de Prevención de la Violencia Familiar, y los Códigos Civiles y Penales de fondo, y de procedimiento, la doctrina y jurisprudencia nacional.

Resulta interesante observar que la ley 26.485 y su decreto reglamentario 1011/2010 se aplicaron para conceptualizar los hechos de violencia económico-patrimonial, como para justificar las medidas cautelares dictadas y hacer lugar a la amplitud probatoria.

El control de convencionalidad de oficio aparece en el fallo de Casación Penal Federal, Sala I, en el voto en disidencia del Dr. Hornos, este efectuó el control de convencionalidad de la justificación exculpatoria del art. 185 inc. 1º, declarando su inconstitucionalidad. Dicho artículo sostiene:

Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta; (...).

El Dr. Hornos efectuó de oficio el control de convencionalidad y declaró la inconstitucionalidad del art. 185 inc. 1º del Código Penal:

(...) los delitos de orden patrimonial en perjuicio de la mujer dentro de la familia o unidad doméstica, constituyen violencia contra la mujer⁶⁹. En

cuenta para la fijación de alimentos que constituye una visibilización extrema de la violencia económica sistemática ejercida” (lo resaltado corresponde a esta autora).

⁶⁹ En los autos “Reyes, Eduardo Ángel s/delito de acción pública”, sentencia del 30/12/2016, causa CFP 8676/2012/1/CFC1, la Cámara Federal de Casación Penal, CABA, sala 1ª, a través del voto del Hornos, dijo que “(...) Aplicada esta Legislación Vigente al caso de autos, fácil

consecuencia, la cláusula del artículo 185 en cuanto exime de pena por los delitos de orden patrimonial causados por el cónyuge hombre en perjuicio de la cónyuge mujer e impide la investigación de los hechos, contraviene en forma expresa, las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al momento de ratificar la Convención de Belém Do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (...)

b). Sentado cuanto precede, la declaración de inconstitucional del artículo 185 del código penal se impone, en orden a investigar y sancionar los hechos calificados como violencia de género de acuerdo a las obligaciones asumidas por el Estado (...).

A la luz del marco normativo internacional de derechos humanos, y de nuestra Constitución Nacional que incorporó la CEDAW esta autora estima que el art. 185, inc. 1º del Título VI - Delitos contra la Propiedad del Código Penal representa para las mujeres víctimas de violencia de género económico-patrimonial una “licencia legal para que los cónyuges violentos cometan delitos patrimoniales contra ellas”, una expresión de discriminación y de violencia de género contra la mujer contenida en un texto normativo que, por mandato constitucional y convencional, el Estado argentino está obligado a remover de su ordenamiento.

En materia de prueba, los fallos dictados en la Provincia de Chubut destacan por su *gran riqueza de medidas y fundamentos*, entre ellos: a) aplican los principios de amplitud probatoria en casos de violencia de género contra la mujer (arts. 30 y 31, ley 26.485) y de derecho de familia (arts. 706, 710 y conc. CCyC); b) identifican claramente *las manipulaciones judiciales y de las maniobras fraudulentas* que los agresores económicos efectúan contra sus ex parejas y contra el proceso, y a través del proceso judicial constituyendo la mala fe procesal; c) expresan la *decisión judicial de sancionar a los agresores tanto por la violencia económico-patrimonial persistente como por la mala fe procesal* observada; d) presentan *creatividad en las sanciones conminatorias* para hacer cesar el incumplimiento de la cuota alimentaria por parte de los deudores alimentarios; e) recuerdan *la alta función social que cumple el poder judicial a través de sus sentencias, la necesidad social de hacer que sus sentencias se cumplan*, y la importancia de *involucrar a otras instituciones públicas y privadas, y la comunidad en general*.

resulta concluir en que la conducta desplegada por R. orientada a defraudar los derechos patrimoniales de su cónyuge, para lo cual **falsificó su firma y su identidad y, en consecuencia, privó a G. N. M. del dinero que le correspondía por su parte del vehículo**, constituye violencia de género del tipo económica y bajo la modalidad de violencia doméstica (arts. 5.4.a y 6.a de la ley 26.485 (...))” (Resaltado agregado).

Caso: “S. s/violencia familiar”, expte. N° 397/2014. Juzgado de Familia de Rawson, 1/9/2017 (sentencia firme)

En el caso, se constató una situación de mora en el pago de alimentos para sus dos hijas por parte de un padre no conviviente. Este se hallaba inscripto en el Registro de Deudores Morosos, y mediante maniobras fraudulentas y de mala fe procesal (art. 706 CCyC) cerró su negocio de cerrajería y el mismo día abrió otro, el cual puso a nombre de su pareja conviviente y cedió gratuitamente los derechos de facturación a nombre de su hermano.

Al contestar dicha intimación, P. incurrió en dos graves contradicciones, violando nuevamente el deber de lealtad y buena fe que rige en cualquier proceso judicial, y particularmente en los trámites en que se gestiona un conflicto de índole familiar (art. 706, CCyC; art. 34, inc. 5°, ap. “d”, CPCC). Por un lado, se contradijo con la alegación formulada meses atrás, al reconocer ahora (como también lo admitió en la audiencia de fs. 99) que la cerrajería era de su propiedad, manifestando que el comercio sufrió un “notable quebranto” y que debió liquidarlo (...). Por el otro, aseveró que tenía una deuda comercial con su hermano, aunque no explicó su origen, olvidando que, en la audiencia, cuando le pregunté si lo tenía contratado como empleado, respondió que su pariente estaba muy mal económicamente porque carecía de ingresos, y que lo dejaba trabajar en la cerrajería haciendo algunos trabajos de polarizados.

(...) entre el Sr. P. y su pareja G., maquinaron una interposición de persona con la finalidad de crear una apariencia, consistente en que la conviviente es propietaria de la nueva cerrajería, para evitar que su verdadero titular quede expuesto a la acción de sus hijas en el cobro de la deuda, ya las prohibiciones legales que debe soportar por la inscripción en el Registro de Alimentantes Morosos. La prueba sumaria de la operación emerge de un conjunto de indicios que por su número, precisión y concordancia, ponen de relieve la existencia del engaño para perjudicar a las hijas y la ex pareja del ejecutado (...).

El juez Martín Alesi, antes de dictar la sentencia en examen, había efectuado varios apercibimientos e impuesto sanciones conminatorias al deudor alimentante con la finalidad de obligarlo a cumplir con la sentencia y pagar lo que adeudaba por alimentos. Por otra parte, el juez también tuvo en cuenta que la persistencia del endeudamiento alimentario por parte del demandado era una actitud que se encontraba inmersa en un contexto de discusiones sobre la partición de bienes de la sociedad conyugal con la expareja.

Estamos ante un tema muy serio, visto el contexto de la causa judicial, en la que debieron dictarse medidas cautelares para hacer cesar **la violencia física y psicológica que padeció la denunciante, luego de que se negara a acceder a la exigencia del victimario de vender la casa que tienen**

en condominio, y en la que vive junto a sus hijas (...). (El resaltado me corresponde).

La sentencia estableció que el no pago de alimentos constituye violencia de género patrimonial de acuerdo con lo establecido por la ley 26.485 y la Convención Belém do Pará, y constituía un obstáculo para que tres mujeres (las dos hijas y su madre) gozaran efectivamente de una vida libre de violencia (art. 3º de la Convención de Belém do Pará).

El Dr. Martín Alesi fundamentó su fallo en la ley 26.485, en la ley XIII 1270 de Prevención de la Violencia Familiar de la Provincia de Chubut; en el Código Civil y Comercial de la Nación; en la Convención de los Derechos del Niño/a; en la Convención de Belém do Pará; en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en la doctrina sobre sanciones conminatorias y la obligación de los jueces de hacer cumplir sus sentencias.

Ante el contumaz incumplimiento alimentario del deudor, a pesar de las distintas medidas conminatorias que el juez había fijado con anterioridad a esta sentencia, el magistrado Martín Alesi dispuso una serie de medidas dentro del marco de la “razonabilidad” del art. 553 del CCyC y, además, fundó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que dice que

En los procesos de familia corresponde al juez buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con la particular tutela constitucional⁷¹.

Entre las medidas adoptadas por el magistrado se observan las siguientes:

- Liquidó la deuda alimentaria al triple de la tasa de operaciones generales vencidas (aplicable a las operaciones comunes de descuento) del Banco del Chubut S.A., en función del contexto de violencia económica y los ardides empleados.
- Clausuró el comercio, como medida conminatoria, ordenando a la Municipalidad de Rawson que diera cumplimiento a dicha orden.
- Ordenó a la Comisaría de la Mujer que controlara la eficacia de la resolución, autorizándola a la exclusión de cualquier persona que encontrara en el local, pudiendo hacer uso de la fuerza pública.
- Declaró en la sentencia que el deudor alimentario era el propietario del fondo de comercio.

⁷⁰ Entre 2008 y 2009 tuve el honor de asesorar a la Comisión Legislativa sobre el proyecto de esta ley, por invitación de la entonces diputada provincial Dra. Mariana Gabriela Ripa.

⁷¹ Ver CSJN, 15/6/2004, “Lifschitz, Graciela Beatriz c. Estado Nacional”, Fallos 324:122, citada en “S. s/violencia familiar”, Juzgado de Familia de Rawson, 1/9/2017, sentencia firme, expte. N° 397/2014 - elDial.com-AAA145, publicado el 7/9/2016.

- Estableció que las medidas subsistirán hasta que el Sr. P. abone las cuotas correspondientes al período adeudado.
- El juez en persona secuestró el teléfono celular del deudor, y prohibió a la empresa de telefonía celular expida un nuevo chip para el número de teléfono correspondiente al demandado, suspendiéndole el derecho de portabilidad numérica, decisión que notificó a las restantes empresas de telefonía celular. Todo ello con el siguiente objetivo:

Esta medida de obstaculización de la clientela para forzar al deudor al pago de las cuotas y terminar de una vez con la violencia ejercida contra sus hijas y su ex pareja, comenzó a ejecutarse ayer durante la diligencia de reconocimiento, cuando secuestré el teléfono celular del Sr. P. con el fin de impedir que sus clientes puedan contactarlo para requerir sus servicios (...) (El resaltado me corresponde).

Es de candente vigencia la expresión del juez Martín Alesi en su sentencia en relación con la importancia de hacer valer las sentencias judiciales:

Verificada la ineficacia de las legítimas amenazas de daño contenidas en las intimaciones previas que se le cursaron para obtener el pago de la prestación alimentaria, **toca ahora demostrar al victimario que el Poder Judicial tiene la fuerza necesaria para reaccionar enérgicamente con una grave restricción a sus derechos constitucionales a comerciar y trabajar**, que opere como incentivo suficiente para lograr finalmente la conducta que se le exige⁷² (El resaltado me corresponde).

4. CONCLUSIÓN

En este capítulo desarrollé el tema de la violencia de género económico-patrimonial contra la mujer y sus hijas e hijos a cargo, tema que gradualmente está adquiriendo visibilización, investigación, estudio y desarrollo jurisprudencial internacionalmente y en la Argentina.

La violencia de género económico-patrimonial contra la mujer es un ataque a la libertad de las mujeres, ya que violenta su autonomía económica la cual es fundamental para permitirle tomar decisiones para vivir una vida plena y sin violencia.

Los estudios internacionales revisados han establecido que la violencia de género económico-patrimonial es una forma específica de violencia contra la mujer, que tiene impactos diferenciales y que, por lo general, está presente a

⁷² Ver autos: “S. s/violencia familiar”, Juzgado de Familia de Rawson, 1/9/2017, sentencia firme, expte. N° 397/2014, el Dial.com-AAA145, publicado el 7/9/2016.

otras formas de violencia de género (psicológica, física, sexual). De los fallos judiciales argentinos analizados se observa cómo los hechos de violencia de género económico-patrimonial contra las mujeres y sus hijos e hijas son instrumentados por los agresores (exparejas) de las mujeres demandantes o denunciadas en los procesos judiciales, quienes previamente habían infligido alguna forma de violencia hacia ellas y sus hijos/as, y que buscaron continuar con su control y dominio sobre sus ex parejas una vez finalizada la relación, siendo la violencia de género económico-patrimonial posterior a la separación uno de los instrumentos que implementaron para lograrlo.

Las sentencias señalan, también, cómo la violencia económico-patrimonial se presenta después de la separación mediante maniobras fraudulentas, manipulaciones de las pruebas y de los procesos judiciales, el no pago de alimentos, y suele involucrar a terceras personas que participan de estas conductas faltas de éticas, y en muchas ocasiones ilícitas, en perjuicio de las ex parejas mujeres, pero también de las/os hijas/os a quienes el alimentante debiera proteger, cuidar, nutrir y acompañar en su desarrollo.

Del análisis de los casos realizado también se aprecia en muchos casos que los agresores son completamente indiferentes a las medidas conminatorias que los jueces dictan para hacer cumplir sus sentencias, y ello me recuerda al magistrado estadounidense Albert Kramer a cargo de un juzgado especializado en violencia doméstica en el distrito de Quincy, Massachussets, quien dijo:

Quando tratamos a los agresores de VD, ellos más que cualquier otro delincuente de delitos violentos, son los más peligrosos y que presentan el mayor potencial de daño (...) No existe otro grupo de agresores violentos que más se resistan a las órdenes judiciales y esfuerzos para disminuir su violencia y prevenir su incansable hostigamiento hacia sus víctimas⁷³.

Los hechos de violencia descritos constituyen violaciones a los derechos humanos fundamentales de mujeres (y sus hijos/as menores/as), tal como lo señalan la CEDAW, Belém do Pará y la ley 26.485 y, las manipulaciones desplegadas por los agresores económicos, expresan su burla a sus víctimas, a la justicia y a toda la sociedad. Sin justicia, la sociedad queda a merced de la ley del más fuerte, y los miembros más vulnerables de la familia en manos de sus agresores. Y, en particular, el no pago de alimentos como expresión de la violencia económico-patrimonial alerta sobre la urgente necesidad de modificar la ley 26.589 de Mediación Prejudicial Obligatoria a fin de excluir entre la obligatoriedad de mediación los temas de reclamos de alimentos cuando existe una

⁷³ KRAMER, Albert citado en PTACEK, James, *Battered Women in the Courtroom. The Power of the Judicial Response*, Boston, Northeastern University Press, 1999, p. 85.

medida cautelar por violencia familiar de poca data entre las partes requirente y requerido⁷⁴.

Es, por todo lo desarrollado en estas páginas, que los fallos antes explorados representan una bocanada de aire fresco en el camino hacia una vida libre de violencia para mujeres, niñas y niños, y en el afianzamiento de la justicia en la Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, Adrienne - TOLMAN, Richard M. - BYBEE, Deborah - SULLIVAN, Chris M. - KENNEDY, Angie C., “The Impact of Intimate Partner Violence on Low-Income Women’s Economic Well-Being: The Mediating Role of Job stability”, en *Violence against Women*, vol. 18, 17/2/2013, pp. 1345-1367.
- ADAMS, Adrienne - SULLIVAN, Chris M. - BYBEE, Deborah - GREESON, M. R., “Development of the scale of economic abuse”, en *Violence against Women*, vol. 14, N° 5, 1/5/2008, pp. 563-588.
- CELS, *Mujeres en prisión. El alcance del Castigo*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores, 2011, p. 279.
- CEPAL, *La autonomía de las mujeres e igualdad en la Agenda de Desarrollo Sostenible*. ONU. CEPAL. XIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Montevideo. Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2016, p. 184.
- DAICH, Deborah, “La administración burocrática del cuidado. Justicia penal y “conflictos de familia”, en *Revista Debate Feminista*, vol. 44, octubre de 2011, pp. 33-59.
- HART, Barbara J. - HART, J. D. - KLEIN, Andrew R., *Practical Implications of Current Intimate Partner Violence Research for Victims Advocates and Service Providers*. US Department of Justice, 2013, s/l, p. 260.
- HASANBEGOVIC, Claudia, “Entre el texto y la realidad: Los estándares internacionales de derechos humanos ¿son de utilidad para las mujeres?”, en *Revista Anales*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, año 14, N° 40, 2017, pp. 297-340, dispo-

⁷⁴ Escapa al cometido y límites de este trabajo desarrollar la propuesta de modificación de la ley de mediación prejudicial obligatoria que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, baste señalar que de lo desarrollado en este trabajo surge con claridad que “el no pago de alimentos” es violencia de género, y una táctica de los agresores para continuar ejerciendo el poder y el control sobre sus ex parejas una vez separados de la mismas, y que, en los primeros meses de separados/as, profundiza la asimetría de poder entre las partes. Sostener que en ese contexto las partes pueden “comunicarse en igualdad de condiciones” es ignorar la asimetría de poder por género de esta forma de violencia de género, y facilitar el empoderamiento de los agresores.

- nible en: <http://www.claudiahasanbegovic.com/publicaciones/HASANBEGOVIC2017-Entre-el-Texto-y-la-Realidad.pdf> [consultado el 14/4/2018].
- HASANBEGOVIC, Claudia - OLIVA, Rocío B. - CYMERMAN, Carolina, “Varones violentos/Estado negligente: el tortuoso camino de exigir alimentos para los(as) hijos(as) en Buenos Aires”, en: LANARI, María Estela - HASANBEGOVIC, Claudia (comps.), *Mujeres de Latinoamérica: el presente en veintidós letras*, Mar del Plata, Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata, 2015, pp. 53-100, disponible en: <http://www.claudiahasanbegovic.com/publicaciones/2015-%20Mujeres%20de%20Latinoamerica.pdf> [consultado el 14/4/2018].
- HASANBEGOVIC, Claudia, *Informe de Consultoría: Asistencia Técnica Especializada para el Diseño de una Guía de Instalación para Casas de Medio Camino para Mujeres en Situación de Violencia Doméstica*. INMUJERES. Ministerio de Desarrollo Social de la República Oriental del Uruguay, abril 2014 (mimeo).
- HASANBEGOVIC, Claudia, “Alimentos a cargo del padre. Violencia patrimonial contra mujeres y niñas(os) y Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *El Reporte Judicial*, Revista del Tribunal Superior de Justicia de Chubut, N° 28, 2013, pp. 72-85, disponible en: <http://www.claudiahasanbegovic.com/publicaciones/Alimentos-a-cargo-del-Padre.pdf> [consultado el 14/4/2018].
- HUSNI, Alicia - RIVAS, María Fernanda, *Familias en litigio: perspectiva psicossocial*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 353.
- JAFFE, Peter G. - CROOKS, Claire V. - POISSON, Samantha E., “Common Misconceptions on Domestic Violence in Child Custody Disputes”, en *Juvenile and Family Court Journal*, vol. 54, N° 4, otoño 2003, pp. 57-67.
- JAFFE, Peter G. - ZERWER, Michelle - POISSON, Samantha E., *Access Denied: The Barriers of Violence and Poverty for Abused Women and their Children After Separation*, Londres, Canadá, Centre for Children and Families in the Justice System, 2002, p. 15.
- MCDONALD, Fiona, *Spotlight on economic abuse: a literature and policy review*. Collingwood. Good Shepherd Youth and Family Service and Kildonan Uniting Care, 2012, s/l., p. 69.
- MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia de violencia en sus relaciones interpersonales. Aportes, deudas y desafíos de la ley N° 26.485*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2015, p. 64.
- MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, *Women in Prison. Causes, Conditions and Consequences*. Cornwell University. Defensoría General de la Nación Argentina. University of Chicago School. Law School. Human Rights Clinic, 5/1/2013, p. 44.
- OLIVA, Rocío Belén, “La puta mercancía: investigación etnográfica y feminista sobre mujeres sobrevivientes de explotación sexual en Ciudad de

- Buenos Aires” (tesis de Magister), Maestría en Estudios de las Familias, Universidad Nacional de San Martín, 5/3/2018.
- POSTMUS, Judy L. - PLUMMER, Sara-Beth - MCMAHON, Sarah - SHAANTA MURSHID, N. - SUNG KIM, Mi, “Understanding Economic Abuse in the Lives of Survivors”, en *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 27, N° 3, febrero de 2012, pp. 411-430.
- PROYECTO DE INTERVENCIÓN EN VIOLENCIA DOMÉSTICA DE DULUTH, Minnesota, *Rueda de poder y control*, disponible en: <https://www.theduluthmodel.org/product/poder-y-control-wheel-poster/> [consultado el 15/4/2018].
- PRZEKOP, Mary, “One More Battleground: Domestic Violence, Child Custody, and the Battered Relentless Pursuit of their Victims through the Courts”, en *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 9, N° 2, artículo 14, primavera/verano 2011, pp. 1052-1106.
- PTACEK, James, *Battered Women in the Courtroom. The Power of the Judicial Response*, Boston, Northeastern University Press, 1999, p. 240.
- RICCIARDI, Victoria, “El derecho a la vivienda como elemento imprescindible para vivir una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia”. COHRE. Ponencia presentada en el Congreso “Las Políticas de Equidad de Género en Prospectiva: Nuevos Escenarios, Actores y Articulaciones”, Buenos Aires, FLACSO, noviembre de 2010, p. 18.
- ROBINSON, Amanda L., *The Cardiff Woman’s Safety Unit: A Multi-Agency Approach to Domestic Violence*, Cardiff, Cardiff University, mayo 2000, p. 89.
- STYLIANOU, Amanda Mathisen - POSTMUS, Judy L. - MCMAHON, Sarah, “Measuring Abusive Behaviours, Is Economic Abuse a Unique Form of Abuse?”, en *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 28, N° 16, noviembre de 2013, pp. 3186-3204.
- SHARP, Nicola, “*What’s yours is mine*”: *the different forms of economic abuse and its impact on women and children experiencing domestic violence*, Londres, Refuge, 2008, p. 48.
- TOBAREZ, Rolando, “Rawson: si no paga cuota alimentaria será obligado a vivir en situación de calle”, *Diario La Jornada*, 10/10/2017, disponible en: http://www.diariojornada.com.ar/197637/provincia/si_no_paga_la_cuota_alimentaria_sera_obligado_a_vivir_en_situacion_de_calle [consultado el 14/4/2018].
- TÓFALO, Ariel - SCARDINO, Marisa, “Hogares a Cargo de Madres Solas (Hogares Monoparentales). Un estudio socio-jurídico”, en GROSSMAN, Cecilia (dir.) - HERRERA, Marisa (comp.), *Familia Monoparental*, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Universidad, capítulo II, pp. 111-175.
- UFASE-INECIP, *Informe La Trata Sexual en Argentina. Aproximaciones para un Análisis de la Dinámica del Delito*, Buenos Aires, Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2012, p. 53.

NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, A/RES/34/180, ratificada por la Argentina por ley 23.179, 8 de mayo de 1985, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm>. Fecha de consulta: 15/4/2018.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, 9 de junio de 1994, washington DC: OEA, ratificada por la Argentina por ley 24.632, el 13 de marzo de 1996, publicada en el boletín oficial el 9 de abril de 1996, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infoleginternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>. fecha de consulta: 13/4/2018.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, ratificada por la Argentina por ley 23.849, del 27 de septiembre de 1990, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infoleginternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>. fecha de consulta: 15/4/2018.

DECLARACIÓN Y PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJING, CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, A/CONF.177/20/REV.1, 4 AL 15 DE SEPTIEMBRE DE 1995, NUEVA YORK.

Decreto 1011/2010, reglamentación de la ley 26.485 de protección integral a las mujeres, publicado en el Boletín Oficial el 20 de julio de 2010, N° 31.947, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infoleginternet/anexos/165000-169999/169478/norma.htm>. fecha de consulta: 15/4/2018.

LEY 13.944 Penalidades por Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, sancionada el 15 de septiembre de 1950, publicada en el Boletín Oficial el 3 de noviembre de 1950, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/13944-nacional-penalidades-incumplimiento-deberes-asistencia-familiar-lns0001937-1950-09-15/123456789-0abc-defg-g73-91000scanyel>. Fecha de consulta: 13/4/2018.

LEY 26.485 de Protección Integral a las Mujeres para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos donde Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, sancionada el 11 de marzo de 2009, y publicada en el Boletín Oficial el 14 de abril de 2009, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>. Fecha de consulta: 14/4/2018.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN HACIA LA MUJER, CEDAW/C/GC/35, 14 de julio de 2017

Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón contra la mujer, actualiza la recomendación general N° 19.

RESOLUCIÓN 219/2015 del Fiscal General sobre Reglas Generales de Actuación para la Fiscalía de la Ciudad de Buenos Aires en casos de violencia doméstica y violencia de género, del 21 de diciembre de 2015, disponible en: <https://www.fiscalias.gob.ar/wp-content/uploads/2015/12/Resoluci%C3%B3n-FG-N%C2%BA-219-15-Criterio-General-de-Actuaci%C3%B3n-Violencia-Dom%C3%A9stica-ty-de-G%C3%A9nero.pdf>. Fecha de consulta: 10/4/2018.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso “Baldeón García, Bernabé vs. Perú”, sentencia del 6/4/2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 147, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_espl.pdf. Fecha de consulta: 10/4/2018.

Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia del 31/8/2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 216, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM5.pdf>. Fecha de consulta: 16/4/2018.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

“C. S. M. c. S. M. O. s/separación de bienes”, Cámara de Familia de Mendoza, 29/8/2017. MJ-JU-M-106500-AR | MJJ106500 | MJJ106500.

“G. V. C. c. F. M., J. M. s/violencia familiar”, Cámara Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala I, 30/8/2016.

“Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional”, CSJN, 15/6/2004, Fallos 324:122.

“Reyes, Eduardo Ángel s/delito de acción pública”, sentencia del 30/12/2016, causa CFP 8676/2012/1/CFC1, Cámara Federal de Casación Penal, CABA, sala 1ª, voto del Dr. Hornos, Id SAIJ: FA16260669.

“S. s/violencia familiar”. Juzgado de Familia de Rawson, 1/9/2017, sentencia firme. Exp. N° 397/2014, elDial.com-AAA145, publicado el 7/9/2016.

“Ucha, Sebastián Alberto s/infr. art. 1º ley 13.944 s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, 12/2/2014, Incidente de apelación, Tribunal Superior de Justicia de la CABA. Expte. N° 9166/12.

Recepción: 1/4/2018

Aceptación: 6/6/2018

PARTICIPACIÓN FEMENINA EN LOS TRIBUNALES
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.
REALIDADES Y ARGUMENTACIONES*

Por BEATRIZ KOHEN**

Resumen:

La expansión de los Derechos Humanos y sus instancias de protección y defensa se dio en forma paralela a la entrada masiva de las mujeres a las profesiones jurídicas. Pero ¿ello ha significado que se haya alcanzado una representación de género equitativa en los tribunales internacionales de derechos humanos? Este trabajo indaga en la cuestión de la participación de las mujeres en los tribunales internacionales de DDHH y recorre los argumentos a favor de una justicia internacional más diversa, propone estrategias para lograrlo y analiza casos particulares de relevancia.

Palabras clave:

Mujeres, tribunales internacionales, igualdad de género, proceso de selección, acción afirmativa.

WOMEN'S PARTICIPATION IN INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS COURTS.
REALITIES AND ARGUMENTS

Abstract:

The relatively recent expansion in the legal recognition of human rights and the creation of institutions for its enforcement has run in parallel to the massive entry of

* Una versión anterior de este artículo fue presentada en el Curso Internacional sobre Derechos Humanos 2017 del CIPDH en Buenos Aires el 24 de octubre de 2017.

** Beatriz Kohén, PHD, Universidad de Durham, Reino Unido, Magister en Ciencias Sociales con especialización en Sociología, FLACSO, Buenos Aires, BA (Hns.) Universidad de Sussex, Reino Unido. Socióloga, Investigadora con una larga trayectoria en el tema del género en el derecho, con numerosas publicaciones en la materia. Actualmente, profesora en el posgrado en Derecho en la UP, en la Maestría en Género de UCES. Consultora independiente. E-Mail: bkohen@fibertel.com.ar.

women into the legal professions. But, has this brought equal gender representation in International Human Rights Courts?

This paper explores women's participation in those courts and discusses the arguments in favour of a more diverse international judiciary. It suggests the need to develop strategies aimed at achieving equality and analyses cases of particular interest.

Keywords:

Women, international courts, gender equality, selection processes, affirmative action.

INTRODUCCIÓN

En el mundo occidental, la posguerra significó el advenimiento de cambios de gran relevancia en relación con el tema de la participación femenina en los tribunales internacionales de Derechos Humanos. Se trata, fundamentalmente, de una gran expansión en el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos y de creación de instituciones que los garanticen y del ingreso masivo de mujeres a los estudios universitarios en Derecho.

Por una parte, a fin de evitar la repetición de atrocidades del tipo de las perpetradas durante la II Guerra Mundial, la comunidad internacional creó instituciones —como las Naciones Unidas— y sancionó normativas destinadas a asegurar la paz y la seguridad mundial —como declaraciones y tratados internacionales— y estableció órganos de vigilancia y control de su cumplimiento por parte de los países parte —como las comisiones y los tribunales—. Por otra parte, el período de la posguerra atestiguó una verdadera revolución en cuanto a los roles desempeñados por las mujeres en la sociedad, en particular, aquellos derivados de su ingreso masivo a la educación superior y su consiguiente participación en el ámbito profesional. Las profesiones jurídicas no permanecieron ajenas a este proceso, la participación femenina en sus filas se inició de forma paulatina pero, en un lapso de 50 años, la carrera de Derecho pasó de ser masculina a ser, por lo menos, una carrera mixta. De hecho, en varias jurisdicciones la proporción de mujeres entre los estudiantes de derecho incluso pasó a superar la matrícula masculina y ya van varias décadas que se mantiene en esos niveles.

Sin embargo, esta alta presencia de mujeres en las universidades y en el ámbito jurídico en general no se tradujo en una participación profesional equitativa; todas las áreas de ejercicio profesional del derecho —la práctica privada de la profesión, la justicia y la academia jurídica— se caracterizan por una doble segmentación, las mujeres tienden a estar concentradas en las bases de la pirámide ocupacional y en las especialidades de menor prestigio, que implican menor retribución económica y son las más estrechamente relacionadas con los roles de cuidado, tradicionalmente asociados a las mujeres. Preocupadas por la persistencia de la desigualdad de género en el contexto de tremendos cambios en el status de las mujeres, varias autoras feministas hablan de un “régimen de

género”¹, que se caracteriza por la sobrevaluación de lo femenino y la desvalorización de lo masculino y genera barreras para el ascenso de las mujeres² y se concreta en formas de integración a los ámbitos laborales signadas por la desigualdad. Formas que han inspirado la utilización de una serie de metáforas para caracterizarlas, como el techo de cristal; el piso pegajoso; las escaleras resbaladizas y la puerta giratoria, entre otras.

El funcionamiento de las instituciones de derechos humanos requiere de profesionales formados/as, así, crea oportunidades de empleo para estas camadas de mujeres calificadas que ingresaron al mercado de trabajo en las últimas décadas. Cabe preguntarse, entonces, por las modalidades que adquiere la incorporación de las mujeres abogadas a este ámbito de la justicia internacional y si ella logra escapar a las fuerzas tan penetrantes que tienden a empujar a las mujeres a lugares subordinados en los ámbitos profesionales, aun cuando existan mecanismos tendientes a equilibrar la participación de ambos sexos.

1. LA PARTICIPACIÓN FEMENINA EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Recientemente, el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires realizó una investigación en el marco la campaña GQUAL (“Campaign for gender parity in international representation”) que indagó sobre la efectiva participación de las mujeres en los espacios de justicia internacional —órganos de tratados, relatorías especiales, tribunales internacionales, entre otros—, tratando de identificar en qué medida ha aumentado la participación de las mujeres en tribunales internacionales y cuerpos de monitoreo en los últimos 16 años. Con ese fin, analizaron la composición de los tribunales internacionales y cuerpos de monitoreo relevados por GQUAL, intentando estimar el balance de género en cuatro momentos históricos, en el año 2000, en el 2005, en el 2010 y en el 2015.

Según el mencionado informe, en el año 2000, el total de miembros en los organismos monitoreados ascendía a 661, 525 de ellos eran hombres (79,43%) y 136 eran mujeres (20,57%). Por su parte, para el año 2015, estas cifras aumen-

¹ CONNELL, Raewyn, “Glass Ceilings or Gendered Institutions? Mapping the Gender Regimes of Public Sector Worksites”, *Public Administration Review*, november/december, 2006, pp. 837-849.

² THORNTON, Margaret (2012-2013), “The changing gender regime in the neoliberal legal academy”, 1, 33 (2), *Zeitschrift für Rechtssoziologie, The German Journal of Law and Society*, April 2014, pp. 235-251. Como sugiere la autora, este régimen de género da forma a las experiencias institucionales de desigualdad que padecen las mujeres en términos generales y es un factor de la sub representación de las mujeres entre los más altos cargos. La autora agrega que estas trabas en el avance de las mujeres sólo pueden explicarse con un análisis complejo, que considere la combinación de factores como la biología y las responsabilidades de cuidado con la división sexual del trabajo, las relaciones de poder, la cultura y la subjetividad.

taron a un total de 1397 miembros de los cuales, 993 eran hombres (71,08%) y 404 eran mujeres (28,91%).

El equipo concluyó que, si bien durante el período de tiempo analizado existió un aumento en la participación de las mujeres en los organismos internacionales monitoreados, el incremento porcentual fue realmente leve (de 8%) y no cercano a la paridad. Además, tanto en el año 2000 (93 de 136 o el 68%) como en el 2015 (188 de 404 o 46,53%), la mayor proporción de mujeres se concentraba en aquellos cuerpos vinculados a los roles de género que tradicionalmente recaen sobre las mujeres, como la Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres y Niños de Asia, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño.

En el extremo contrario, en los cuatro tribunales que en el año 2000 contaban con menos del 5% de mujeres, en el 2015, la participación femenina había aumentando de forma casi insignificante. Se trata de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal del Derecho del Mar, la Corte Europea de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuadro 1. Proporción de mujeres en tribunales internacionales de derechos humanos en 2015

Tribunal 2015		N° de M	N° total	% M hoy	% M hiat. 2015	Tendencia	Cláusula
Corte Africana de DDHH y de los Pueblos		2	11	18	18%	Estable	<ul style="list-style-type: none"> ● Aspiración de rep. más balanceada
Tribunal Europeo de DDHH		15	45	33	20,11	En aumento	<ul style="list-style-type: none"> ● Aspiración de rep. (Obligatoria 2004 –) ● Candidatura mixt ● Mejorar los sistemas de monitoreo y selección ● No hay reelección
Corte Interamericana de DDHH		1	7	14	11,4	Escasa y variable	No tiene nada
Corte Penal Internacional		7	18	39	47	Relativamente alta y sostenida	<ul style="list-style-type: none"> ● Requerimiento de rep. ● Recom. nominación y selección
Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia	Total	4	26	14	17,64		
	Permanentes	2	19	11		Relativamente estable en rango	<ul style="list-style-type: none"> ● Nada para los jueces permanentes
	<i>Ad litem</i>	1	3	33		Disminuyendo	<ul style="list-style-type: none"> ● Aspiración de rep. para jueces <i>ad litem</i>

Tribunal 2015		Nº de M	Nº total	% M hoy	% M hiat. 2015	Tendencia	Cláusula
Tribunal Penal Internacional para Ruanda	Total	2	10	20	16,66		
	Permanentes	2	9	22		Relativamente estable en rango	● Nada para los jueces permanentes
	<i>Ad litem</i>	0	1	0		En franco descenso	● Aspiración de rep. para jueces <i>ad litem</i>

Como conclusión de esas mediciones, el CDDHH de la UBA estimó que si se sostuviera ese lento ritmo de crecimiento de la participación de mujeres en los organismos internacionales, alcanzar la paridad tomaría por lo menos 40 años más.

Si bien el informe pormenorizado del Centro de DDHH de la UBA se refiere a todos los tribunales del sistema internacional, a partir de este punto, propongo profundizar el análisis haciendo un recorte de los organismos a considerar. Tomaré los tribunales internacionales cuya materia está más estrechamente relacionada con los derechos humanos: la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Veamos, entonces, qué podremos concluir al observar la participación femenina en los tribunales internacionales de derechos humanos en 2015.

La realidad que muestra el cuadro anterior nos invita a reflexionar en torno a tres interrogantes. En primer lugar, analizaremos críticamente los argumentos que intentan explicar la escasa representación femenina en los tribunales internacionales de derechos humanos. En segundo lugar, repasaremos brevemente los motivos por los que resultaría deseable que la composición de los tribunales internacionales fuera equilibrada en términos de género. Finalmente, describiremos brevemente algunas iniciativas exitosas que representan ejemplos de estrategias posibles para lograr progresivamente ese ideal de participación equitativa.

2. ¿POR QUÉ HAY TAN POCAS MUJERES EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS?

Es bastante frecuente que la discusión sobre la presencia de mujeres en los tribunales internacionales sea desechada de cuajo con el argumento que supone que la justicia es neutral y, por lo tanto, la consideración del sexo en su composición es irrelevante. En contraste con esa postura, en la próxima sección repa-

samos los motivos de que una constitución equilibrada de hombres y mujeres en los tribunales sea deseable.

Uno de los argumentos que se esgrime más comúnmente justifica la escasez de mujeres en la observación de que cuando se compara la cantidad total de mujeres y varones con las calificaciones y la experiencia necesarias para desempeñar esos cargos, el número de varones con esas características resulta mayor. Ese argumento está estrechamente asociado a otro que explica la falta de mujeres en esos tribunales por la falta de antecedentes —o sea que no se nominan mujeres porque antes no se lo ha hecho—, una explicación bastante circular, por cierto. En esa misma línea hay quienes reniegan de la utilización de cuotas en los procesos de selección de miembros de estas cortes, pues su puesta en marcha implicaría la elección de mujeres sin las calificaciones y la experiencia que el desempeño del cargo requiere. Sin embargo, tal peligro no se corresponde con una inquietud justificada, ya que, a partir de la década del 70, las mujeres han ido ingresando masivamente y en progresión geométrica al ámbito jurídico, con lo cual se puede afirmar que ya existe una masa crítica de mujeres con la formación y la capacidad necesarias para desempeñarse como juezas en esos tribunales.

Si bien el primer argumento, o sea del menor número de mujeres elegible, parecería explicar la cuestión a nivel estadístico, en realidad, se trata de un argumento que no resiste un análisis riguroso. Si bien en algunos países la proporción de mujeres calificadas es menor que la de los varones, en otros, estas proporciones están más parejas y, además, hay países con una importante proporción de mujeres abogadas y juezas como Francia y UK que no han nominado o casi no han nominado mujeres a las cortes internacionales. Otros, como Japón, por ejemplo, teniendo una proporción menor de mujeres en las profesiones jurídicas han nominado más mujeres a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. Por otra parte, los cargos en esos tribunales no son tantos y, por lo tanto, no se requeriría de un total de mujeres calificadas mayor al existente para poder nominar algunas mujeres más³. En realidad, si se analizan las variaciones en la participación femenina en esos tribunales a lo largo del tiempo, se puede observar que unas cuantas de estas cortes atravesaron momentos en que el porcentaje de mujeres fue considerablemente más alto que hoy en día —como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo—, mientras que, en realidad, con el paso del tiempo, el número de mujeres que constituye esa masa crítica de posibles candidatas calificadas no ha disminuido sino que, por el contrario, ha ido aumentando considerablemente.

El argumento de la escasez de mujeres tampoco consigue explicar variaciones en la representación femenina entre tribunales con requerimientos y especialidades muy similares, ni las variaciones en el tiempo en la composición

³ GROSSMAN, Nienke, “Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, N° 2, article 9, 2012.

de la misma corte como, por ejemplo, el drástico descenso en la representación femenina en la Corte Penal Internacional por la antigua Yugoslavia y en la Corte Penal Internacional por Ruanda⁴.

En realidad, lo que sucede es que la segregación sexual vertical a nivel nacional tiende a arrastrarse al ámbito de la justicia internacional. De hecho, como ya fuera mencionado, independientemente del incremento masivo del número de mujeres en las diferentes ramas de las profesiones jurídicas, la proporción de mujeres en sus distintas áreas tiende a disminuir a medida que aumenta la jerarquía del cargo: las mujeres están subrepresentadas en los cargos de mayor jerarquía y sobrerrepresentadas en los de menor jerarquía. Efectivamente, los jueces y juezas de los tribunales internacionales de Derechos Humanos provienen y son generalmente reclutados de los ámbitos de la justicia, la academia y la diplomacia que no escapan a esta realidad y, además, están profundamente imbuidos en la política.

Otros argumentos más plausibles a fin de explicar que las mujeres casi no son nominadas tienden a poner el énfasis en las deficiencias en los mecanismos de nominación y selección y a su carácter político —expectativas de apoyo, pagos de favores—. Como consecuencia de los famosos techos de cristal a nivel doméstico, las mujeres no desarrollan el capital social que esas formas de reclutamiento requieren. Esto se hace notorio en la medida en que, a través del análisis de las variaciones en el tiempo, se constata una frecuente renovación de cargos en la persona del mismo juez varón. Otros todavía se refieren al tema destacando crudamente el insidioso problema de la discriminación femenina y el carácter masculino de la política.

3. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA REPRESENTACIÓN DE GÉNERO EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS?

Es claro que estas cortes deciden cuestiones trascendentales que involucran e interesan a mujeres y varones y, por lo tanto, es importante que las mujeres que constituyen la mitad de la población estén representadas entre quienes toman las decisiones. Además, esto coincide con el mandato de los tratados internacionales de Derechos Humanos de asegurar una participación femenina igualitaria en todos los órganos de gobierno que establecen que los estados parte deberán promover la igualdad de género, a través de políticas públicas activas,

⁴ GROSSMAN, Nienke, “Shattering the Glass Ceiling in International Adjudication” (7/9/2015). *Virginia Journal of International Law*, vol. 56.2, 2016, University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper N° 2016, <https://ssrn.com/abstract=2472054>, fecha de consulta 20/4/2018 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2472054>, fecha de consulta 20/4/2018 y GROSSMAN, Nienke, “Achieving Sex-Representative International Court Benches”, *The American Journal of International Law*, vol. 110, N° 1, January 2016, pp. 82-95, <http://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintlaw.110.1.0082>, fecha de consulta: 19/4/2018.

incluyendo medidas transitorias de acción positiva (la Carta de la UN, preámbulo, capítulo 8; la Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos arts. 3º y 25; la CEDAW).

Más allá de los aspectos más normativos, se han utilizado distintos tipos de explicaciones para justificar una representación igualitaria de mujeres en los tribunales internacionales de DDHH. Por un lado, se aduce que es un tema de representación democrática, por otro, se argumenta que una composición balanceada en términos de género es importante para favorecer que los temas que más afectan a las mujeres sean tenidos en cuenta e interpretados desde la perspectiva y la experiencia de las mujeres, o sea, asegurando que las personas afectadas, antes excluidas, se vean representadas entre quienes juzgan.

De hecho, la presencia de mujeres, el hecho de que la composición de las cortes refleje las diferencias presentes en la sociedad, les otorga legitimidad—su autoridad es reconocida, no solamente tienen derecho a emitir decisiones sino que existe una creencia, un consenso de que lo tienen— y eso es particularmente importante en el caso de estos tribunales por su particular fragilidad, en tanto tienen escasas herramientas de “enforcement” y un flujo desparejo en el ingreso de fondos⁵. En ausencia de esos elementos, la legitimidad es un factor que aumenta las chances de cooperación y respeto por las sentencias por parte de los Estados, organismos internacionales, la comunidad internacional y el público en general, incluyendo personas particulares, ONGs.

Se alega, además, que si las niñas y jóvenes ven mujeres ocupando lugares destacados esto hará que ellas las incluyan en el repertorio de sus expectativas de vida y sientan el deseo de ocupar esos lugares: el fenómeno del efecto demostración. Asimismo, la inclusión de criterios igualitarios para la composición y funcionamiento de las cortes internacionales y la incorporación de procedimientos género sensitivos elevan los estándares de respeto por los derechos a nivel doméstico.

Además, también se ha dicho que ellas podrían decidir de forma diferente, este argumento ha inspirado una discusión muy rica y bastante apasionada que generó ríos de tinta, por eso es que le dedicamos un espacio en este trabajo, aun si luego decidimos que no conviene considerarlo en este contexto como un elemento central de la discusión. Los argumentos involucrados en el debate se parecen bastante a los razonamientos que se dan a nivel de la representación femenina en los juzgados domésticos y cuyos principales puntos de discusión intentaré transmitir en forma muy sucinta a continuación⁶.

Inspiradas por el “feminismo cultural”, una vertiente del feminismo de la diferencia, cuya principal exponente es la psicóloga norteamericana Carol

⁵ GROSSMAN, Nienke, “Sex on the Bench...”, ob. cit., and “The Normative Legitimacy of International Courts”, *Temple Law Review*, vol. 86 (fall 2013).

⁶ Para una discusión más compleja y detallada ver KOHEN, Beatriz, *El género en la Justicia de Familia, Miradas y Protagonistas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, cap. 1.

Gilligan⁷, algunas académicas, entre las que se destaca inicialmente Carrie Menkel Meadow del derecho han extendido su pensamiento al ámbito jurídico⁸. Varias autoras han profundizado el argumento de Gilligan para reflexionar acerca de la relación entre el género y la actividad del juez y sobre cómo la supuesta perspectiva de las mujeres podría manifestarse en la justicia. Su argumento parte de la afirmación de que el derecho se ha constituido históricamente como un área básicamente masculina, tan permeada por esa perspectiva que los valores que han tendido a prevalecer en el sistema jurídico están imbuidos por las ideas de autonomía, derechos individuales, objetividad, neutralidad, desapego y preocupación con cuestiones de procedimiento. Mientras que, por el contrario, la voz femenina del cuidado en la justicia estaría acentuando valores como la conexión, la empatía, la respuesta a las necesidades, la preocupación con la justicia sustantiva, los valores comunitarios y la importancia del contexto, adquiridos a través de su participación más intensa en la esfera privada de la sociedad. Serían los valores que las mujeres podrían traer consigo al ámbito de la justicia y que contrastan notoriamente con los que dominan al interior del sistema legal.

Según Gilligan, dichas tendencias se originarían en los roles diferenciales de varones y mujeres en la sociedad, la socialización diferencial por género, y por el hecho de que varones y mujeres son criados casi exclusivamente por mujeres, aspectos estos que generarían características diferentes en las personalidades de varones y mujeres.

Considerando que la vida y las experiencias de las mujeres son, en varios aspectos, bastante diferentes de las de los varones, parece plausible que esas diferentes experiencias de vida se reflejen en las maneras cómo los jueces y juezas ejercen sus actividades profesionales, interpretan la ley y toman decisiones. Más aún, las diferentes experiencias de vida de las mujeres podrían, no solamente influenciar la forma cómo ellas interpretan la ley y toman sus decisiones sino que, además, podrían impactar en sus estilos de trabajo.

El debate alrededor de la voz diferente de cuidado de las mujeres juezas comprende tres aspectos básicos. El primero está relacionado con la mera existencia de una voz diferente y con su contenido. La segunda tiene que ver con la posibilidad de que las mujeres juezas puedan incorporar sus supuestas tendencias a sus actividades y con la capacidad que tendría esta perspectiva de impactar el sistema de justicia en un ámbito tan androcéntrico.

Ahora bien, si a nivel nacional, los estudios que han intentado identificar diferencias entre las formas de juzgar de mujeres y varones jueces no han llegado a resultados concluyentes, en los tribunales internacionales, con tan poca presencia de mujeres entre sus miembros, demostrar diferencias resultaría to-

⁷ GILLIGAN, Carol, *La moral y la teoría: psicología del desarrollo femenino*, México, FCE, 1985.

⁸ MENKEL MEADOW, Carrie, "Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process", *Berkeley Women's L.J.* 39, 1985 and "Portia Redux: Another Look at Gender, Feminism, and Legal Ethics", 2 *Va. J. Soc. Pol'y & L.* 75 (1994-1995).

davía más difícil. Por ese motivo, es preferible no justificar la necesidad de la representación igualitaria de las mujeres en la diferencia que ellas podrían incorporar sin enfatizar los argumentos relacionados con el cumplimiento de los compromisos internacionales, aquellos relativos a la representación y la legitimidad democráticas, aquellas que ven en la participación igualitaria la posibilidad de dar lugar a grupos antes excluidos y de generar un efecto demostración entre las nuevas generaciones⁹. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que juezas de la talla de Bertha Wilson, Lady Hale¹⁰, Cecilia Medina, Patricia Wald, entre otras, se han referido positivamente, aunque en tono más anecdótico, a las diferencias que las mujeres pueden incorporar al sistema de justicia.

4. FACTORES QUE FACILITAN UNA MAYOR REPRESENTACIÓN DE GÉNERO

Es interesante notar que en tribunales internacionales que se dedican a otras temáticas, la representación femenina es aún menor, en esos tribunales, las cláusulas de representación prácticamente no existen, parecería que la temática de los derechos humanos y los crímenes de guerra sensibilizara acerca del tema de la representación igualitaria.

Tal como se desprende de la lectura de las columnas de la derecha del cuadro número 1, en aquellos tribunales internacionales de Derechos Humanos donde no existe cláusula de representación de género, ya sea en forma de cuota o declaración de aspiración, casi no hay mujeres. En cambio, en aquellos tribunales con cláusula de aspiración o cuota, la proporción de mujeres es más alta. Lo mismo sucede cuando existen controles y exigencias sobre el proceso de nominación a nivel doméstico (mayor transparencia en la nominación; publicidad de las convocatorias entre posibles candidatas mujeres; exigencia de que se cumpla con la nominación de candidatas mujeres) y sobre el proceso de selección internacional (comisiones que controlen que las candidaturas nominadas realmente respondan al perfil requerido a través de la revisión de hojas de vida, previo a la selección final; que se tomen medidas ante incumplimientos de nominar mujeres), tendientes a mitigar el carácter político de las nominaciones y asegurar la independencia de los jueces y juezas seleccionados. En ambos niveles es positiva la intervención activa de la sociedad civil organizada. Estos procesos tienden a promover la diversidad y la entrada de grupos antes excluidos a los tribunales internacionales de Derechos Humanos y, en los tribu-

⁹ MALLESON, Kate, “La justificación de la igualdad de género en la magistratura: por qué la diferencia no funciona”, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo*, Año 8, N° 1, septiembre 2007.

¹⁰ KENNEY, Sally, *Gender and Justice: Why Women in the Judiciary Really Matter (Perspectives on Gender)*, New York, Routledge, 2012 y RACKLEY, Erika, *Women, Judging and the Judiciary, from Difference to Diversity*, Routledge-Cavendish, 2013.

nales concretos se dan, por lo general, distintas combinaciones de las estrategias mencionadas.

Tal como se señaló, el Centro de Derechos Humanos de la UBA estimó que si se sostuviera el lento ritmo de crecimiento de la participación de mujeres en los organismos internacionales, tomaría por lo menos 40 años más alcanzar la paridad. Por ese motivo, las autoras del informe recomendaron a los Estados que tomen seriamente su deber de actuar de forma tal de revertir la actual situación de disparidad, para lo cual deberán rever y mejorar sus procedimientos de nominación y selección, a fin de generar igualdad de oportunidades de acceso a cargos en organismos internacionales a las candidatas mujeres¹¹.

5. EJEMPLOS DE EXPERIENCIAS TENDIENTES A LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LA COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Tal como ya fuera comentado anteriormente, la lectura del cuadro número 1 nos permitió apreciar con claridad el efecto positivo de la existencia de cláusulas de aspiración de composición equilibrada en materia de género en el nombramiento de mujeres jueces en los tribunales internacionales de Derechos Humanos. En esta sección se relatan, a vuelo de pájaro, las experiencias de dos cortes que constituyen ejemplos paradigmáticos en cuanto han puesto en marcha estrategias de acción afirmativa, la idea es que se constituyan en espacios apropiados para la reflexión sobre los devenires, peripecias y desarrollo de este tipo de acciones: la Corte Penal Internacional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dos desarrollos diferentes, ambos interesantes para quienes importa promover la igualdad de género en las instituciones públicas. En el caso de la Corte Penal Internacional asistimos a un caso muy especial de gran protagonismo de la sociedad civil y el movimiento de mujeres que fue decisivo en la constitución del tribunal como un órgano con equidad desde su propia concepción. En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el factor decisivo fue la acción de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y su política de promoción de un sistema de control de los procesos de nominación a nivel doméstico y de selección a nivel internacional.

También se han podido observar recientemente avances muy significativos en relación con la elección de mujeres en la Corte Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos quienes, en 2017, ha alcanzado proporciones muy considerables de mujeres en su composición y que constituye un gran avance para quienes bregan por la igualdad y la paridad de género en la Unión Africana. Por tratarse de acontecimientos tan recientes apenas los menciona-

¹¹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Facultad de Derecho UBA, Informe 1 e Informe 2, 2017, en www.derecho.uba.ar/noticias/2017/presentacion-de-informes-del-centro-de-derechos-humanos-cdh-de-la-facultad-en-el-marco-de-la-campana-gqual, fecha de consulta: 15/4/2018.

mos, con la esperanza de que esta tendencia se mantenga a lo largo del tiempo. Por primera vez en su historia, el tribunal estuvo constituido por 5 mujeres en un total de 11 miembros. Aparentemente, este cambio en la tendencia de nombramiento de mujeres juezas en la corte fue la consecuencia de la aplicación de medidas punitivas en las elecciones anteriores, descalificando a aquellos países que no nominaron mujeres durante las dos últimas elecciones.

5.1. *La Corte Penal Internacional*

El caso de la Corte Penal Internacional es particularmente significativo, pues se ha implicado con el tema de la igualdad de género, tanto en cuanto al tipo de casos en los que entiende como en su misma composición y desde su creación. También es un ejemplo paradigmático del poder de la sociedad civil y del movimiento feminista para generar y sostener criterios de igualdad en su diseño institucional, en su instalación y en su posterior desarrollo. Constituye, además, un modelo que debe ser emulado por otras cortes, tanto internacionales como domésticas.

Como antecedentes que contribuyeron al proceso de reconocimiento por parte de las organizaciones de mujeres y del sistema internacional de la necesidad de creación de una Corte Penal Internacional con criterios de igualdad de género, se puede mencionar la falta de registro de los abusos y de respuesta a los daños sufridos por las mujeres durante la guerra. De hecho, los procesos de Nuremberg, emprendidos por las naciones aliadas vencedoras de la segunda guerra mundial para determinar y sancionar los abusos y crímenes perpetrados por los nazis contra la humanidad no tuvieron en cuenta para nada las violaciones de los derechos de las mujeres que tuvieron lugar durante la guerra. Obviamente, ninguna mujer formó parte del tribunal militar de Nuremberg. En particular, la falta de reconocimiento por parte del estado japonés de su responsabilidad por los abusos de esclavitud sexual perpetrados en Timor Oriental en lo que se llamó el caso de las *comfort women* y el fracaso de algunos intentos individuales de litigio llevaron a la puesta en marcha de un proceso de juicio popular (WIWCT o Tribunal Internacional de las mujeres por Crímenes de Guerra) como forma de compensar el vacío dejado por los estados y la comunidad internacional. El tribunal, constituido en su mayoría por prestigiosas mujeres juezas y académicas (3) y un hombre, sesionó durante 5 días con la misión de proveer algún tipo de justicia que no había sido obtenida por estas mujeres, escuchó el testimonio en vivo de 75 mujeres sobrevivientes y escuchó grabaciones y filmaciones de otras tantas en situaciones similares. Resolvió que el Emperador Hirohito y otros acusados eran culpables de crímenes de violación y esclavitud sexual considerados como crímenes contra la humanidad¹². Si bien el jurado llegó a una decisión

¹² GRAYCAR, Regina, "A feminist adjudication process: Is There Such a Thing? In Schultz and Shaw. *Gender and Judging*", *Oñati International Series in Law and Society*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2013, pp. 435-455.

basándose en la aplicación de la ley internacional, dicha decisión no tiene la fuerza que habría tenido una decisión de un tribunal del sistema internacional propiamente dicho.

La tendencia minoritaria que caracterizó la participación de las mujeres en los tribunales criminales *ad hoc* para Ruanda y para la antigua Yugoslavia fue también crucial en el sentido de generar conciencia de la necesidad de impulsar la inclusión transversal de unas incumbencias muy claras que apuntaran a la justicia de género en la Corte Penal Internacional.

Podemos identificar algunos factores relacionados con la participación activa de la sociedad civil y su militancia (*advocacy*) que han coadyuvado para lograr una participación más equitativa de hombres y mujeres. La Corte Penal Internacional que tiene como parte importante de su mandato investigar y juzgar los crímenes de género y la violencia sexual constituye un ejemplo paradigmático en ese sentido: la acción del “Caucus por la Justicia de Género”, actual “Iniciativa de Mujeres por la Justicia de Género” ha sido crucial, ya sea durante el proceso de negociaciones en la primera etapa de discusión del Estatuto de Roma, como en las etapas posteriores, relacionadas con la puesta en marcha y el control del funcionamiento de la Corte. Efectivamente, a lo largo de los años transcurridos desde 1996 hasta el presente, la acción de la ONG ha logrado la inclusión de aspectos estrechamente vinculados a la igualdad de género.

Ejemplos de ello son los requerimientos de una composición balanceada en términos de género; la exigencia de que los funcionarios y funcionarias cuenten con experticia en género y en violencia de género¹³; el reconocimiento a las víctimas a participar de las diferentes etapas del proceso y de obtener reparación; la sanción de normas de procedimiento y prueba especiales para las víctimas de violencia sexual y de género, la inclusión de un principio interpretativo de no discriminación con base al género, son entre otros, los importantes avances logrados. Como consecuencia de esas acciones de cabildeo, por primera vez un tratado internacional —el Estatuto de Roma de la CPI— reconoce la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada, las persecuciones basadas en el género, el tráfico (particularmente de mujeres y niñas/os) y la violencia sexual como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y, en ciertas circunstancias, reconoce algunos de estos crímenes como formas de genocidio.

Una vez superadas las primeras etapas del proceso, la discusión y sanción del Estatuto de Roma, la fiscalización de que todos los criterios negociados fueran realmente tenidos en cuenta en el proceso de instalación de la Corte Penal Internacional, la ONG Iniciativa de Mujeres por la Justicia de Género siguió controlando las nuevas nominaciones y nombramientos y realizando, año a año,

¹³ Ver, por ejemplo: FRÍES, Lorena, “La campaña por la inclusión de mujeres y la experticia en violencia sexual y de género en la CPI; un nuevo horizonte para las juezas y operadoras de justicia de la región”. Experiencias para mejorar la situación de las mujeres en la justicia”, Seminario Internacional: Las Mujeres en la Justicia. Buenos Aires 17-19 de abril 2007.

además, un seguimiento y difusión de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de género¹⁴.

La Corte Penal Internacional fue creada como una corte con una composición de género equilibrada. Desde su instalación en el año 2013, su composición ha sido en un 50% femenina. Ello no significa que a lo largo del tiempo no se hayan presentado desafíos en cuanto al logro de los objetivos fijados para alcanzar la igualdad de género, sobre todo los relacionados con la contratación de personas con las experticias requeridas —temas de violencia sexual y de género y experticia en relación con traumas que se derivan de la violencia sexual y de género— que llevó mucho tiempo para concretarse.

5.2. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, creado en Roma, en el año 1959 (también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos) es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales casi en toda Europa. Entre el año 1959 y el año 1998, el proceso de selección de los jueces/zas para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue bastante sencillo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo debía seleccionar uno/a entre tres jueces/zas propuestos por el Consejo de Europa. La Corte debía estar compuesta por un juez de cada uno de los países miembros. Durante ese período, el porcentaje de mujeres entre los jueces/as de la Corte fluctuó entre el 0% y el 11%. Entre 1997 y 1998, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa comenzó a incluir cambios muy importantes en la forma de selección de los jueces/zas de forma tal que, eventualmente, se tornó un sistema muy complejo con el fin de asegurar los más altos estándares de transparencia, la selección de los mejores y más calificado/as candidatos/as y el equilibrio de género. Se puso el foco en las nominaciones a nivel nacional, incluyéndose, la preparación de currículos modelo de los/las candidatas y el requerimiento de realización de entrevistas con los candidatos/as nominados/das. Con esas innovaciones en el método de selección de los jueces, la proporción de mujeres en la corte ya empezó a subir, en esos años entre 1997 y 1998 subió a 18% y, desde entonces no ha bajado de 17%.

Con el paso del tiempo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa fue agregando requerimientos, complejizando los procedimientos para promover selecciones más justas y transparentes, con una representación equilibrada de hombres y mujeres. Así, paulatinamente, se exigió, además, que los nombres de los candidatos y candidatas fueran organizados en listas por orden alfabético, que se dé una mayor publicidad y transparencia de las vacantes, de manera tal de que las mujeres con las calificaciones necesarias estén bien informadas de las oportunidades existentes.

¹⁴ “Women’s Initiatives for Gender Justice”, www.iccwomen.org.

En el año 2004, la Asamblea decidió no recibir listas de candidaturas para jueces en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos compuestas por un solo sexo, aquellas listas que, por lo menos, no cuenten con un hombre y una mujer. El porcentaje de mujeres aumentó del 23% en 2004 al 40% en el 2011, porcentaje que, lamentablemente, por incumplimiento de algunos estados —Malta/Bélgica/Eslovaquia/Moldavia— y flexibilización en los requerimientos por parte de la Asamblea, se convirtió en un techo en vez de un piso, diluyendo en cierto modo, los efectos de medidas de acción afirmativa¹⁵. Esta situación pone de manifiesto la importancia de que los estados se pongan en una posición de cumplir en vez de resistir los requerimientos de acción afirmativa de las autoridades, y nos vuelve a hacer pensar en la persistencia del régimen de género al que hacíamos mención al inicio de este trabajo.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Este artículo ha analizado en forma sintética, los argumentos a favor de una participación igualitaria de hombres y mujeres en la justicia internacional de los derechos humanos y las modalidades que adquiere la participación de las mujeres en los tribunales internacionales de Derechos Humanos considerando las posibilidades de integración igualitaria en términos de género que se abren con la aplicación de medidas de acción positiva.

Como conclusión, se puede afirmar que, si bien las resistencias a una participación femenina paritaria son persistentes y penetrantes, la aplicación de medidas que aseguren una mayor transparencia en los procesos de nominación a nivel doméstico y en los procesos de selección a nivel internacional, combinadas con medidas de acción afirmativa como cuotas temporarias o cláusulas de aspiración, y la participación activa del movimiento de mujeres y de organizaciones de la sociedad civil sumadas a las iniciativas y campañas de los organismos internacionales suele dar resultados alentadores sino totalmente satisfactorios.

BIBLIOGRAFÍA

- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Facultad de Derecho UBA, Informe 1 e Informe 2. En www.derecho.uba.ar/noticias/2017/presentacion-de-informes-del-centro-de-derechos-humanos-cdh-de-la-facultad-en-el-marco-de-la-campana-gqual; fecha de consulta: 15/4/2018.
- CONNELL, Raewyn, “Glass Ceilings or Gendered Institutions? Mapping the Gender Regimes of Public Sector Worksites”, *Public Administration Review*, November/December, 2006, pp. 837-849.

¹⁵ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette, “More Women - But Which Women? The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights”, <http://www.ejil.org/pdfs/26/1/2566.pdf>; fecha de consulta: 20/4/2018.

- FRÍES, Lorena, “La campaña por la inclusión de mujeres y la experticia en violencia sexual y de género en la CPI; un nuevo horizonte para las juezas y operadoras de justicia de la región”.
- GRAYCAR, Regina, “A feminist adjudication process: Is There Such a Thing?”, in SCHULTZ, Ulrike - SHAW, Gisela, *Gender an Judging*, Oñati International Series in Law and Society, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2013, pp. 435-455.
- GROSSMAN, Nienke, “Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, N° 2, article 9, 2012.
- “The Normative Legitimacy of International Courts”, *Temple Law Review*, vol. 86, fall 2013.
- “Shattering the Glass Ceiling in International Adjudication” (7/9/2015), *Virginia Journal of International Law*, vol. 56.2, 2016, University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper N° 2016, <https://ssrn.com/abstract=2472054>, fecha de consulta 20/4/2018 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2472054>, fecha de consulta 20/4/2018.
- “Achieving Sex-Representative International Court Benches”, *The American Journal of International Law*, vol. 110, N° 1, January 2016, pp. 82-95, <http://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintelaw.110.1.0082>; fecha de consulta: 19/4/2018.
- KENNEY, Sally, *Gender and Justice: Why Women in the Judiciary Really Matter (Perspectives on Gender)*, Routledge, 2012.
- KOHEN, Beatriz, *El género en la justicia de Familia. Miradas y protagonistas*, Buenos Aires, Ad-Hoc/UBA, 2008.
- MALLESON, Kate, “La justificación de la igualdad de género en la magistratura: por qué la diferencia no funciona”, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo*, año 8, N° 1, septiembre 2007.
- RACKLEY, Erika, *Women, Judging and the Judiciary, from Difference to Diversity*, Routledge, Cavendish, 2013.
- Seminario Internacional: *Experiencias para mejorar la situación de las mujeres en la justicia. Las mujeres en la Justicia*, Buenos Aires, 17-19 de abril 2007.
- TERRIS, Daniel - ROMANO, Cesare P. R. - SWIGART, Leigh, *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, University Press of New England - Oxford University Press, 2007. Loyola-LA Legal Studies Paper N° 2007-18. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=969035>.
- VAUCHEZ, Stéphanie H., “More Women - But Which Women? The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 26, N° 1, 2015. <http://www.ejil.org/pdfs/26/1/2566.pdf>, fecha de consulta: 20/4/2018.

Sitios de Internet

http://iccwomen.org/publications/resources/docs/Gender_and_the_ICC_Spanish.pdf; fecha de consulta: 20/4/2018.

<http://www.gqualcampaign.org/about-gqual/>, fecha de consulta: 20/4/2018.

<https://ilg2.org/2017/02/01/african-women-judges-and-gender-parity-on-the-african-court-on-human-and-peoples-rights/>, fecha de consulta: 20/4/2018.

Recepción: 29/4/2018

Aceptación: 14/6/2018

ABRIENDO LA CAJA NEGRA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS CHILENOS: EXPRESIONES DE LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN LA MILITANCIA POLÍTICA

Por JAVIERA ARCE RIFFO*

Resumen:

Los partidos políticos son instituciones que requieren de una serie de dimensiones de análisis para lograr en parte comprender su funcionamiento interno. Para ello, más allá de lo formal, las instituciones informales permiten metodológicamente avanzar hacia una comprensión de expresiones prácticas de la desigualdad de poder en el ejercicio político. Las mujeres han sido excluidas del poder político desde su ingreso a estas organizaciones, por lo que este artículo permitirá constatar de qué manera, a pesar de la introducción de una serie de medidas de acción afirmativas en el caso de los partidos políticos chilenos, como la cuota de género, las desigualdades constituyen una institución más con la que las mujeres deben convivir.

Palabras clave:

Partidos políticos, acciones afirmativas, instituciones informales, desigualdades de género, exclusiones políticas.

OPENING THE BLACK BOX OF CHILEAN POLITICAL PARTIES: EXPRESSIONS OF GENDER INEQUALITY IN POLITICAL ACTIVISM

Abstract:

Political Parties are institutions which require different dimensions for their analysis in order to understand partially their internal functioning. For that reason,

* Administradora Pública. Licenciada en Ciencias Políticas y Gubernamentales, mención Ciencia Política por la Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Política, Mención Instituciones y Procesos Políticos por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Secretaria ejecutiva de la Unidad de Igualdad y Diversidad de la Universidad de Valparaíso. Colabora con la Fundación Chile 21. Activista por la ampliación de los derechos políticos de las mujeres. Se ha involucrado en la discusión de una serie de proyectos de ley entre los que cuentan la Reforma al Sistema Electoral Binominal y la Reforma a la Ley de Partidos Políticos. Áreas de especialización: política comparada, partidos políticos, reformas políticas e institucionales, feminismo institucional, entre otras. Editora del libro *El Estado y las Mujeres, el difícil camino hacia la necesaria transformación de las instituciones* (RIL Editores, 2018). Actualmente reside en la región de Valparaíso. Agradezco edición de María Carolina Contreras, y relatos de todas las militantes políticas que me ayudaron a construir este documento.

overcoming the formal dimensions, the informal institutions allow a methodological advance towards a comprehension of the practical expressions of inequality in the exercise of political power. Women have been excluded from political power since their inclusion into these organizations, which is why this article will be able to verify in which ways, despite the introduction of a series of measures of affirmative action in the case of Chilean political parties, such as the gender quota, inequalities constitute an institution which women must coexist with.

Keywords:

Political parties, affirmative actions, informal institutions, gender inequality, political exclusion.

INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, el politólogo norteamericano Steven Levitsky planteó el desafío de desentrañar los misterios que encierra lo que él denominó “la caja negra de los partidos políticos”, poniendo especial énfasis en su estudio sobre el Partido Justicialista argentino. Su análisis fue más allá de su estructura nacional que, por cierto, se encuentra prácticamente sin funcionar en los otros niveles subnacionales de la estructura, pero se sostiene gracias a las formas de relacionamiento de características informales que le permiten conectarse con entidades como sindicatos y cooperativas, entre otras, que funcionan de manera autónoma, pero son parte de la estructura sin estar formalmente en ella¹.

Gracias a su investigación, es posible ocupar esta metodología para explorar cómo funcionan los partidos políticos, poniendo especial énfasis en lo que Levitsky ha denominado como las “instituciones informales”², que podrían permitir explicar, por ejemplo, ciertas prácticas de exclusión hacia las mujeres que participan en los partidos políticos. Estos hábitos se basan en una división sexual del trabajo político y en prácticas relacionadas a la falta de transparencia, la informalización en los procesos de toma de decisiones y estilos violentos contra las propias militantes³.

En un escenario político latinoamericano marcado por la falta de transparencia, la corrupción de sus élites políticas, así como también la develación de una fuerte misoginia en la expresión política, Chile no es la excepción. Es por

¹ LEVITSKY, Steven, “Inside the black box: recent studies of Latin American Party Organizations”, en *Studies in comparative international development*, Summer 2001, vol. 36, N° 2, Berkeley, University of California, pp. 92-110.

² HELMKE, Gretchen - LEVITSKY, Steven, *Informal Institutions and Comparative Politics: a Research Agenda, Working Paper N° 307*, The Helen Kellogg Institute for International Studies, Notre Dame, IN, N° 4, 2003, pp. 725-240.

³ ARCE, Javiera, “Ley de cuotas a la chilena: notas para una autopsia”, en MIRANDA, Lucía - SUÁREZ-CAO, Julieta, *Mujeres en política: Lecciones y protagonistas en Chile y América Latina*, Santiago, FLACSO-Chile, 2018 (en prensa).

esta razón que, en este artículo, se intentará dibujar una propuesta de factores que permitirán constatar las expresiones de la desigualdad de género en las estructuras partidarias, poniendo especial énfasis en el proceso de selección de candidaturas en las recientes elecciones parlamentarias de 2017. Estas contaron con el debut de la ley de cuotas y la incorporación de un sistema electoral de carácter moderado, factores que procuraban “facilitar el proceso de inscripción de candidaturas”. Sin embargo, a pesar de estas medidas, se terminó por replicar las lógicas implícitas dentro del antiguo sistema binominal, tanto para la constitución de las listas, así como también por perpetuar las formas de comportamiento político al interior de los partidos, tales como la búsqueda de candidatos débiles para acompañar a los fuertes, seleccionar las candidaturas de manera oculta, negociaciones basadas en la exclusión política, solo por nombrar algunas de las que se han ido institucionalizado con el tiempo y convirtiéndose en instituciones informales, las que se introducen y perpetúan en el actuar de los militantes y cúpulas partidarias. En un primer apartado, se explicarán someramente las reformas políticas con enfoque de género ocurridas durante el segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, que procuraban facilitar el ingreso de las mujeres a los cargos de poder político tanto en el Congreso Nacional así como en los partidos políticos. Luego, se definirá lo que es un partido político y sus funciones críticas, para contrastar esta teoría con las instituciones informales, cómo estas operan al interior de los partidos políticos y se convierten en otra barrera de entrada de las mujeres en estos espacios de poder. En los últimos dos apartados, se buscará explicar lo ocurrido durante el proceso de nominación de candidaturas al Congreso Nacional con el debut de la ley de cuotas, se intentarán dibujar las principales instituciones informales (barreras de entrada) que impidieron el acceso de las mujeres para convertirse en candidatas, así como ejemplos prácticos de exclusión política durante la selección de candidaturas.

Para este estudio se contó con una serie de entrevistas realizadas a mujeres militantes de los partidos políticos, quienes entregaron su testimonio y sus puntos de vista de cómo operan los grupos organizados al interior de los partidos y movimientos políticos, los que permitirán construir una bajada a los estudios de las instituciones informales.

1. REFORMAS POLÍTICAS CHILENAS

El segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet introdujo, en el marco de la reforma al sistema electoral binominal, una serie de medidas de acción afirmativa para promover la incorporación de mujeres en la arena legislativa y en los partidos políticos.

El sistema electoral en su conjunto, para elegir el Congreso Nacional, pasó desde el sistema electoral binominal, que dividió al país en 60 distritos electorales y 18 circunscripciones, en donde se escogían dos representantes para cada Cámara, a uno de características proporcional moderado, que redujo los distri-

tos a 27, en que se elegirían desde tres a ocho diputados (proporcionalmente de acuerdo con la población del distrito). Por otro lado, para escoger el Senado, se mantuvo la división de las regiones del país y, de acuerdo con los habitantes de cada una, se escogerían desde dos a siete representantes.

Las medidas de acción afirmativas introducidas en la reforma consistieron en una cuota de género de un 40% para la inscripción de candidaturas que, en caso de no cumplirse, su penalización es máxima, significando no poder competir. Asimismo, fueron incluidas otras medidas más allá de la cuota, como financiamientos públicos preferenciales para las candidatas, quienes recibirían un 33% más del monto que se recibe por cada voto obtenido⁴, y un incentivo económico de 500 UF por candidata que resultara electa con cargo al partido político de pertenencia, montos que deberán ser destinados a la promoción de los liderazgos femeninos⁵. Todas estas medidas son de carácter temporal hasta la elección de 2029.

Se incluyen, además, aspectos como lista abierta y desbloqueada, con posibilidades de inscribir una coalición política, límites al gasto electoral y transparencia de este.

En cuanto a la ley de partidos políticos, esta fue modificada y se introdujo una cuota de género en los órganos colegiados internos, en que ninguno de los sexos podrá superar el 60% del total, y se incluyó un presupuesto especial para las mujeres que consiste en un 10% del total del presupuesto del partido, el cual debe ser invertido en capacitación y formación política para mujeres. Estas medidas no tienen temporalidad.

2. LA CAJA NEGRA DE LOS PARTIDOS: INSTITUCIONES INFORMALES COMO MECANISMOS DE EXCLUSIÓN PARA LAS MUJERES

Los partidos políticos, en el contexto de la democracia representativa, cumplen funciones de intermediación y expresión de intereses, traduciendo éstos en políticas públicas. Desde una definición clásica, los partidos políticos tienen como función alcanzar el poder para plasmar sus ideas en el gobierno, reclutar candidatos para las elecciones populares y personal para conformar la

⁴ La norma plantea la devolución de un 0,03 unidades de fomento (UF), lo que vendría a ser aproximadamente \$790 pesos chilenos por voto obtenido, considerando el valor de la UF a \$ 26.348, las mujeres recibirían 0,01 UF más las 0,03 UF, es decir \$1.053 pesos chilenos.

⁵ Congreso Nacional de Chile, ley 20.840 que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional, Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, 2015, 5 de mayo, recuperado de <http://bcn.cl/1uvy0>, fecha de consulta 8/5/2018.

burocracia estatal, vale decir, los partidos políticos poseen un papel influyente tanto en la creación como en el diseño de un respectivo gobierno⁶.

Los análisis de las organizaciones partidarias a nivel mundial han puesto especial atención en los mecanismos de selección de candidaturas, destacando el trabajo de Gideon Rahat, quien afirma que los procesos de selección de candidaturas se traducen en los mecanismos en que incurre un partido político para designar a aquellas personas legalmente elegibles para competir en elecciones generales apoyadas por dicha organización. En general, la selección de candidatos se efectúa dentro de un partido⁷. Estos mecanismos pueden ir desde la centralización absoluta —donde el líder del partido es quien selecciona—, pasando por la inclusión de cuerpos intermedios (pero con características cerradas), la descentralización del proceso, hasta una primaria abierta⁸.

Hasta 2015, catorce países en América Latina habrían incorporado algún tipo de norma relacionada con mecanismos de selección de candidaturas, de manera de democratizar dicho proceso al interior de los partidos⁹.

Existen otros aspectos que han sido escasamente abordados por la ciencia política en estudios empíricos, que son determinantes para la acción de los partidos políticos. Para este artículo, resulta fundamental, a lo menos, tomar en cuenta que en ellos también se explicaría la exclusión de las mujeres de la toma de decisiones al interior de los partidos. Estos pueden analizarse a través de una aproximación multidimensional, ya que la estructura de un partido político podría caracterizarse por la flexibilidad y descentralización, transitando entre la inclusión y la participación¹⁰.

⁶ SARTORI, Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1980 (versión original 1976), pp. 27-53, es PANEBIANCO, Angelo, *Modelos de partido*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 13; NORRIS, Pippa, *Building Political Parties: Reforming Legal Regulations and Internal Rules*, Cambridge, MA, Harvard University, 2004, p. 3; MAIR, Peter, *Democracy Beyond Parties, Paper 0506*, Irvine, Center for Study of Democracy-University of California, Irvine, 2005, pp. 6-27.; VON dem BERGE, Benjamin Thomas - POGUNTKE, Peter Obert - TIPEI, Diana, *Measuring Intra-Party Democracy. A Guide for the Content Analysis of Party Statutes with Examples from Hungary, Slovakia and Romania*, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 1-5.

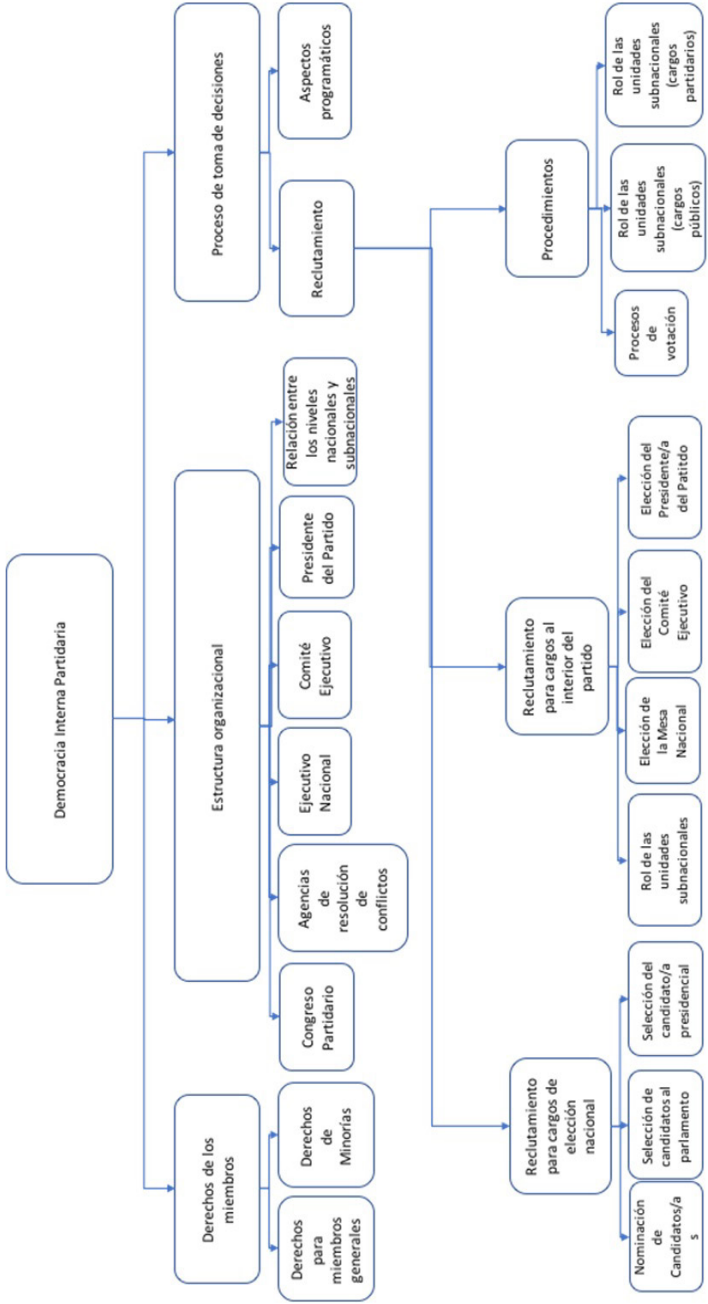
⁷ RAHAT, Gideon, “Which candidate selection methods is more democratic?”, en *Government and Opposition*, N° 44, Reino Unido, Cambridge University Press, Issue 1, 2009, pp. 68-90.

⁸ RAHAT, Gideon, “Candidate Selections: The Choice Before de Choice”, *Journal of Democracy*, vol. 18, Issue 1, Washington, DC, Johns Hopkins University Press, 2007, pp. 157-170; HAZAN, Reuven - RAHAT, Gideon, *Candidate selection in Handbook of Party Politics*, Londres, Sage, 2006, pp. 109-121.

⁹ FREIDENBERG, Flavia - DOŠEK, Tomas, *Las reformas electorales en América Latina (1978-2015)*, Washington DC, Organización de los Estados Americanos (OEA), 2006, pp. 109-121.

¹⁰ VON dem BERGE, Benjamin *et al.*, *Measuring Intra-Party Democracy...*, ob. cit., pp. 8-15.

Diagrama 1. Factores que analizan la democracia interna del partido político



Fuente: elaboración propia en base con Benjamin Von dem Berge, Thomas Poguntke, Peter Obert y Diana Tipei, *Measuring Intra-Party Democracy. A Guide for the Content Analysis of Party Statutes* with Examples from Hungary, Slovakia and Romania, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 7

En el caso de Chile, tal como se explicó en el primer apartado, se contempló una modificación legal de la norma que rige a los partidos políticos, la que tendió a incluir a las mujeres en sus cuerpos colegiados y contempló un presupuesto especial para su formación política. Sin embargo, quedaron excluidos de la norma los pueblos originarios.

En relación con el órgano ejecutivo (mesa directiva central), la norma de partidos políticos no contempla ninguna exigencia de paridad y la existente solo llega a los cuerpos colegiados intermedios, que serían —en el caso del esquema anterior— la agencia de resolución de conflictos, que en la ley de partidos chilena se denomina Órgano Intermedio Colegiado, cuyas funciones consisten en: impartir orientaciones y adoptar acuerdos respecto de aspectos en que funcione el partido, ofrecer sugerencias sobre las políticas públicas relevantes para el partido y el país, aprobar/rechazar el balance anual, aprobar declaraciones de principios, nombre del partido, pactos electorales, fusión y disolución del partido, recibir anualmente la cuenta pública de la directiva central, designar a los candidatos a Presidentes de la República, Diputados, Senadores, Consejeros Regionales, Alcaldes y Concejales del partido, incluyendo aquellos elegidos por primarias¹¹.

Otro aspecto que incluye la ley de partidos chilena es que, tanto el órgano ejecutivo como el colegiado intermedio, se replican en las regiones y proponen en sus discusiones las candidaturas a nivel central, así como también las líneas políticas del partido y opinión en materia de políticas públicas¹².

En materia de mecanismos de decisión sobre candidaturas, tanto para las internas del partido como las de carácter popular, estos están contemplados en la ley de partidos políticos y en la de primarias, tanto para escoger candidatos a presidente de la República, parlamentarios y alcaldes. Esta normativa puede ser invocada por todos los partidos políticos, no es obligatoria, pero sus resultados son vinculantes¹³.

Poniendo énfasis en la política de la presencia¹⁴, es posible observar una distribución desigual entre hombres y mujeres en los órganos ejecutivos de los partidos políticos. Las mujeres, a pesar de la cuota de género en los cuerpos colegiados (y representar la mayoría de la militancia política de los partidos), aún no permean en la parte más alta de la estructura. De acuerdo con datos del Servicio Electoral de Chile (abril de 2018), de los 28 partidos constituidos a la

¹¹ Congreso Nacional de Chile, ob. cit., s/n.

¹² *Ibid.*, s/n.

¹³ *Ibid.*, s/n.

¹⁴ LOVENDUSKI, Joni - NORRIS, Pippa, “Westminster Women: the Politics of Presence”, *Political Studies*, vol. 51, Issue 1, Londres, Political Studies, 2003, pp. 84-102.

fecha, solo cinco estaban presididos por mujeres¹⁵, tres son secretarías generales¹⁶ y nueve son tesoreras¹⁷.

Angelo Panebianco¹⁸, en sus estudios sobre partidos políticos, afirma que existen zonas de incertidumbre que funcionan al interior de los partidos políticos, cuyo control permitiría incrementar el poder de los actores. Entre ellas se cuentan el manejo de recursos económicos, las relaciones con el entorno, el poder de reclutamiento político, la interpretación de las normas y el poder del experto, el financiamiento, las comunicaciones¹⁹.

La literatura plantea que la presencia de mujeres en las élites partidarias podría incrementar, en términos generales, el número de candidatas, ya que, en primer lugar, indicaría que un alto porcentaje de mujeres en las cúpulas partidarias mostraría una mayor oferta de mujeres calificadas para convertirse en candidatas, significando que su presencia en estos espacios sería un indicador de aprendizaje necesario antes de conseguir ser nombrada candidata. De este modo, las mujeres en las élites del partido podrían hacer frente a los *gatekeepers* y así introducir un mayor número de candidatas²⁰.

En el caso chileno, la ausencia de mujeres en las mesas directivas demuestra el primer atisbo de exclusión política, debido a que el cargo de la secretaría general es el que implica no solo las relaciones con el entorno, sino también el envío de comunicaciones oficiales al interior de la estructura partidaria, la coordinación de comisiones de trabajo, y, además, la organización de las elecciones tanto internas como externas, llevando a cabo los procesos de negociación política. No es menor, incluso, que el número de secretarías generales sea inferior al de presidentas de partidos políticos en Chile. Esta información es relevante, ya que en el caso estudiado, la posibilidad de dar paso a un mayor número de candidatas, así como también a incorporar mujeres en espacios competitivos, se vería mermado por los aspectos de la cultura política chilena.

En el papel, muchos de los temas contemplados en la propuesta metodológica²¹, se incluyen en la norma de los partidos políticos chilenos. No obstante, existen acontecimientos que permiten dibujar las expresiones de exclusión de la

¹⁵ Partido Demócrata Cristiano, Unión Demócrata Independiente, Andha Chile, Partido Amplitud y Poder Ciudadano.

¹⁶ Andha Chile, Revolución Democrática y la Federación Regionalista Verde.

¹⁷ Renovación Nacional, Unión Demócrata Independiente y el Partido por la Democracia, Democracia Regional Patagónica, ANDHA Chile, Partido Liberal de Chile, Partido de los Trabajadores Revolucionarios y el País.

¹⁸ PANEBIANCO, Angelo, *Modelos de partido*, ob. cit., pp. 84-89.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 84-89.

²⁰ KUNOVICH, Sheri - PAXTON, Pamela, "Pathways to power: The role of political parties in women's national political representation", *American Journal of Sociology*, vol. 111, N° 2, EE.UU., The University of Chicago Press, september 2005, pp. 505-552.

²¹ VON dem BERGE, BENJAMIN *et al.*, *Measuring Intra-Party Democracy...*, ob. cit., pp. 8-15.

participación política de las mujeres al interior de estas organizaciones. Es más, para el caso de las elecciones parlamentarias de 2017, el proceso de selección de candidaturas resultó disímil entre las distintas tiendas, desde procesos más descentralizados (aquellos que invocaron primarias), hasta aquellos altamente centralizados²².

Por otro lado, a pesar de que la ley de cuotas intentó solucionar el asunto de la nominación de candidaturas, ya que más mujeres lograron competir como candidatas al Congreso Nacional, la tasa de éxito de las candidaturas femeninas resultó pobre en relación con la de los hombres. Mientras ellos alcanzaron un 21,3%, las mujeres solo obtuvieron una tasa de éxito de un 8,8%²³, así como también se pudo observar una asimetría entre las campañas de hombres y mujeres, siendo estas últimas las menos priorizadas por sus partidos. En general, ellas no recibieron entrenamiento político y hubo menos recursos económicos para ellas, generando lo que se denominaría un “techo de billetes”²⁴ para sus campañas parlamentarias²⁵.

Para conocer lo ocurrido durante la negociación parlamentaria en la cual debutó la ley de cuotas, se recurrirá a la metodología de las instituciones informales, puesto que —de acuerdo con las entrevistas realizadas a las mujeres militantes— se generaron instituciones paralelas, que no se contemplan en ninguno de los estatutos de los partidos políticos, así como tampoco en la norma general de partidos, pero que acabaron por complicar la introducción de las mujeres en las esferas reales del poder político²⁶.

Las instituciones informales son definidas como “reglas socialmente compartidas, usualmente no escritas; que son creadas, comunicadas y reforzadas fuera de los canales autorizados oficialmente en contraste a las instituciones formales, que son creadas y comunicadas y ampliamente aceptadas como oficiales”²⁷, lo que incluye cortes de justicia, legislaturas, burocracias y normas que las refuerzan como constituciones y leyes.

De acuerdo con los autores, existirían cuatro tipos de instituciones informales: 1) aquellas que complementarían el trabajo de las entidades formales y ayudarían, en parte, a solucionar sus problemas de funcionamiento, 2) otras que

²² ARCE, Javiera, “Ley de cuotas a la chilena...”, ob. cit.

²³ LE FOULON, Carmen - SUÁREZ-CAO, Julieta, “Parlamentarias 2017 y la elección de las mujeres: ¿vaso medio lleno o medio vacío?”, en MIRANDA, Lucía - SUÁREZ-CAO, Julieta, *Mujeres en Política: Lecciones y protagonistas en Chile y América Latina*, Santiago, FLACSO (en prensa).

²⁴ POMARES, Julia, “Un ‘techo de billetes’ entre las mujeres y la política”, en *La Nación*, Argentina, SA La Nación, 2014, 8 de junio, recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1698865-un-techo-de-billetes-entre-las-mujeres-y-la-politica>.

²⁵ ARCE, Javiera, entrevistas a actores clave entre noviembre 2017 y abril de 2018.

²⁶ ARCE, Javiera, “Ley de cuotas a la chilena...”, ob. cit.

²⁷ HELMKE, Gretchen - LEVITSKY, Steven, “Informal Institutions and Comparative Politics: a Research Agenda”, *Perspectives on Politics*, vol. 2, N° 4, Washington, DC, American Political Science Association, diciembre 2004, p. 727.

las acomodan y ayudan al funcionamiento de las instituciones formales, 3) las que vendrían a crear nuevas formas de relacionamiento y apuntaría a desmantelar las instituciones formales, sustituyéndolas por otras como el clientelismo, el patrimonialismo y, finalmente, 4) aquellas que compiten con las instituciones formales, dejándolas sin efecto²⁸.

La forma de convivencia de las instituciones formales, presentes en los partidos políticos, es aquella que entrega el marco legal del país y los estatutos que el propio partido se otorga, lo que incluiría su sede, la burocracia interna, las ramas locales o células²⁹. Por su parte, las organizaciones informales al interior de los partidos políticos son aquellas que conllevan funciones del partido sin patrocinio oficial, lo que incluiría “redes personales, clientelares y patronaje, tanto como organizaciones que no pertenecen a los partidos se acoplen al trabajo partidario”³⁰. De hecho, este tipo de instituciones no se encuentran en los estatutos del partido y puede que no sean reconocidos por este o las autoridades del Estado. Para los autores, además, es fundamental distinguir entre las instituciones informales y las organizaciones débilmente institucionalizadas.

Freidenberg y Levitsky (2006) entregan una serie de factores a considerar que indicarían la presencia de instituciones informales en que se incluiría la vulneración de las normas formales, toma de decisiones fuera de la estructura partidaria, la transgresión de la estructura central del partido, la exclusión de las unidades territoriales y subnacionales de las decisiones del partido, ambiguas fronteras externas entre el partido y otras organizaciones, no acatamiento de las reglas establecidas y estas responden a características personales, las reglas de la membresía solo existen en los estatutos, conexiones societales no reconocidas ni explicitadas, financiamiento proveniente de fuentes poco transparentes desreguladas e ilícitas, entre otros³¹.

En el caso de las elecciones parlamentarias chilenas, en algunos partidos fue posible apreciar la creación de las denominadas “comisiones negociadoras”, las cuales estaban compuestas, principalmente, por hombres quienes se encargaban de negociar y ofrecer el ticket de candidatos a los órganos colegiados intermedios³². Las comisiones negociadoras ayudarían al funcionamiento de la institución formal, que sería el proceso de inscripción de candidatura.

En los partidos Socialista de Chile, Demócrata Cristiano y Radical fue aprobado —a través del órgano colegiado intermedio—, la decisión de delegar

²⁸ *Ibid.*, pp. 728.

²⁹ FREIDENBERG, Flavia - LEVITSKY, Steven, “Informal Institutions and Party Organization in Latin America”, en HELMKE, Gretchen - LEVITSKY, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 178-197.

³⁰ *Ibid.*, p. 11.

³¹ *Ibid.*, p. 14.

³² ARCE, Javiera (entrevistas a militantes de partidos políticos chilenos realizadas entre noviembre 2017 y abril de 2018).

el poder, tanto a la mesa directiva, como a las comisiones políticas, de la capacidad de decisión de las candidaturas, a modo de facilitar el proceso de selección de estas, concentrando el poder en órganos colegiados pequeños y mesas directivas.

Las comisiones negociadoras funcionaban en espacios de carácter discrecional, en horarios poco adecuados para personas que deben cumplir con roles como el cuidado de los hijos y tareas domésticas. Asimismo, estas comisiones negociadoras funcionaron de manera centralista, sin la inclusión de las regiones. Muchas de las propuestas realizadas por las regiones fueron modificadas en el nivel central.

En el caso de ChileVamos, de la alianza de la derecha, en el distrito 19 de Chillán, por ejemplo, los secretarios generales de la coalición, poco antes del cierre de inscripciones ante el Registro Electoral, llegaron a un acuerdo en Santiago, el cual por cierto no dejó a todo el mundo satisfecho³³. Por otro lado, al interior de la propia Unión Demócrata Independiente, también de la coalición de derecha, fue posible observar cómo una serie de candidatos fueron bajados desde el nivel central por no contar con el apoyo de la directiva ni de su presidenta. Es el caso de Francisco Orrego y José Luis Longueira, que fueron sacados de la lista parlamentaria por su cercanía con el exministro y senador Pablo Longueira, quien en ese momento se encontraba formalizado por delitos de corrupción. Asimismo, se invocó a la ley de cuotas incluso para no nominar a diputados incumbentes en la lista parlamentaria de dicho partido³⁴.

En el caso de la Fuerza de la Mayoría, el Partido Socialista exhibe casos de centralización del proceso de selección de candidaturas que acabaron por resentir al partido y a su militancia. Solo por nombrar algunos, el caso del actual senador José Miguel Insulza, quien fue trasladado, a pesar del apoyo de las bases de la Región de Atacama, para competir a la de Arica, debido a que sus posibilidades de salir electo se incrementarían, lo que resultó correcto. Por otro lado, el caso de la candidata a diputada por Magallanes, Yenifer Ellass, quien finalmente terminó siendo bajada en la negociación en Santiago y reemplazada por un simpatizante, situación que terminó con bases socialistas protestando contrarios a la resolución del nivel central³⁵.

En relación con los aspectos de la participación de las mujeres en los procesos decisionales, Ballington y Karam (2005) plantean que existe una serie

³³ *La Tercera*, “Chile Vamos deja a última hora formalización de pacto”, Santiago, 22/8/2017, recuperado de <http://www2.latercera.com/noticia/caoticas-negociaciones-marcainscripcion-listas-parlamentarias/>, fecha de consulta: 5/5/2018.

³⁴ *Economía y Negocios*, “Los heridos de la negociación de la UDI”, Santiago, 27/8/2017, recuperado de <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=392104>. Fecha de consulta: 6/5/2018.

³⁵ RADIO POLAR, “Jóvenes Socialistas se Tomaron Sede Partidaria en Protesta por Nominación de Vladimiro Mimica”, Punta Arenas, 21/8/2017, recuperado de http://radiopolar.com/noticia_134830.html.

de obstáculos que impiden a las mujeres dar forma a sus intereses en el ámbito político. La autora identifica tres grandes áreas: obstáculos políticos, socioeconómicos, ideológicos y psicosociales o culturales. Cabe aclarar que, para este trabajo, solo se tomarán en cuenta los obstáculos políticos³⁶.

Los hombres generan las reglas de juego, definen los estándares de evaluación —generando una política de características masculinas— y a esto se suma la falta de apoyo para aquellas mujeres que son madres y, en general, cumplen roles de cuidado, incluyendo aquellas que se encuentran en roles de liderazgos. De acuerdo con Ballington y Karam, se espera de su trabajo parlamentario que establezcan redes en toda la estructura del partido y con mujeres que tienen un trabajo político también fuera del Congreso, sin embargo, estas políticas están destinadas a jugar en roles prescritos por los hombres como los de “madre”, “esposa”, “hermana”, “abuela”, entre otros³⁷.

A lo anterior es importante agregar el escaso apoyo político de los partidos a sus mujeres, a pesar de que estas representen un rol clave en la movilización de apoyos políticos durante los procesos de campaña. Raramente los partidos otorgan las condiciones necesarias a sus candidatas, otorgándoles presupuestos insuficientes para financiar sus campañas. Los editores también plantean que el proceso de selección de candidaturas se basa en marcados sesgos de género y predominio de los criterios masculinos (no muy lejanos a la realidad chilena). Es más, el proceso de selección suele realizarse en espacios de discusión entre los *old boys' club*, los que acaban por inhibir la participación de las mujeres. Además, a las mujeres se les sitúa en posiciones poco competitivas al interior de la lista del partido³⁸.

Por otro lado, la relación con las organizaciones de mujeres resultó fundamental en la lucha por la promoción e integración de estas en la arena política, puesto que dichas agrupaciones trabajaron de cerca incluso con las agencias gubernamentales y parlamentarias para modificar las normas legales de modo que se facilite el acceso de ellas al poder Legislativo. Sin embargo, es posible advertir, que el contacto con este tipo de organizaciones se ha ido perdiendo con el tiempo. Las mujeres en los partidos políticos no están conscientes de los potenciales beneficios que implicaría para ellas abrir estas nuevas redes y vínculos sociales³⁹.

La cientista política Fiona Macaulay afirma que hay zonas específicas al interior de los partidos políticos que estarían autorizadas para las mujeres y otras no como, por ejemplo, su marcada presencia en la organización territorial

³⁶ BALLINGTON, Julie - KARAM, Azza, (eds.), *Women in Parliament: Beyond Numbers, A Revised Edition*, Stockholm, International IDEA, pp. 33-39.

³⁷ BALLINGTON, Julie - KARAM, Azza (eds.), *Women in Parliament...*, ob. cit., pp. 34-39.

³⁸ *Ibid.*, p. 37.

³⁹ *Ibid.*, p. 38.

o celular, pero que es visto como algo extraño cuando ellas comienzan a adquirir poder y ascender en la jerarquía partidaria. Para ello, los hombres ejercen mecanismos extraformales para evitar el avance poco natural de las mujeres en las estructuras partidarias, como fijar reuniones en horarios en que las mujeres no puedan participar y ciertos tipos de prácticas que acaban excluyendo a las mujeres de los espacios más altos de la toma de decisiones internas⁴⁰. Jutta Marx, por su parte, agrega que, “la igualdad de los sexos se quiebra por lo tanto dentro de los partidos políticos, en una división entre militancia y toma de decisiones”⁴¹, es más, los varones esperaban que las mujeres se adaptaran y concentraran en las tareas “típicamente permitidas”⁴².

3. LAS “COMISIONES NEGOCIADORAS”. EL “OLD BOYS CLUB” Y EL IMPACTO EN LAS PARLAMENTARIAS 2017: EXCLUSIÓN EFECTIVA DE LAS MUJERES DE LA NOMINACIÓN DE CANDIDATURAS

De acuerdo con los relatos recabados de las entrevistas, es posible concluir que las mujeres tuvieron una mínima participación en el proceso de selección de candidaturas. Es más, tampoco pudieron decidir sobre sus propios recursos y, de hecho, se generaron parámetros autoritarios en la distribución de los recursos, perjudicando a las mujeres en el apoyo a sus candidaturas⁴³.

En primer lugar, fue posible apreciar que, en lugar de descomprimir el proceso de selección de candidaturas, las leyes de cuotas incrementaron la complicación del proceso selectivo, ya que, además de tener que ordenar los candidatos en su respectiva coalición, se debió introducir el componente de la cuota de género, situación que incrementó la tensión al interior de los equipos negociadores, por supuesto todos llenos de hombres.

Al ser consultadas las militantes de los partidos, se observó que la especialización de la labor negociadora recayó en los componentes masculinos, así como también en los encargados electorales que, por supuesto, también eran hombres, cumpliéndose efectivamente la hipótesis de Panebianco (1991).

No obstante, existen excepciones a la regla, que tienen que ver con las organizaciones más nuevas como Evopoli y el Partido Revolución Democrática (así como la gran mayoría del Frente Amplio). El primero conforma la actual coalición de gobierno, que contiene a exmilitantes de la Unión Demócrata Inde-

⁴⁰ MACAULAY, Fiona, *Gender Politics in Brazil and Chile. The role of parties in national and local policymaking*, Londres, Palgrave Macmillan, 2006, pp. 8-14.

⁴¹ MARX, Jutta, “Mujeres, participación política y poder”, en MAFFIA, Diana - KUSCHNIR, Clara (comps.), *Capacitación para mujeres: género y cambio social en la Argentina actual*, Buenos Aires, Feminaria Editora, 1994, p. 124.

⁴² *Ibid.*, p. 125.

⁴³ ARCE, Javiera (entrevistas a militantes de partidos políticos chilenos realizadas entre noviembre 2017 y abril de 2018).

pendiente, de Renovación Nacional, pero también personas que no tienen una trayectoria de militancia política y poseen mecanismos de funcionamiento más expeditos y menos burocráticos que los grandes partidos. También la distribución de tareas al interior del partido no se encuentra tan segregada como los partidos tradicionales.

En el caso de Revolución Democrática, si bien los micromachismos existen, se dan en espacios de connotación privados, no obstante, estos son ampliamente censurados por sus propias militantes. Esto se debe a que la base de militancia es más joven y consciente, donde muchas de ellas forman o formaron parte del movimiento feminista, por lo que sus definiciones son claras y permean toda la estructura.

No obstante, la realidad en los partidos más institucionalizados se repite. Existe una fuerte asimetría en las labores específicas de los hombres y las mujeres en las áreas especializadas de los partidos políticos. Es más, la militante de Renovación Nacional relata que, si bien existen mecanismos democráticos que permiten introducir más mujeres en cargos de elección popular o en decisiones específicas al interior de la directiva central, en las regiones la situación replica la lógica machista de la exclusión del poder político. Situación similar relata la dirigente demócrata cristiana.

Por su parte, la dirigente de la Democracia Cristiana también agrega que el tipo de liderazgo presente en la estructura de ese partido estaría propenso a imitar el comportamiento brusco del liderazgo masculino, por lo que guardaría rasgos de carácter fuerte, a veces excluyentes, que terminarían por mermar la representación sustantiva de intereses de las mujeres al interior del partido. Es más, la actual presidenta del partido fue quien decidió la mala utilización de los fondos de las mujeres, destinados a la formación y promoción de nuevos liderazgos femeninos, los que terminaron por gastarse en pintar la sede del partido y arreglarla, así como pagar una serie de gastos que nada tenían que ver con actividades formativas⁴⁴.

Lo que ocurre con las mujeres de la DC es lo que Jutta Marx hace referencia a que las mujeres “no cuestionaron, al menos en forma masiva y visible, el modelo establecido. Se integraron a la política basándose en la ilusión de que, a través de su voluntad de adaptarse y sumar sus esfuerzos a los existentes, podrían lograr su plena adaptación”⁴⁵.

En el caso del Partido por la Democracia, si bien se están haciendo los esfuerzos necesarios para introducir a mujeres en los espacios de toma de decisiones y hoy se encuentran en un proceso de elecciones internas, aun los cargos

⁴⁴ AHORA NOTICIAS, *Fondo Mujeres: Escándalo por el uso de platas para el fomento de la participación femenina en política*. Santiago, Unidad de Investigación de Mega, 2017, 19 de diciembre. Recuperado de www.ahoranoticias.cl/programas/reportajes/212436-fondo-mujeres-escandalo-por-el-uso-de-platas-para-el-fomento-de-la-participacion-femenina-en-politica.html. Fecha de consulta: 6/5/2018.

⁴⁵ MARX, Jutta, “Mujeres, participación política y poder”, ob. cit., p. 125.

claves y las labores especializadas como la negociación política y los encargados electorales se encuentran en manos de hombres. Si bien se está tratando de hacer un esfuerzo por cambiar la lógica del poder, los resultados están por verse.

En el caso del Partido Socialista, la situación resulta similar. Aunque el partido posee paridad en su mesa directiva, la presencia de mujeres en la mesa de negociación fue escasa —solo una para las elecciones parlamentarias—. Las otras mujeres no poseen vicepresidencias nacionales activas y de alta relevancia, salvo la vicepresidenta de la mujer y la equidad de género, que incluso vio en peligro su propia candidatura a diputada, la cual debió ser repuesta en la última instancia durante el proceso de negociación. Sin embargo, al igual que lo advierten Archenti y Gómez (1994), en el caso de las legisladoras argentinas, las mujeres socialistas terminan siendo “arrinconadas en temas de mujeres o de poca importancia”⁴⁶.

Por otro lado, en el caso del mismo partido socialista, las militantes advierten que “las mujeres seguimos en la banca, mientras nuestros compañeros juegan el partido. Y claro, ellos dicen que estamos en el equipo, pero los goles solo los hacen ellos, ya que, al no ser titulares, hay cero posibilidades de tocar la pelota”⁴⁷.

La presencia de instituciones informales resultará clave en la mayoría de los partidos políticos, sobre todo para el proceso de nominación de candidaturas. Aun cuando en el caso del Partido Comunista, existe una estructura rígida y jerarquizada, el conocimiento por parte de las cúpulas para proponer las candidaturas, parte de una afinidad personal. Lo mismo ocurre en todos los otros partidos del espectro entrevistado.

En el caso de la Democracia Cristiana, la situación se tensiona en el momento en que les toca seleccionar las acompañantes en las listas parlamentarias (en general, ningún partido se preparó para afrontar la cuota de género), sobrevivieron quienes poseían la venia de los incumbentes, el resto de las mujeres, aun cuando existió un intento por reclutar con anterioridad mujeres, muy pocas de ellas, lograron sobrevivir⁴⁸.

La sabia nueva de Revolución Democrática del Frente Amplio también replicó las lógicas excluyentes. De hecho en el distrito ocho, las descalificaciones en contra de la candidata a diputada Marcela Sandoval fueron desde que no era competitiva para asumir el desafío, hasta que su hijo era demasiado pequeño para que ella descuidara su crianza, por lo que no podría llevar a cabo una buena campaña política. Finalmente, la candidata no salió electa solo por una diferencia mínima de 329 votos con su compañero de lista Pablo Vidal.

⁴⁶ ARCHENTI, Nélica - GÓMEZ, Patricia, “Las legisladoras argentinas: estudio sobre la participación política de las mujeres”, *América Latina Hoy*, 9, Salamanca, Instituto de Iberoamérica y Ediciones Universidad de Salamanca, noviembre 1994, pp. 61-69.

⁴⁷ ARCE, Javiera, “Ley de cuotas a la chilena”, ob. cit. (en prensa).

⁴⁸ *Ibid.*, en prensa.

Por otro lado, la militante del Movimiento Autonomista plantea que sí existe una división sexual del trabajo en su organización. En general, quienes ven los asuntos políticos, son justamente los hombres, mientras que las mujeres se quedan en los espacios orgánicos. Por otro lado, “las mujeres cumplimos más horas de trabajo reproductivo de la organización, eso implica cocinar, por ejemplo, cuando hay que hacerlo, pegar los afiches, encargarse de la logística y también de los cuidados dentro de la organización porque en general nos toca mucho el rol de mediar y solucionar conflictos cuando las masculinidades se desbordan”. Asimismo, la labor de cumplimiento de los protocolos de acoso, han sido las mujeres militantes las encargadas de hacerlos cumplir y reparar el daño que han provocado esas situaciones. Finalmente, les toca la tarea de construir feminismo al interior de la organización. Aunque existan espacios como los frentes feministas y de género, estas temáticas no han logrado permear al Movimiento Autonomista.

El caso del Partido Radical ilustra lo que se denomina el escaso poder de las mujeres en las élites de los partidos. A diferencia de lo planteado por Kuno-vich y Paxton (2005), de nada le sirvió a la vicepresidenta Margarita Reyes para consolidar su cupo como candidata a diputada, también por el distrito ocho. Es más, el incumbente diputado Pepe Auth, quien renunció al Partido Por la Democracia y solicitó competir como independiente en la lista del mismo partido de Reyes, acabó no solo por asegurar su cupo como candidato, sino que también sacar a la vicepresidenta de la competencia y él mismo instalar a su propia acompañante. Por lo que transformarse en élite para Margarita Reyes no fue de mucha utilidad durante el proceso de selección de candidaturas.

En general, ningún partido pronosticó las dificultades que contemplaría la aplicación de la ley de cuotas, por lo que ningún partido realizó un esfuerzo sustantivo en materia de búsqueda de candidatas competitivas y entrenamiento sustantivo de candidatas. Aun cuando la experiencia, por ejemplo, de los Estados Unidos, en que las propias fundaciones de los partidos tanto Demócrata como Republicano, poseen una serie de programas de entrenamiento político, orientados a generar un soporte no solo para entrenar a las candidatas, sino también la búsqueda de apoyos políticos y movilización de colaboradores y electores para las campañas, como los casos de *Emilys's List*, *She Should Run*, entre otras tantas organizaciones, nadie se tomó muy en serio este proceso.

Las mujeres que molestaban a la autoridad y a los incumbentes como el caso de Reyes en el PR, y otras en la DC, fueron sacadas de la competencia y reemplazadas por mujeres de escasa relevancia y, por lo general, impuestas por los propios candidatos a la reelección en el Senado y la Cámara de Diputados, tensionando los procesos de negociación parlamentaria hasta el momento de la inscripción de las listas. Hay una serie de casos no solo en los partidos ya nombrados, sino en otros, como el Partido Socialista, que aun cuando el ex-presidente de la Cámara de Diputados, Fidel Espinoza, amenazó hasta el final de la negociación con renunciar, si es que la candidata (hoy diputada), Emilia

Nuyado, lo acompañara en su lista. La votación de ambos maximizó tanto el rendimiento electoral, que ambos resultaron electos⁴⁹.

Otro de los aspectos que no puede dejar de ser mencionado, se relaciona con el diseño de la lista. Durante el proceso de negociación, en la mayoría de los partidos, existió la tentación de articular pares disímiles a modo de potenciar la elección del más fuerte de la lista. Es ampliamente conocida la necesidad de construir listas de alto rendimiento en los sistemas proporcionales, en particular en el nuevo sistema electoral chileno de lista abierta, en que la dispersión de votación puede resultar mayor. No obstante, en los partidos más tradicionales como la propia Democracia Cristiana, el Partido Socialista, el Partido Por la Democracia, el Partido Radical y la Unión Demócrata Independiente, cometieron el error de no construir pares competitivos, resguardando la antigua lógica del sistema binominal⁵⁰. Esto acabó por afectar la representación de los partidos en una serie de distritos a nivel nacional. Las listas ocuparon a las mujeres en algunos casos para blindar a los candidatos fuertes, no obstante, en la circunscripción de la región de Valparaíso, la Democracia Cristiana acabó por perder la lista completa de representación en el Senado.

CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de este artículo, fue posible constatar una serie de elementos que se constituyeron como barreras de entradas para que las mujeres pudieran competir libre y exitosamente durante el debut de la ley de cuotas en las elecciones legislativas de 2017. Si bien se incrementó de un 15,8% de mujeres a un 21,2% en ambas Cámaras, por lo que se podría decir que la ley de cuotas resultó todo un éxito en su debut. Sin embargo, si se analiza más allá de los números, las posibilidades de que una mujer se transforme en candidata, constituyen una carrera de obstáculos que deben sortear, en primer lugar, al interior del partido y, en segundo orden, dentro de sus coaliciones, siendo el primero el más difícil de traspasar.

Si bien las reformas políticas planteadas en los últimos años buscan introducir mecanismos de acción afirmativa como las cuotas de género en el caso de las listas parlamentarias, así como también en los órganos colegiados de los partidos políticos, financiamientos preferenciales por voto obtenido y para formación de mujeres, estos no son suficientes si es que no existe, en primer lugar, una ética al interior de los partidos, que vele por la correcta aplicación de los

⁴⁹ *Ibid.*, en prensa.

⁵⁰ SIAVELIS, Peter - CAREY, John, “El ‘seguro’ para los subcampeones electorales y la sobrevivencia de la Concertación”, *Estudios Públicos*, N° 90, Santiago, Centro de Estudios Públicos, otoño 2003, pp. 5-27. Recuperado de <https://cepchile.cl/el-seguro-para-los-subcampeones-electorales-y-la-sobrevivencia-de-la/cep/2016-03-04/093105.html>, fecha de consulta: 7/5/2018.

mecanismos y un cambio en la cultura partidaria interna que tienda a evitar los sesgos de género en la participación política.

A pesar de las normas, existen características que permanecen en el ejercicio político de las mujeres en que aún se les considera “inexpertas, carentes de conocimiento en comparación con sus pares hombres, débiles de carácter y faltas de autonomía”⁵¹, por lo que todavía se les siguen asignando ciertos “roles permitidos”⁵², entre los que, por supuesto, no cuenta ser experta electoral, participar de las decisiones políticas y de la construcción de las listas de candidaturas, negociar con actores internos y externos al partido, manejar sus propios recursos e interpretar las normas jurídicas, así como también transformarse en candidatas, ya que incluso con la ampliación de las opciones de llevar más candidatas, las dificultades para transformarse en una de ellas, resistieron a pesar del cambio de sistema.

Asimismo, fue posible observar la presencia de la generación de un *old boys' club* llamado “comisión negociadora”, que terminó por constituirse como una institución informal que facilitó el proceso de funcionamiento de inscripción de candidaturas, pero que obstaculizó la inscripción de las mujeres candidatas a pesar de la existencia de la cuota, por lo que habría que reexaminar las estrategias ocupadas por las mujeres para enfrentar estos procesos, lo cual es frecuente en los partidos más tradicionales, pero que sin lugar a dudas también se replica en menor medida en los partidos y nuevos movimientos.

En primer lugar, tal como explican Kunovich y Paxton, las mujeres tienen capacidades de establecer otro tipo de política de alianzas así como de recuperar el terreno perdido en la base societal y con las organizaciones de mujeres⁵³. Por otro lado, la toma de consciencia de su posición de inferioridad ante un grupo social constituido con anterioridad (como el de los hombres)⁵⁴ no es garantía de un proceso exitoso de nominación. Asimismo, las mujeres tienen capacidad de establecer otro tipo de alianzas de carácter conjunta, tal y como lo plantea el Movimiento Feminista, en que cada una de las luchas ha requerido la acción conjunta de mujeres en distintas esferas. De esta forma, para concretar sus avances, se podría pensar en la realización de una mesa de negociación paralela integrada solo de mujeres de cada coalición para maximizar las posibilidades de éxito en el proceso de inscripción de las listas y así evitar los fracasos ocurridos.

En relación con el diseño de la lista, se requeriría observar la posibilidad de cerrar la lista e introducir mandatos de posición en su interior, de modo tal que la lista en su conjunto realice la candidatura para poder maximizar la votación.

⁵¹ D'ADAMO, Orlando - GARCÍA BEAUDOUX, Virginia - FERRARI, Gladys - SLAVINSKY, Gabriel, “Mujeres candidatas: percepción pública del liderazgo femenino”, en *Revista de Psicología Social*, vol. 23, N° 1, 2008, pp. 91-104.

⁵² MARX, Jutta, “Mujeres, participación política y poder”, ob. cit.

⁵³ KUNOVICH, Sheri - PAXTON, Pamela, “Pathways to power...”, ob. cit.

⁵⁴ MARX, Jutta, “Mujeres, participación política y poder”, ob. cit.

Las listas abiertas son inseguras para las mujeres y, sin mandato de posición pueden ser perjudiciales para las mujeres, pues cabría la posibilidad de utilizar la posición de la lista como válvula de escape del cumplimiento de la norma.

A pesar de que existieron mujeres en las élites de los partidos, su capacidad de sobrevivir a las presiones de los líderes masculinos resultó prácticamente infructuosa, en donde muy pocas pudieron sobrevivir al proceso de selección de candidaturas y otras fueron desechadas por los grandes líderes, produciendo, en efecto, lo que Jutta Marx (1994) plantea como “el hiato” entre la militancia y las decisiones.

Finalmente, los “techos de billetes”, así como también el escaso entrenamiento político, se introducen como causales del magro rendimiento electoral de las mujeres, puesto que muy poca gente cree en sus posibilidades de éxito.

Las mujeres llegaron tarde a la política, pero su presencia resultará clave en la articulación de la representación sustantiva de intereses de ellas, siempre y cuando los propios varones no acaben por arrinconarlas solo en sus temas y, por el contrario, dejar espacio para que puedan permear el género en todo el ámbito de la política pública.

Las mujeres son un grupo social heterogéneo, que posee diversos intereses, pero que podría perfectamente cambiarle la cara a la tan desprestigiada política partidista en América Latina.

BIBLIOGRAFÍA

- AHORA NOTICIAS, *Fondo Mujeres: Escándalo por el uso de platas para el fomento de la participación femenina en política*, Santiago, Unidad de Investigación de Mega, 19 de diciembre 2017. Recuperado de www.ahoranoticias.cl/programas/reportajes/212436-fondo-mujeres-escandalo-por-el-uso-de-platas-para-el-fomento-de-la-participacion-femenina-en-politica.html; fecha de consulta: 6/5/2018.
- ARCE, Javiera, “Ley de cuotas a la chilena: notas para una autopsia”, en MIRANDA, Lucía - SUÁREZ-CAO, Julieta, *Mujeres en política: lecciones y protagonistas en Chile América Latina*, Santiago, FLACSO-Chile, 2018 (en prensa).
- “Reformas políticas y enfoque de género: tensiones entre la participación y representación efectiva de las mujeres en Chile”, en ARCE, Javiera (ed.), *El Estado y las mujeres: el complejo camino hacia una necesaria transformación de las instituciones*, Santiago, RiL editores, 2018.
- ARCHENTI, Nélica - GÓMEZ, Patricia, “Las legisladoras argentinas: estudio sobre la participación política de las mujeres”, *América Latina Hoy*, 9, Salamanca, Instituto de Iberoamérica y Ediciones Universidad de Salamanca, noviembre 1994.
- BALLINGTON, Julie - KARAM, Azza (eds.), *Women in Parliament: Beyond Numbers, A Revised Edition*. Stockholm, International IDEA.

- CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Decreto con Fuerza de Ley N° 4 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, 2017, s/p.
- Ley N° 20.840 que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional, Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, 2015, s/p.
- D'ADAMO, Orlando - GARCÍA BEAUDOUX, Virginia - FERRARI, Gladys - SLAVINSKY, Gabriel, “Mujeres candidatas: percepción pública del liderazgo femenino”, en *Revista de Psicología Social*, vol. 23, N° 1, 2008.
- ECONOMÍA Y NEGOCIOS, “Los heridos de la negociación de la UDI”, Santiago, 27 de agosto de 2017, recuperado de <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=392104>.
- FREIDENBERG, Flavia - LEVITSKY, Steven, “Informal Institutions and Party Organization in Latin America”, en HELMKE, Gretchen - LEVITSKY, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006.
- FREIDENBERG, Flavia - DOŠEK, Tomas, *Las reformas electorales en América Latina (1978-2015)*, Washington DC, Organización de los Estados Americanos (OEA), 2006.
- FREIDENBERG, Flavia, “Ellas también saben. Estereotipos de género, resistencias a la inclusión y estrategias para feminizar la política” en *Pluralidad y Consenso*, vol. 8, N° 35, México DF, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2018. Recuperado en revista.ibd.senado.gob.mx/index.php/PluralidadyConsenso/article/view/493.
- HAZAN, Reuven - RAHAT, Gideon, *Candidate selection in Handbook of Party Politics*, London, Sage, 2006
- HELMKE, Gretchen - LEVITSKY, Steven, *Informal Institutions and Comparative Politics: a Research Agenda*. Working Paper N° 307. The Helen Kellogg Institute for International Studies. Notre Dame, IN, 2003.
- “Informal Institutions and Comparative Politics: a Research Agenda”, en *Perspectives on Politics*, vol. 2, N° 4, Washington, DC, American Political Science Association, diciembre de 2004.
- KUNOVICH, Sheri - PAXTON, Pamela, “Pathways to power: The role of political parties in women’s national political representation”, en *American Journal of Sociology*, vol. 111, N° 2, EE.UU., The University of Chicago Press, September 2005.
- LA TERCERA, “Chile Vamos deja a última hora formalización de pacto”, Santiago, 22 de agosto de 2017, recuperado de <http://www2.latercera.com/noticia/caoticas-negociaciones-marcan-inscripcion-listas-parlamentarias/>. Fecha de consulta: 5/5/2018.

- LEVITSKY, Steven, “Inside the black box: recent studies of Latin American Party Organizations”, en *Studies in comparative international development*, Summer 2001, vol. 36, N° 2, Berkeley, University of California.
- LOVENDUSKI, Joni - NORRIS, Pippa, “Westminster Women: the Politics of Presence”, en *Political Studies*, vol. 51, Issue 1, London, 2003.
- MACAULAY, Fiona, *Gender Politics in Brazil and Chile. The role of parties in national and local policymaking*, London, Palgrave Macmillan, 2006.
- MARX, Jutta, “Mujeres, participación política y poder”, en MAFFIA, Diana - KUSCHNIR, Clara (comps.), *Capacitación para mujeres: género y cambio social en la Argentina actual*, Buenos Aires, Feminaria Editora, 1994.
- MAIR, Peter, *Democracy Beyond Parties, Paper 0506*, Irvine, Center for Study of Democracy-University of California, Irvine, 2005.
- NORRIS, Pippa, *Building Political Parties: Reforming Legal Regulations and Internal Rules*, Cambridge, MA, Harvard University, 2004.
- PANEBIANCO, Angelo, *Modelos de partido*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- POMARES, Julia, “Un ‘techo de billetes’ entre las mujeres y la política” en *La Nación*, Argentina, SA La Nación, 2014, 8 de junio, recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1698865-un-techo-de-billetes-entre-las-mujeres-y-la-politica>. Fecha de consulta: 4/5/2018.
- RADIO POLAR, “Jóvenes Socialistas se Tomaron Sede Partidaria en Protesta por Nominación de Vladimiro Mimica”, Punta Arenas, 21 de agosto de 2017, recuperado de http://radiopolar.com/noticia_134830.html.
- RAHAT, Gideon, “Which candidate selection methods is more democratic?”, en *Government and Opposition*, N° 44, Reino Unido, Cambridge University Press, Issue 1, 2009.
- “Candidate Selections: The Choice Before de Choice”, en *Journal of Democracy*, vol. 18, issue 1, Washington, DC, Johns Hopkins University Press, 2007.
- SARTORI, Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- SIAVELIS, Peter - CAREY, John, “El “seguro” para los subcampeones electorales y la sobrevivencia de la Concertación” en *Estudios Públicos*, N° 90, Santiago, Centro de Estudios Públicos, otoño 2003, pp. 5-27. Recuperado de <https://cepchile.cl/el-seguro-para-los-subcampeones-electorales-y-la-sobrevivencia-de-la-cep/2016-03-04/093105.html>. Fecha de consulta: 7/5/2018.
- VON dem BERGE, Benjamin Thomas - POGUNTKE, Peter Obert - TIPEI, Diana *Measuring Intra-Party Democracy. A Guide for the Content Analysis of Party Statutes with Examples from Hungary, Slovakia and Romania*, Heidelberg, Springer, 2013.

Recepción: 24/4/2018
Aceptación: 26/5/2018

MOTIVOS DEL TRABAJO INFANTIL DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y LAS/OS ADOLESCENTES OCUPADAS/OS EN EL ESTADO DE CHIAPAS, MÉXICO. DIFERENCIAS POR GÉNERO

Por SARAI MIRANDA JUÁREZ*

“...uno quisiera que los hijos se dedicaran siempre a estudiar pa que fueran algo de importancia, pero no alcanza, porque hay veces que uno se pone a pensar en la vida que nosotros vivimos, de que la secundaria estaba lejos y nuestros papás no tenían, así pa mandarnos, no tenían recursos pa mandarnos, ahora si como quien dice aunque nosotros hayamos querido estudiar, no se pudo, el mío está en segundo y se me hace que este año ya no va, son muchos gastos de cooperaciones, que un día 500, que otro 100, según es gratis, pero ¿cuál gratis? puros gastos...”¹.

Resumen:

El presente artículo tiene como propósito central describir los motivos por los que trabajan los niños y niñas ocupados en el estado de Chiapas, entidad con los más altos niveles de marginación a nivel nacional. Se busca generar una reflexión desde la perspectiva de las unidades domésticas como oferentes de fuerza de trabajo y al mismo tiempo como el espacio en que se concreta, organiza y materializa el trabajo de niños y niñas, así como reflexionar sobre los derechos de las niñas, los niños y las(os) adolescentes en un contexto de vulnerabilidad económica y social. La metodología utilizada es cuantitativa, pues se revisan los datos arrojados por el Módulo de Trabajo Infantil incluido en la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2015. Se llega a la conclusión de que los niños y niñas ocupados en Chiapas lo hacen debido a dos causas principales: en primer lugar que en tanto unidades económicas productivas los hogares hacen uso del recurso fuerza de trabajo en la que los niños y las niñas son actores centrales y, en segundo lugar, por la insuficiencia de los ingresos de los hogares para sufragar los gastos personales y costos escolares.

* Investigadora Cátedras CONACYT en El Colegio de la Frontera Sur, Unidad San Cristóbal de las Casas, Chiapas, México. Dra. en Estudios de Población por El Colegio de México y Maestra en Ciencias Sociales por El Colegio Mexiquense, A.C. E mail: saraimirnadaj@gmail.com.

¹ Testimonio de un padre de familia, pequeño productor agrícola.

Palabras clave:

Trabajo infantil, género, derechos, Chiapas, México.

REASONS FOR CHILD AND ADOLESCENT LABOR IN THE STATE OF CHIAPAS, MEXICO. GENDERED-BASED DIFFERENCES

Abstract:

This article aims to describe the main reasons why children work in Chiapas, Mexico, where marginality levels are the highest in the country. It seeks to generate reflection from the perspective of the household, both as a supplier of workforce and as the specific place where children's work is organized and materialized. It also considers the rights of children and adolescents in the context of social and economic vulnerability. The methodology is quantitative, as we review the data obtained from the child labor module included in the 2015 National Survey of Occupation and Employment. The conclusion is that children in Chiapas work for two main reasons: first, that households, as productive economic units, use children as a central actor of their workforce resources; second, because household incomes are insufficient to cover personal expenses and school fees.

Keywords:

Child labor, gender, rights, Chiapas, Mexico.

INTRODUCCIÓN

El trabajo infantil es un fenómeno social que ha preocupado tanto a sectores académicos como al sector gubernamental. Se han buscado siempre las razones y motivos por los que los niños y las niñas y adolescentes (en adelante NNA) trabajan con el propósito de proponer acciones a fin de disminuir la participación de los niños en las actividades productivas. En México, los datos más recientes, provenientes del Módulo de Trabajo Infantil de la Encuesta Nacional de Empleo de 2015 muestran que existen poco más de dos millones de razones (2.475.989 NNA de 5 a 17 años que se declaran ocupados) para escudriñar sobre las causas y los motivos que están detrás de esta práctica.

Asimismo, las estimaciones más recientes dan cuenta de que para el año 2014 uno de cada dos NNA en México era pobre, en tanto que uno de cada nueve era pobre extremo (CONEVAL y UNICEF, 2014). Estas cifras muestran que la mitad de la población de 0 a 17 años no cuenta con las condiciones básicas para acceder a la alimentación, la salud, la educación y los servicios básicos (CONEVAL y UNICEF, 2014).

El Estado de Chiapas detenta el primer lugar en indicadores de pobreza en la niñez con 82% del total de población de 0 a 17 años. Interesa esta entidad

federativa debido a que históricamente ha mostrado mayores rezagos sociales, la mayoría de la población que habita a lo largo del territorio chiapaneco cuenta con escaso acceso a las condiciones mínimas para el logro del bienestar, pero, además, experimenta día a día la persistencia de la discriminación por la vía de la clase, el género y la etnia, lo que abona a la profundización de la vulnerabilidad social. El estado de Chiapas tiene una tasa de participación laboral de NNA de 10%, superando al nivel nacional de 8.4%.

El fenómeno del trabajo infantil se ha estudiado desde varias perspectivas, económica, antropológica, sociológica, y desde estos diferentes puntos de vista se ha llegado a una conclusión común: el trabajo infantil sería parcialmente comprendido si se analiza solo a través de las condiciones generales que se presentan en el mercado de trabajo. La dotación de niños y niñas al mercado de trabajo proveniente de las unidades familiares es un factor relevante para completar la fotografía del fenómeno estudiado. Este artículo versa precisamente sobre los principales motivos de la práctica del trabajo infantil, partiendo del supuesto de que es desde el ámbito doméstico donde se abastece de mano de obra familiar a los mercados de trabajo que así lo requieren. Asimismo, se presenta una reflexión sobre los derechos de las niñas y los niños que le son negados en un contexto en el que las condiciones sociales y económicas los insertan en el mercado de trabajo.

En la literatura sobre las tendencias más actuales de los mercados de trabajo, existe una importante corriente que parte del reconocimiento de que las unidades domésticas² tienen un papel dual. En primer lugar, ponen en práctica estrategias de diversos tipos, para garantizar la supervivencia económica (entre ellos la movilización de la mayoría de los miembros de la familia como fuerza de trabajo); y, por otra parte, la unidad doméstica funciona como un ente mediador frente a las condiciones estructurales que imperan en el entorno social y económico³.

Bajo esta premisa, se refleja la necesidad de considerar que “cada una de las unidades domésticas ponen en práctica mecanismos de reproducción parti-

² Existe una amplia discusión respecto a las ambigüedades que presenta el concepto de unidad doméstica. Se ha definido de indistintas maneras considerando aspectos como ingresos y gastos en común, Ver: BARSOTTI, Carlos A., “La organización social de la reproducción de los agentes sociales, las unidades familiares y sus estrategias”, *Demografía y Economía* XV, 2, México, El Colegio de México, 1981, p. 177. De hecho, esto se refleja en las diferentes “...definiciones censales: proveer sus necesidades alimenticias y otras esenciales para vivir, cocinar y comer en conjunto (Argentina) vivir juntos y compartir al menos una comida diaria (Barbados); hacer vida en común bajo un régimen familiar, compartir la vivienda y tomar juntos sus comidas (Costa Rica); vivir juntos compartir, *common living arrangements*, pueden compartir o no sus comidas (Jamaica); vivir bajo un régimen familiar o parecido (Paraguay) (OEA, 1970). De estas definiciones queda en evidencia que el concepto de unidad doméstica no coincide con el de la unidad familiar definida según el parentesco, el matrimonio o la residencia”.

³ VILLASMIL PRIETO, Mary Carmen, “Apuntes teóricos para la discusión sobre el concepto de estrategias en el marco de los estudios de población”, *Estudios Sociológicos*. México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos. vol. 16, no. 46 (ene.-abr. 1998).

culares, según los recursos materiales de que disponen y el tipo de intensidad de presiones externas⁷⁴. En este sentido, la oferta de NNA al mercado de trabajo constituiría una estrategia por parte de las unidades domésticas para hacer frente a las presiones económicas que impone el contexto socioeconómico y que en México durante las últimas décadas se expresa en sucesivas crisis económicas que han llevado al despliegue de diversas acciones por parte de los grupos domésticos con el fin de asegurar la reproducción material cotidiana.

Cabe destacar que el fenómeno de producción-reproducción en el cual se inscribe la lógica de las unidades domésticas, en particular, aquellas que se encuentran en situación de desventaja material y económica no es algo nuevo, ya los clásicos como Marx y Chayanov habían profundizado al respecto, no obstante, en este artículo la preocupación gira en torno al papel de la unidad doméstica como proveedora de fuerza de trabajo infantil en el mercado laboral y en el que resulta relevante escudriñar los principales motivos que despliegan la unidad doméstica para la entrada de los NNA a los mercados de trabajo.

Si bien el uso de niños en los mercados laborales tiene como uno de sus principales orígenes el deterioro de las condiciones de vida de las familias; hay también factores derivados del lado de la demanda, tales como la presencia de mercados de trabajo que reclaman este tipo de mano de obra. Es decir, hay elementos combinados de oferta y demanda que pueden explicar la prevalencia del trabajo infantil. En este sentido, el objetivo central de este artículo es conocer los principales motivos del trabajo infantil únicamente desde el ámbito de los hogares en el estado de Chiapas a partir del análisis de los datos que ofrece el módulo de trabajo infantil de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo del año 2015.

Esta realidad dual pone en jaque el goce de los derechos de los NNA que en contextos de escasos recursos material y vulnerabilidad social, no solo deben aportar ingresos a los hogares, sino también renunciar al ocio y en muchas ocasiones al derecho a la escolaridad básica. Situación que se profundiza aún más por la vía del género.

La metodología a utilizar es básicamente descriptiva, pues se realiza una revisión de los motivos para trabajar de cada niño y niñas por edad, género y sector de actividad. Se considera que este ejercicio, aunque modesto, constituye un importante paso para explicar un fragmento del complejo fenómeno del trabajo infantil en México y la dificultad hacer efectivos sus derechos humanos más fundamentales.

⁴ BRONFMANM, Mario - LERNER, Susana - TUIRÁN, Rodolfo, citados en VILLASMIL PRIETO, ob. cit., p. 70.

1. EL TRABAJO INFANTIL Y ADOLESCENTE EN LA ESFERA DOMÉSTICA

Esta práctica social ha sido estudiada desde diversas perspectivas. En primer lugar, se han realizado estudios y diagnósticos descriptivos sobre el trabajo infantil desde el punto de vista de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Estos estudios han sido impulsados desde los organismos internacionales, especialmente pautados por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que reúne conceptos, principios y criterios de intervención que buscan garantizar los derechos de las niñas y los niños. Desde este punto de vista se ve en el trabajo infantil una afrenta contra los derechos básicos de la niñez.

Como bien afirman Alvarenga, Benítez y Walder⁵ “el enfoque de derechos considera a las niñas y los niños como sujetos de derecho, como personas con responsabilidades definidas y con derecho a participar en las decisiones que les afectan”. En este sentido, los estudios y análisis sobre el trabajo infantil doméstico han aportado a la reflexión sobre las formas de ver y actuar en relación con el trabajo infantil, lo que a su vez se traduce en prácticas, normas y articulaciones sociales. Cabe señalar que México ha ratificado el Convenio 182 de la Organización Internacional del trabajo, referente a las peores formas de trabajo infantil, y con ello se ha comprometido a poner en práctica medidas para conseguir la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

Por otro lado, el trabajo infantil y adolescente puede ser analizado también desde el enfoque de las estrategias de vida, que representa uno de los esfuerzos más integrales en el intento de aprehender las prácticas de los grupos sociales en situación de escasez material. Por ello, uno de los elementos centrales en esta perspectiva es el reconocimiento de las unidades domésticas que ejercen un papel de mediadoras entre los procesos macro sociales y los individuos. Como afirma Villasmil⁶ “...cobra relevancia el abordaje de la unidad doméstica como unidad de análisis, toda vez que es dentro de esta que se gestan los procesos de producción inter generacional y, en consecuencia, donde se decide la participación económica familiar como componente esencial de dichas estrategias”. En este caso, las unidades domésticas son las entidades que proveen fuerza de trabajo de niños y niñas al mercado y reciben de este ya sea beneficios o desventajas.

Hay quienes se refieren a la familia, al hogar o bien a la unidad doméstica como la principal instancia mediadora y existe un reconocimiento implícito de que es en la familia donde suceden la mayoría de las prácticas y se materializan

⁵ ALVARENGA, Tina - BENÍTEZ, Marta - WALDER, Johanna, *Antiguas costumbres, prácticas nuevas. Intervenciones frente al criadazgo en el siglo XXI*, Asunción Paraguay, Global Infancia, 2005, p. 10.

⁶ VILLASMIL PRIETO, Mary Carmen, “Apuntes teóricos...”, ob. cit., p. 71.

los efectos de las estrategias puestas en marcha. Como afirma González de la Rocha:

...los grupos domésticos... son los escenarios de sobrevivencia, en donde se instrumentan prácticas y mecanismos para enfrentar y sobrellevar la vida en pobreza y los problemas que la escasez de recursos acarrea en la vida cotidiana de los individuos. Es ahí, en el seno de la vida en familia, con sus elementos de cohesión y unidad pero, también, con todas sus desarmonías, fisuras y desigualdades, donde los sujetos de nuestro estudio luchan día con día para asegurar el acceso a bienes y servicios básicos para sobrevivir en contextos en donde el empleo no siempre es suficientes o posible⁷.

En este contexto, resulta ineludible ver “a las unidades familiares en cuanto unidades de decisión y de recursos en la organización social de la reproducción de los agentes sociales”⁸. De lo contrario sería imposible entender el fenómeno de la reproducción social y de la reproducción de situaciones de desventaja, además, se dejaría de lado la importancia de procesos tales como las decisiones económicas, la organización del trabajo doméstico y la participación en el mercado de trabajo que se materializan dentro de las unidades familiares.

Por ello, uno de los aportes de la perspectiva teórica de las estrategias de sobrevivencia es el reconocimiento de que los hogares, las familias o las unidades domésticas son una fuente tanto de recursos como de decisiones. Para las unidades familiares, se pueden considerar desde dos puntos de vista: como unidades de decisión y como unidades de recursos. Las unidades familiares pueden considerarse como unidades de decisión, debido a que es en este escenario en donde se determinan las características del proceso de reproducción de los agentes pertenecientes a la unidad familiar; en tanto que pueden ser consideradas como unidades de recursos, ya que es mediante estos que les es posible ejercer su responsabilidad en la reproducción de los agentes sociales.

Coincidentemente con lo anterior González de la Rocha establece que

El grupo doméstico ha sido conceptualizado como una instancia mediadora entre los individuos y la estructura socio-económica, como escenario de procesos de toma de decisiones —no libres de conflicto y negociación— y de puesta en práctica de acciones y respuestas que se instrumentan ante los cambios del mercado de trabajo y los sistemas productivos más amplios⁹.

⁷ GONZÁLEZ DE LA ROCHA, Mercedes (coord.), *Procesos domésticos y vulnerabilidad. Perspectivas antropológicas de los hogares con oportunidades*, Publicaciones de la casa Chata, CIESAS, México, 2009, p. 12.

⁸ BARSOTTI, Carlos A., “La organización social...”, ob. cit., p. 177.

⁹ GONZÁLEZ DE LA ROCHA, Mercedes (coord.), *Procesos domésticos...*, ob. cit., p. 48.

Con lo que se refuerza la idea de que las unidades familiares representan la instancia en la que se movilizan y organizan los recursos para el logro de ciertos objetivos referidos a la unidad o a sus miembros, cualquiera que sea el grado de conciencia que estos tengan acerca de esa organización y esos objetivos.

Como un refuerzo a la idea anterior, Sáenz y Di Paula (1981) establecen que el enfoque de las estrategias de supervivencia analiza los mecanismos y procesos desde el punto de vista del agregado familiar o unidad doméstica, debido a que es precisamente en esta en donde se presentan la mayor parte de las variables vinculadas a la producción, consumo y reproducción de la fuerza de trabajo en los sectores de menores recursos:

El agregado familiar, explícita, consciente, en forma planificada o no planificada adopta, entre las alternativas disponibles en el modelo de desarrollo determinado, las que consideran más apropiadas para satisfacer sus necesidades relativas pudiendo crear contenidos específicos en los componentes usados¹⁰.

Así, al parecer, en las unidades domésticas se generan estrategias “con componentes dados en la sociedad global que son ‘elegidos’ por las familias, otras con instancias ‘creadas’ en el ámbito familiar y otras ‘inducidas’ en agregados mayores que el familiar pero menores que el de la sociedad global y que son utilizados por la familia con mayor eficiencia” (Sáenz y Di Paula, 1981: 152-153).

Un ejemplo de ello es la hipótesis ampliamente trabajada por García y De Oliveira (2006) en la que reconocen que es precisamente en la unidad doméstica en donde se presenta una fuerte influencia en la formación de la oferta de fuerza de trabajo, debido a que es en los hogares donde se posee el recurso de individuos disponibles para la actividad económica y que tanto el número como las características de quienes participan en el mercado de trabajo depende en gran medida de la composición de los grupos domésticos. Con esto, se deja ver una evidente forma de intermediación del grupo doméstico entre los individuos que trabajan y los mercados laborales.

En este mismo tenor, pero desde un punto de vista más enfocado a la reproducción de la fuerza de trabajo, Susana Torrado (1981) afirma que es mediante la utilización de la familia que se asegura la “oferta de trabajadores libres” y, por tanto, se asegura la reproducción, tanto de la fuerza de trabajo como la del “trabajador libre”, estableciendo que

...la reproducción de la fuerza de trabajo se verifica en la unidad familiar mediante el cumplimiento de las tareas indispensables para la reconstrucción

¹⁰ SÁENZ, Álvaro - DI PAULA, Jorge, “Precisiones teórico-metodológicas sobre la noción de estrategias de existencia”, *Demografía y Economía* XV, 2, El Colegio de México, México, 1981, pp. 152-153.

tución y mantenimiento de la fuerza de trabajo activa, así como de aquéllas que aseguran el reemplazo generacional de los trabajadores a través de la creación, sustento y educación de su progenitura... La aparición en el mercado del empleo de la fuerza de trabajo así creada bajo la forma de “trabajador libre” se asegura a través de las normas jurídicas que regulan el ejercicio de autoridad dentro del grupo, particularmente en lo que se relaciona con el uso de la fuerza de trabajo disponible dentro de la unidad familiar. En tal sentido, la legislación relativa a la “mayoría de edad” que libera a los hijos de toda obligación económica hacia sus progenitores en el momento en que alcanzan el umbral productivo, fija una de las principales modalidades de aparición del “trabajador libre” dentro de las poblaciones ya incorporadas a la esfera de producción capitalista¹¹.

Para Torrado, la unidad familiar actúa como mediadora entre los individuos trabajadores y los requerimientos del capital económico, por un lado, como generadora de “trabajadores libres” obligados a vender su fuerza de trabajo como mercancía y, por otro, como una instancia que comprende “los mecanismos utilizados para sufragar el costo de reproducción de la fuerza de trabajo minimizando la parte de ese costo que es asumida por el capital”.

Otro importante acercamiento al estudio de las unidades domésticas en situación de pobreza y desventaja material son las aportaciones teóricas y metodológicas de Daniel Bertaux, quien concibe a las unidades domésticas o familias como “microsistemas auto-poieticos orientados a la producción de energías humanas de sus propios miembros, tanto en la vida cotidiana como a largo plazo¹².

Desde esta perspectiva, las unidades domésticas se organizan en función de una lógica apegada a las emociones y sentimientos, es decir, la “lógica del regalo”, que la hace diferente a la lógica mercantil; así, para Bertaux “las relaciones intrafamiliares se caracterizan por el esfuerzo y la solidaridad de los miembros con el objetivo de hacer posible la subsistencia común”¹³.

Un aporte analítico de suma importancia en los trabajos de Bertaux es el reconocimiento de que las unidades domésticas son también sistemas abiertos con los medios que las rodean y, en este sentido, sus mecanismos de autoregulación, autoorganización, autoorientación y autodiferenciación pueden ir acompañados de acumulación de recursos, o bien acumulación de desventajas.

¹¹ TORRADO, Susana. “Sobre el concepto de estrategias familiares de vida y proceso de reproducción de la fuerza de trabajo. Notas teórico-metodológicas”, *Demografía y Economía* XV, 2 El Colegio de México, México, 1981, p. 217.

¹² BERTAUX, Daniel, “Historias de casos de familias como método para la investigación de la pobreza”, en *Revista de Sociedad, Cultura y Política*, vol. 1, N° 1, Buenos Aires, 1996, p. 12.

¹³ MACRI, M., “Trabajo infantil y familia: los estudios sociológicos sobre la familia como marco interpretativo para el trabajo infantil intrafamiliar”, en FODOR, S. (coord.), *Problemáticas infante juveniles*, Buenos Aires, Errepar, 2011, p. 726.

Así, el enfoque de las estrategias de reproducción y supervivencia resulta adecuado para enfrentar el estudio de los fenómenos sociales a través de una instancia mediadora, en este caso, la unidad doméstica, que vincula los fenómenos con los niveles de análisis microsociales y macrosociales, mediante la puesta en práctica de acciones que pueden ser o no conscientes, pero que permiten que se presenten procesos de reproducción y supervivencia.

Diversas reflexiones surgen al haber revisado la línea de investigación expuesta. En primer lugar, que el trabajo infantil forma parte del comportamiento estratégico de las unidades domésticas y que tiene como propósito asegurar la reproducción biológica y material y, con ello, se van configurando las formas de inserción laboral y social de los hijos e hijas. En segundo lugar, que las estrategias de reproducción y supervivencia están permeadas por contextos externos con los que se articulan las prácticas de dichas unidades.

Al parecer las unidades domésticas organizan sus recursos y los hacen variar para adaptarse a las exigencias y necesidades de la sociedad en la que están inmersas, adoptan estrategias de acción en un nuevo entorno para perseguir un objetivo: su supervivencia. Así, desde la esfera doméstica, es preciso puntualizar en la paradoja a la que se enfrentan las familias. En la búsqueda de su supervivencia hacen uso de estrategias a corto plazo con objeto de resarcir eventos inesperados o situaciones críticas que pudieran amenazar la subsistencia:

Frente a situaciones críticas..., en que un segmento o capas enteras de la sociedad ven empeorar o deteriorarse sus niveles de vida, llegando a sentir seriamente amenazada su reproducción material y biológica es cuando tiene sentido, (...) hablar de “estrategias de supervivencia” como fenómeno social, en tanto estas capas desarrollan un complejo de conductas con el objeto de “resistir” a las fuerzas o procesos deteriorantes a que están sometidas. Que esto sea así no significa necesariamente que tales “respuestas” o “readaptaciones” sean exitosas, puesto que la incapacidad crónica de una economía para insumir trabajo productivo puede hacer estéril o ineficaz cualquier estrategia¹⁴.

En este tenor, en situaciones de crisis, los hogares se ven inducidos a la adopción de estrategias que, como bien aduce González de la Rocha (2009), resultan ser de dos caras, ya que cuando las unidades domésticas se enfrentan a un deterioro de sus condiciones de existencia, una de las principales reacciones de los hogares es la colocación de más miembros del mercado de trabajo, incluyendo la incorporación de mujeres y niños, en los mercados laborales que se ofrezcan en el contexto determinado. Por lo que la entrada de nuevos miembros al mercado laboral puede ir desde el trabajo familiar no remunerado, el acceso

¹⁴ VALDÉS, X. - ACUÑA, M., “Precisiones metodológicas sobre las estrategias de supervivencia”, *Demografía y Economía* XV, 2, México, El Colegio de México, 1981, p. 235.

al mercado informal, así como la inserción en mercados caracterizados por condiciones flexibilizadas y precarias.

De hecho, “el trabajo de los niños, en contextos de extrema precariedad..., parece ser un recurso que se invierte en estrategias de supervivencia a corto plazo” (González de la Rocha, 2009: 60). Las estrategias de sustento se encuentran vinculadas con la movilización de la fuerza de trabajo, pues este es uno de los recursos fundamentales con que cuentan los hogares.

Ahora bien, una vez expuesta la revisión conceptual respecto al ámbito doméstico y su papel en la práctica del trabajo infantil, se hace necesario revisar los datos empíricos al respecto. Lo cual se presenta en la siguiente sección.

1.1. Breve descripción del trabajo infantil y adolescente en Chiapas

A continuación se presenta un análisis descriptivo de los datos que proporciona el Módulo de Trabajo Infantil perteneciente a la ENOE 2015¹⁵. Los datos más recientes sobre el trabajo infantil en México muestran que a nivel nacional existen 29,412,038 personas de 5 a 17 años, de ellas 26,936,049 dijeron no trabajar mientras que 2,475,989 se encuentran ocupadas en alguna actividad económica, lo que equivale a 8.4% del total de dicha población. Por su parte, en el estado de Chiapas, se observa que el porcentaje de ocupados asciende a 10 puntos porcentuales.

Desglosando la información por sexo se observa que en Chiapas de las 158,766 personas de 5 a 17 años que se encuentran ocupadas en alguna actividad económica 26,418 son hombres y 132,348 mujeres, es decir, 83% niños y 17% niñas. La tasa de participación de los niños es más alta que la de las niñas, 16.6% de los niños dijeron estar ocupados, mientras que para el total de las niñas de ese mismo grupo de edad se calculó una tasa de 3.5%. Este primer acercamiento pone en evidencia que desde una observación global, la participación laboral de los varones supera por mucho la participación de las mujeres. En este sentido, un niño chiapaneco que oscila entre los 5 y 17 años de edad tiene el doble de probabilidad de trabajar que una niña chiapaneca entre estas mismas edades.

Algunos estudios a nivel de América Latina han mostrado cómo la participación laboral de los menores varones aventaja por mucho a la participación laboral de las niñas¹⁶. Tal situación podría estar explicada por múltiples factores pero, en general, la literatura especializada alude a la fuerte tendencia sobre la

¹⁵ Cabe señalar que el cuestionario del Módulo de Trabajo Infantil es aplicado a niños y niñas bajo la supervisión de un adulto del hogar, ello podría estarse reflejando en el resultado global sobre las dimensiones del trabajo infantil y adolescente en México ya que la presencia de un adulto podría influenciar las repuestas. No obstante, esta problemática excede los límites que corresponden a las reflexiones que se presentan en este artículo.

¹⁶ ALARCÓN, W., *De la explotación a la esperanza. Ensayos sobre trabajo infantil en América Latina*, Proyecto Solidario-OIT, España, 2009.

situación de los niños y las niñas para ir delimitando sus roles sociales a partir de criterios de género, lo cual se conjuga con un proceso de disminución de la tasa de ocupación femenina en estas edades como resultado de su ocupación en tareas domésticas de su propio hogar; labores que históricamente han sido invisibilizadas y escasamente declaradas¹⁷.

Asimismo, si se desglosa la información por edad, es posible observar que la mayor cantidad de niños y niñas que trabajan va en aumento a medida que aumenta la edad. Evidentemente hay una relación entre mayor edad y mayor tasa de ocupación. Ello, probablemente, lo que está sugiriendo es que, al interior de los hogares, es el grupo de los hijos e hijas de más edad el que se incorpora a las actividades económicas, sin embargo, puede también estar oculto y subestimado el trabajo doméstico de las niñas más pequeñas que van sustituyendo a los hermanos mayores, con lo que se facilita la incorporación al trabajo o a la escuela de los mayores.

Otro dato útil al respecto es que el cálculo de la edad media a la entrada del primer trabajo es de 8 años. Lo que significa que en México y en Chiapas los niños y niñas ocupados inician su actividad laboral en promedio a los 8 años de edad (elaboración propia con base en INEGI, 2015).

Los datos muestran, también, la distribución de quienes trabajan por sector de actividad entre niños y niñas. En términos globales, sale a la luz que es el sector agrícola en donde se ocupa la mayor parte de esta población, o sea, 60.9%, le sigue el sector comercio y servicios con 30.1% y, finalmente, industria y construcción con 7.6%. Si este análisis se realiza desplegado por sexo, los resultados cambian, para el caso de los niños, por ejemplo, se tiene que siete de cada diez niños varones ocupados (71%) realiza labores agropecuarias, en tanto que para el caso de las niñas se registra que nueve de cada diez niñas ocupadas, (90%) se emplean en el sector servicios, ya sea como comerciantes en el sector informal o empleadas en comercios establecidos. Cabe señalar, también, que 8% de los niños se desempeñan en trabajos relativos a la industria y las artesanías, o bien se registran como ayudantes en este último sector (elaboración propia con base en INEGI, 2015).

1.2. Los motivos del trabajo infantil y adolescente en Chiapas

Se sabe que la pobreza y las necesidades económicas son las principales causas de la existencia del trabajo infantil, aunque más allá de ello, pueden presentarse múltiples razones, pues la connotación del trabajo infantil es diferente en distintos contextos socioeconómicos y culturales. Estudios recientes revelan que en algunos contextos los padres encuentran benéfico el trabajo de los niños y las niñas para el sano desarrollo de estos. Los sitúa frente a responsabilidades y los ayuda a madurar y, en cierta medida, les genera una experiencia de apren-

¹⁷ *Idem.*

dizaje que difícilmente podrían obtener de otros contextos como el escolar, el familiar y el recreativo¹⁸.

Hay también algunas hipótesis respecto al trabajo como una importante alternativa al ocio, ya que los padres y/o los jefes y jefas de los hogares consideran que desde edades tempranas los niños y las niñas deben aprender formas de ganarse la vida y el sustento cotidiano. Asimismo, otra de las hipótesis extendidas es que una de las mejores herencias que puedes dejarse a los hijos e hijas es el aprendizaje temprano de un oficio o actividad laboral que les asegure una forma de sustento en el futuro (Alarcón, 2006).

Respecto a los motivos por los que trabajan las personas de este grupo de edad que proporciona el Módulo de Trabajo Infantil de la ENOE 2015 se observa que existen varias razones; sin embargo, la razón “aprender un oficio” es la que mayor porcentaje de respuestas presenta con 41.4%, le sigue “el hogar necesita su trabajo” con 24.2% de los encuestados. El siguiente motivo más mencionado fue “para pagar su escuela y sus propios gastos” con 12.5%, mientras que “el hogar necesita de su aportación económica” y “por gusto o solo por ayudar” aparecen en último lugar con 11.3% y 5.2%, respectivamente (ver cuadro 1).

Cuadro 1
Porcentaje de población ocupada 5 a 17 años desplegada por sexo y motivos por los que trabaja

Motivos	Hombres %	Mujeres %	Total
El hogar necesita de su aportación económica	12.1	6.4	17664
El hogar necesita de su trabajo	21.7	37.2	38491
Aprender un oficio	44.9	24.5	65861
Para pagar su escuela o sus propios gastos	12.1	15.0	19916
Por gusto o solo por ayudar	4.4	9.5	8367
Pago de deudas, no estudia y otra razón	4.9	7.3	8467
Total	100.0	100.0	158766

Elaboración propia con base en *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2011, Módulo de Trabajo Infantil*, INEGI (2015)

¹⁸ *Idem*

Al escudriñar los motivos por los que trabajan, entre niños y niñas se observan algunas diferencias. En el mismo cuadro se resalta, por ejemplo, que para las niñas es mayor el porcentaje en los motivos “el hogar necesita de su trabajo” y “el pago de la escuela y gastos propios”. Estos datos podrían estar sugiriendo que, para el caso de las niñas, hay menores posibilidades de que la familia sufrague los gastos relacionados con la escolaridad. Cabe resaltar que para familias en situación de escasas material o pobreza, que los hijos e hijas vayan a la escuela supone un gran esfuerzo, “la educación pública aunque gratuita es, en realidad, demasiado cara para una familia pobre que debe adquirir los libros y los otros materiales escolares, los uniformes, la ropa, el transporte... en mucho lugares, el mantenimiento de un hijo en la escuela puede llegar a representar un tercio de los ingresos totales en efectivo de las familias y muchas de estas tiene más de un hijo en edad escolar¹⁹”.

Aunado a ello también se observa que la motivación “aprender un oficio” es más alta en los niños que en las niñas. Estos comportamientos al parecer están indicando que la participación de los niños y las niñas en el trabajo responde en cierta medida a eventos vinculados con los roles de género. Para los niños el aprendizaje temprano de un oficio es mucho más importante que para las niñas, en tanto que para las niñas es más importante el hecho de que “el hogar necesita de su trabajo”. Lo que es un factor que también llama la atención es que para los niños ser proveedores tempranos es un motivo que tiene particular importancia, ya que el porcentaje para el motivo “el hogar necesita de su aportación económica” es de 12.1%, frente a un 6.4% de las niñas.

Desplegando la información por grupos de edad se pueden observar también algunas particularidades, por ejemplo, para los niños más pequeños, de 5 a 9 años de edad, el motivo que registra mayor número de respuestas es “por gusto o solo por ayudar”. No obstante, lo que se sabe al respecto es que los niños y niñas de menor edad que participan en algún trabajo lo hacen por lo regular en la lógica del acompañamiento de algún otro miembro del hogar, pues al ser los más pequeños los hogares se enfrentan al escaso acceso a servicios de cuidado de niñas y niños menores durante el tiempo en que los adultos realizan actividades económicas (Alarcón, 2006).

Se sabe también que el trabajo de los niños y niñas en este grupo de edad puede responder a las necesidades de trabajo doméstico que se presentan cuando otros miembros del hogar se incorporan al mercado de trabajo o a otras actividades extradomésticas. En el cuadro 2 se observa que 10.6% de los niños y niñas de 5 a 9 años de edad trabajan debido a que en el hogar se necesita de su trabajo.

¹⁹ INTERVIDA, *Vidas explotadas. La explotación laboral infantil*, Barcelona, Fundación Intervida, 2008.

Cuadro 2

Motivos por los que trabaja la población ocupada 5 a 9 años desplegada por sexo

Motivos	Hombres %	Mujeres %	Total
El hogar necesita de su aportación económica	1.8	0.0	1651
El hogar necesita de su trabajo	12.3	8.2	15807
Aprender un oficio	17.9	15.4	24997
Para pagar su escuela o sus propios gastos	6.7	7.4	10330
Por gusto o solo por ayudar	53.5	63.8	84988
Pago de deudas, no estudia y otra razón	7.9	5.1	10040
Total	100.0	100.0	147813

Elaboración propia con base en *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2011, Módulo de Trabajo Infantil*, INEGI (2015)

Para el grupo niños en edad de 10 a 13 años se observa igualmente que el motivo principal es “por gusto o solo por ayudar” con 34.9%, siguiéndole el motivo “el hogar necesita de su trabajo” con 21.4%. Aprender un oficio es la tercera razón con 20.7%. La literatura especializada sobre trabajo infantil ha puesto de manifiesto que los hogares en situación de pobreza buscan que los hijos y las hijas se entrenen en algún oficio que les permita enfrentar laboralmente el futuro, pues la educación formal no constituye una opción en la que se vea un mecanismo de movilidad social ascendente (Intervida, 2008), al parecer en Chiapas la lógica de los hogares está en esa misma dirección, sobre todo, cuando va en aumento la edad en que se encuentran los niños y niñas (ver cuadro 3).

Cuadro 3

Motivos por los que trabaja la población ocupada 10 a 13 años desplegada por sexo

Motivos	Hombres %	Mujeres %	Total
El hogar necesita de su aportación económica	4.0	2.3	16804
El hogar necesita de su trabajo	19.1	26.0	105030
Aprender un oficio	24.7	12.5	101531
Para pagar su escuela o sus propios gastos	11.7	12.4	58611
Por gusto o solo por ayudar	32.7	39.5	171416

Motivos	Hombres %	Mujeres %	Total
Pago de deudas, no estudia y otra razón	7.7	7.3	37021
Total	100.0	100.0	490413

Elaboración propia con base en *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2011, Módulo de Trabajo Infantil*, INEGI (2015)

En el cuadro 4 se muestran a los adolescentes chiapanecos que se encuentran en el grupo de 14 a 17 años. Este grupo reporta resultados también diversos. El motivo que muestra un mayor porcentaje es “para pagar su escuela o sus propios gastos”, lo que podría estar vinculado con la mayor participación de estos niños y niñas en actividades fuera de las unidades económicas familiares respecto a los otros grupos de edad y la importancia de la independencia económica en función del aumento de la edad de los niños y las niñas. Para muchas familias, que los hijos e hijas trabajen —sobre todo en etapas adolescentes— representa una forma de disminución en las erogaciones que se hacen por concepto de ropa, útiles escolares y artículos personales, con lo que en cierta forma los niños y las niñas colaboran complementando el ingreso familiar y disminuyendo el costo de manutención cotidiana (Alarcón, 2006). El motivo “por gusto o solo por ayudar” marca como segunda razón con 17.6% de los encuestados.

Cuadro 4
Motivos por los que trabaja la población ocupada 14 a 17 años desplegada por sexo

Motivos	Hombres %	Mujeres %	Total
El hogar necesita de su aportación económica	12.7	12.2	231087
El hogar necesita de su trabajo	15.7	17.1	295851
Aprender un oficio	15.5	6.1	236111
Para pagar su escuela o sus propios gastos	26.5	31.4	512352
Por gusto o solo por ayudar	16.3	21.0	324687
Pago de deudas, no estudia y otra razón	13.2	12.2	237675
Total	100.0	100.0	1837763

Elaboración propia con base en *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2011, Módulo de Trabajo Infantil*, INEGI (2015)

Otra forma de analizar los motivos por los que trabajan los niños y niñas en México es abordarlo por sector de actividad. En el sector agropecuario, por ejemplo, se tiene que 29.8% de los niños y niñas que trabajan lo hacen debido a que “el hogar necesita de su trabajo”. Ello resulta lógico debido a que, si bien hay una parte importante de este sector vinculado con la agricultura comercial y articulada al mercado internacional, en México, la actividad agrícola aún se concentra en espacios de economías campesinas dirigidas hacia la autosubsistencia familiar, en las que el trabajo de todos los miembros de la familia es esencial (ver cuadro 5).

Cuadro 5
Motivos por los que trabaja la población ocupada 5 a 17 años en el sector agropecuario desplegada por sexo

Motivos	Hombres %	Mujeres %	Total
El hogar necesita de su aportación económica	9.2	15.1	64676
El hogar necesita de su trabajo	28.5	41.4	196961
Aprender un oficio	23.2	7.4	142425
Para pagar su escuela o sus propios gastos	11.6	9.8	75649
Por gusto o solo por ayudar	18.5	21.2	124163
Pago de deudas, no estudia y otra razón	8.9	5.0	56261
Total	100.0	100.0	660135

Elaboración propia con base en *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2011, Módulo de Trabajo Infantil*, INEGI (2015)

Para el caso de la industria y la construcción (cuadro 6), se muestra que 3 de cada 10 niños y niñas ocupados en este sector aducen que trabajan debido a que deben “pagar su escuela y sus gastos propios”. Siguiéndole los motivos “el hogar necesita su trabajo” y “aprender un oficio” con 17%. El sector industrial y la construcción son actividades que incluyen un sinnúmero de actividades, y lo que probablemente nos dicen los datos es que estos niños y niñas en su mayoría no pertenecen a hogares que a su vez funcionen como unidades económicas de producción, ya que, como se observa en el cuadro, únicamente el 9.8% de ellos contestó que el motivo por el que trabaja es que “el hogar necesita de su trabajo”. Estos niños y niñas y podrían estar ocupados en pequeños talleres artesanales familiares.

Cuadro 6

Motivos por los que trabaja la población ocupada de 5 a 17 años en el sector industria y construcción desplegada por sexo

Motivos	Hombres %	Mujeres %	Total
El hogar necesita de su aportación económica	15.5	15.1	70015
El hogar necesita de su trabajo	7.4	17.6	44845
Aprender un oficio	19.3	10.5	78628
Para pagar su escuela o sus propios gastos	30.3	29.2	136980
Por gusto o solo por ayudar	12.2	19.4	63253
Pago de deudas, no estudia y otra razón	15.3	8.2	62038
Total	100.0	100.0	455759

Elaboración propia con base en *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2011, Módulo de Trabajo Infantil*, INEGI (2015)

Los servicios y el comercio tienen una importante participación de niños y niñas. Los motivos que salen a la luz son “por gusto o solo por ayudar” con tres niños y niñas de cada diez que dijeron estar ocupados en este sector. Llama la atención que para este sector económico se esperaría que el motivo más importante fuera que el hogar necesita del trabajo de los niños y niñas, ya que, por lo general, las unidades domésticas funcionan como proveedoras de comercios y en algunos casos servicios. No obstante, este motivo representa solo el 12.9%.

Cuadro 7

Motivos por los que trabaja la población ocupada de 5 a 17 años en el sector comercio y servicios desplegada por sexo

Motivos	Hombres %	Mujeres %	Total
El hogar necesita de su aportación económica	10.1	7.8	97305
El hogar necesita de su trabajo	10.8	16.1	137664
Aprender un oficio	12.2	8.5	113805
Para pagar su escuela o sus propios gastos	27.2	23.7	273415
Por gusto o solo por ayudar	27.8	32.9	317293
Pago de deudas, no estudia y otra razón	11.9	10.9	122041
Total	100.0	100.0	1061523

Elaboración propia con base en *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2011, Módulo de Trabajo Infantil*, INEGI (2015)

REFLEXIONES FINALES

La descripción que se ha realizado de los datos más recientes sobre el trabajo infantil en Chiapas deja varias reflexiones por delinear. En primer lugar, se presentan algunas líneas en cuanto al espacio familiar como la principal unidad en la que se organiza y materializa el trabajo o los ingresos de los miembros que la conforman, incluyendo a los niños y niñas. Este importante señalamiento teórico se comprueba en términos empíricos cuando en los datos aparecen como principales motivos que el hogar necesita ya sea del trabajo o de las aportaciones de los niños y las niñas ocupadas en la entidad.

En este sentido, se observa al trabajo infantil como un fenómeno que se inserta en la lógica de las decisiones que se gestan al interior de los hogares, influenciados estos por los condicionamientos de orden estructural. Como bien afirman los teóricos arriba mencionados, el trabajo infantil constituye una importante acción frente a la escases material y se comporta en esta misma dirección, es decir, cuando en los hogares no es suficiente el ingreso global para enfrentar los costos de manutención de los hijos e hijas, estos tienden a salir al mercado de trabajo en busca de ingresos para sufragar sus gastos personales. Igualmente se muestra en el análisis empírico que los hogares son al mismo tiempo espacios en donde se realizan actividades económicas, por lo que es en este espacio en que se hace uso del recurso de individuos disponibles para la actividad económica; tanto el número como las características de quienes participan en el mercado de trabajo depende en gran medida de la composición de los grupos domésticos. Así, cuando los niños y las niñas declaran que uno de los principales motivos por los que trabajan es porque el hogar necesita de su trabajo.

De ahí que sea perfectamente aplicable lo que los aportes teóricos establecen respecto a que las estrategias de sustento de los hogares se encuentran vinculadas con la movilización de la fuerza de trabajo, pues este es uno de los recursos fundamentales con que cuentan los hogares y, en este mismo sentido, se van configurando las formas de inserción laboral y social de los hijos e hijas.

Otra importante conclusión que surge de este ejercicio es que el motivo “pagar los gastos propios” tiene la mayor presencia en el sector comercio y servicios, donde el trabajo infantil es predominantemente femenino; lo que hace pensar varias cuestiones, que la lógica de las unidades domésticas en el sector servicios es completamente distinta de las que se vinculan con el agro, en las que los gastos son socializados por todos los miembros de las unidades domésticas; por otra parte, que por lo menos en el sector comercio y servicios, las niñas tienen la importante carga de género respecto a su automanutención, viéndose en una desventaja respecto a los miembros varones del hogar. En este sentido, se ratifica lo que presupone la teoría, es en el ámbito doméstico donde también se gestan algunas contradicciones y se reproducen modelos sociales que pueden perpetuar las desventajas.

Cabe señalar, también, que este tipo de acercamiento a la problemática del trabajo infantil desde el ámbito de los hogares tiene algunas debilidades, ya que difícilmente puede dar cuenta de los contextos estructurales a los que se enfrentan las familias y dice muy poco respecto a la forma en que se toman las decisiones, pero sobre todo no da luces sobre el papel o la agencia de los propios niños y niñas en este fenómeno social. Sin embargo, se constituye como un ejercicio que puede guiar los primeros acercamientos al conocimiento sobre la práctica del trabajo infantil en Chiapas.

No cabe duda de que un porcentaje significativo de niños y niñas que trabajan en esta entidad federativa están fungiendo el papel de proveedores en sus hogares a temprana edad; otro importante porcentaje se hace cargo de sus propios gastos y, en general, los niños y niñas que dicen estar ocupados asumen roles familiares y sociales que no deberían asumir a edades tempranas, pues en muchos de los casos eso significa sacrificar un crecimiento saludable y apropiado para hacerle frente al futuro.

Al mismo tiempo, se observa que las NNA que trabajan no cuentan con la garantía de hacer pleno uso de sus derechos, empezando por la escolaridad y el derecho a no trabajar. Bajo estas circunstancias se desprenden otros derechos vulnerados, tales como el derecho a la salud, al ocio y a la igualdad de oportunidades. Claramente un niño o una niña de Chiapas que debe realizar una actividad laboral para aportar ingresos a su hogar no tiene las mismas oportunidades de quienes dedican su tiempo exclusivamente a actividades escolares.

Finalmente es de suma importancia reconocer que las problemáticas que atañen a la infancia, entre ellas, el trabajo y las condiciones en que se realiza, constituyen una extensión de los problemas de la sociedad en general. En la medida en que la infancia aprenda y reproduzca roles económicos y de género influenciados por procesos macrosociales se les estará empujando a acostumbrarse y a naturalizar relaciones laborales de desventaja y subordinación absoluta, y en esa misma medida se irá moldeando la sociedad en general desde que los individuos están en las primeras etapas de la vida.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, W. (2009), *De la explotación a la esperanza. Ensayos sobre trabajo infantil en América Latina*, Proyecto Solidario-OIT, España.
- BARSOTTI, Carlos A., “La organización social de la reproducción de los agentes sociales, las unidades familiares y sus estrategias”, en *Demografía y Economía* XV, 2, México, El Colegio de México, 1981, p. 177.
- BERTAUX, Daniel, “Historias de casos de familias como método para la investigación de la pobreza”, en *Revista de Sociedad, Cultura y Política*, vol. 1, N° 1, Buenos Aires, 1996, p. 12.

- GONZÁLEZ DE LA ROCHA, Mercedes (coord.), *Procesos domésticos y vulnerabilidad. Perspectivas antropológicas de los hogares con Oportunidades*, México, Publicaciones de la Casa Chata, CIESAS, 2009, p. 12.
- INEGI, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2015, Módulo de Trabajo Infantil*. México.
- INTERVIDA, *Vidas explotadas. La explotación laboral infantil*, Barcelona, Fundación Intervida, 2008.
- SÁENZ, Álvaro - DI PAULA, Jorge, “Precisiones teórico-metodológicas sobre la noción de estrategias de existencia”, en *Demografía y Economía XV*, 2, El Colegio de México, México, 1981, pp. 152-153.
- TORRADO, Susana. “Sobre el concepto de estrategias familiares de vida y proceso de reproducción de la fuerza de trabajo. Notas teórico-metodológicas”, en *Demografía y Economía XV*, 2, México, El Colegio de México, 1981, p. 217.
- VALDÉS, X. - ACUÑA, M., “Precisiones metodológicas sobre las estrategias de supervivencia”, en *Demografía y Economía XV*, 2, México, El Colegio de México, 1981, p. 235.
- VILLASMIL PRIETO, Mary Carmen, “Apuntes teóricos para la discusión sobre el concepto de estrategias en el marco de los estudios de población”, en *Estudios Sociológicos*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, vol. 16, N° 46 (ene.-abr. 1998).

Recepción: 30/4/2018

Aceptación: 25/6/2018

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE INTERSEXUALES Y TRANSEXUALES. PUESTA EN JAQUE A LA HETEROSEXUALIDAD NORMATIVA

Por WALTER ALONSO BUSTAMANTE TEJADA*

Resumen:

El reconocimiento de la intersexualidad y la transexualidad como posibilidades en Colombia, se ha dado, después de la lucha individual de los sujetos por sus cuerpos e identidades, también por la acción de la Corte Constitucional. En ese proceso, mediante su jurisprudencia el Alto Tribunal ha confrontado componentes fundamentales de la heterosexualidad como sistema político: el dimorfismo sexual, el sexo como dato objetivo e inamovible, las identidades estables y exhaustivas de hombre y mujer; además, la acción de instituciones garantes de la heterosexualidad: el poder biomédico con su saber y prácticas para generar verdades y salvaguardarlas y tecnologías del Estado como el Registro Civil para la garantía del sexo verdadero y correcto, y así el reconocimiento de la humanidad de los sujetos.

En el artículo se hace una presentación del camino recorrido en el país para la instalación de la heterosexualidad dicotómica y biológica durante el siglo XX, que determinó qué cuerpos e identidades eran posibles y legítimas y cuáles no, para pasar luego a plantear de qué manera la Corte Constitucional ha enfrentado esas construcciones, generando fisuras frente al orden heterosexual. Allí se exponen sus transformaciones conceptuales, sus limitaciones y deudas a lo largo de 25 años de labor, época de procesos visibles por la redefinición de los cuerpos.

Palabras clave:

Heterosexualidad, dimorfismo, intersexualidad, transexualidad, jurisprudencia.

* Historiador, Universidad Nacional de Colombia; Magíster en Estudios de Género y Cultura en América Latina, Universidad de Chile. Candidato a doctor en Estudios de Género, Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL CASE LAW ON INTERSEX AND TRANSEXUAL PERSONS. NORMATIVE HETEROSEXUALITY IN CHECK

Abstract:

The recognition of intersexuality and transsexuality as possibilities in Colombia, following individuals' struggle for their bodies and identities, has also been achieved by the action of the Constitutional Court. Within that process, the High Court, by means of its case law, has confronted fundamental components of heterosexuality as a political system: sexual dimorphism; sex as an objective and fixed datum; the stable and exhaustive male and female identities; and the action of institutions that guarantee heterosexuality: biomedical power comprising knowledge and practices that seek to generate truths and protect them, as well as the State's technologies such as the Registry Office to guarantee the true and correct sex, and therefore the recognition of the subjects' humanity.

This article studies the path taken in the country during the 20th century for the establishment of the dichotomous and biological heterosexuality, as this determined which bodies and identities were possible and legitimate, and which ones were not. Then, it sets out the way in which the Constitutional Court has faced these constructions, creating fractures within the heterosexual order. It presents conceptual transformations, as well as their limitations and loopholes, in a period of 25 years of labor – one of remarkable processes concerning the redefinition of the bodies.

Keywords:

Heterosexuality, Dimorphism, Intersexuality, Transsexuality, Case Law.

INTRODUCCIÓN

Al promediar la segunda década del siglo XXI en Colombia, la Corte Constitucional, en respuesta a demandas ciudadanas, estableció dos normas que tienen como centro de su atención y afectación, los cuerpos de personas intersexuales y transexuales. Una es la posibilidad del registro civil de los nacidos vivos como intersexuales cuando nazcan con la consabida “ambigüedad genital”¹, la otra permite a las personas transexuales realizar la “corrección del componente de sexo en el registro civil”, a través de escritura pública y sin mediar, como pre-requisito, conceptos médicos y psiquiátricos que señalen la existencia de algún trastorno².

¹ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente, Mauricio González Cuervo. Sentencia T-450 A de 2013. (En adelante T-450 A/2013).

² República de Colombia, Corte Constitucional, magistrada ponente, María Victoria Calle Correa. Sentencia T-063 de 2015 (T-063/2015).

Estos acontecimientos jurídicos y políticos responden a “revoluciones somatopolíticas, es decir, movimientos por la redefinición del cuerpo”³ y, a su vez, son expresión de reacomodamiento en el dispositivo biopolítico para mantener el control de los cuerpos y las identidades. Dichos procesos fracturan las concepciones establecidas en el país a lo largo del siglo XX, por las cuales había una normalidad de cuerpos legítimos, dicotómicos, reproductivos y con prototipos de sexualidad e identidades de género, que, a su vez, determinaron la exclusión de otros convertidos en abyectos, para los cuales se establecieron mecanismos de regulación y normalización biomédica principalmente.

Para llegar a las transformaciones que ha llegado y a las sentencias preferidas, el Alto Tribunal ha tenido que enfrentar verdades establecidas sobre el cuerpo, soportadas sobre el sistema político heterosexual, abriendo de par en par la puerta para dejar el protagonismo a la decisión libre y autónoma de los sujetos sobre sus cuerpos e identidades.

Pensar la posibilidad de estas revoluciones requiere de una concepción del cuerpo como construcción. Como lo plantea Tomas Laqueur, la concepción del cuerpo y el sexo responde a construcciones desde lugares de poder, en su interés más político que científico, por mantener el control sobre los cuerpos, según los momentos culturales e históricos⁴. Un lugar central en esa historia la ha cumplido el poder biomédico en la modernidad que insiste en definir qué es un cuerpo, cómo debe ser y qué funciones debe cumplir.

Por su parte, la filósofa y bióloga Ann Fausto-Sterlin plantea, estudiando la intersexualidad, que no es la ciencia la que determina el sexo, este es un constructo cultural que se da a través de discursos, órdenes y mandatos⁵. En palabras de Maffía y Cabral, esos cuerpos son productos de la “ideología dicotómica de género”, a partir de la cual se da el disciplinamiento⁶.

Insiste Fausto-Sterlin en que el saber médico ha sido útil para la “biopolítica poblacional”, en la medida en que ha definido cuerpos y estados normales, anormales, sanos y enfermos, acción que realiza desde la norma del género y velando por el mantenimiento de la dicotomía que reconoce machos y hembras funcionales, sanos, es decir, aptos para la reproducción y así, validadores de la heterosexualidad que ha sido generadora de la patologización de los cuerpos no dimórficos y no reproductivos.

³ PRECIADO, Beatriz, “¿La muerte de la clínica?”, conferencia en el Programa de Prácticas Críticas. Somateca, *Vivir y resistir en la condición neoliberal*, Museo Reina Sofía, Madrid, 9/3/2013. *Video*.

⁴ LAQUEUR, Thomas, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Madrid, Rógar, 1990.

⁵ FAUSTO-STERLING, Anne, *Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad*, Barcelona, Melusina, 2006, p. 19.

⁶ MAFFÍA, Diana (comp.), *Sexualidades migrantes, género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria, 2003, p. 6.

Es desde este tipo de planteamientos del cuerpo como construcción que apropio propuestas del campo del postfeminismo, que llama a “concebir el cuerpo como el efecto de un conjunto de tecnologías sexuales (...)”⁷ y, en esa medida, el interés por leer la renovación de esas tecnologías para la conservación del gobierno de los cuerpos libres, es decir, de la biopolítica. Este lugar teórico ofrece la posibilidad de mirar de manera clara y directa a las “multitudes” que se distancian de las normas binarias impuestas, donde han estado intersexuales y transexuales patologizados, cuerpos disidentes que, aún convertidos en dóciles, a través de la gestión biomédica de la que han sido objeto, se constituyen en cuerpos subversivos que fracturan el orden heteronormativo y cuestionan el origen biológico de la diferencia sexual.

1. LA HETEROSEXUALIDAD

Asumo la heterosexualidad como el dispositivo por excelencia de la modernidad para el control de los cuerpos mediante la articulación de diferentes tecnologías para la generación de un tipo de sujeto. Son Adrienne Rich y Monique Wittig quienes en la década de 1970 denuncian la heterosexualidad como un régimen político que establece categorías sobre el cuerpo, el sexo y la sexualidad, la valoración de la existencia de cuerpos siempre que sean productivos, ordena las relaciones humanas y la dominación de las mujeres⁸. Ellas hablarán de heteronormatividad y heterosexualidad compulsiva.

Es al psiquiatra alemán Richard Von Krafft Ebing a quien se le atribuye la “invención” de la heterosexualidad en la década de 1880, a través de su obra *Psicopatologías sexuales*. Allí reúne una amplia taxonomía de prácticas y comportamientos sexuales que no se orientan a la reproducción; para superar esas que menciona como “perversiones sodomíticas” es necesario nombrar e implementar el comportamiento sexual que se establece como la norma a cumplir, es decir, la heterosexualidad, que implica para su cumplimiento la monogamia, el matrimonio cristiano, la reproducción y la fidelidad de parte de la mujer. Es decir, la heterosexualidad como constructo del campo de la biología para la organización de la sociedad a partir del ordenamiento de los cuerpos y las sexualidades⁹.

Un acontecimiento previo que posibilitaba los planteamientos de Ebing fue la consolidación del dimorfismo sexual, la existencia de dos cuerpos di-

⁷ PRECIADO, Beatriz, “Performance, performatividad y prótesis”, en *Seminario Retóricas de género/Políticas de identidad*, Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía, UNIA, 2003.

⁸ WITTIG, Monique, *El pensamiento heterosexual y otros ensayos* (trad. de Javier Sáenz y Paco Vidarte), Barcelona, Egales, 2006.

⁹ TUDELA SANCHO, Antonio, “Heteronormatividad y cuerpo sexuado: los placeres de la familia”, en *Nuevo itinerario, Revista digital de filosofía*, vol. 7, N° VII, Resistencia, Chaco, Argentina, 2012.

ferentes, que se complementan y que dan lugar a las categorías modernas de hombre y mujer, masculinos y femeninos, polos opuestos y jerarquizados, necesarios para dar lugar entre otras, a la tarea de la reproducción, proceso del cual da cuenta Laqueur y sobre el cual señala que es producto del siglo XVIII¹⁰. Esos dos cuerpos se constituyen a partir del descubrimiento-invento progresivo de glándulas, sustancias y toda una morfología para su legitimidad; cuerpos bien definidos, sin rastro de ambigüedad en su fisiología, en la orientación de su deseo sexual, ni en la identificación con lo masculino o lo femenino.

Con la instalación del dimorfismo y la heterosexualidad como norma se hizo urgente la declaración de un sexo verdadero y anular la posibilidad de una mezcla posible de estos, “en adelante, a cada quien un sexo y un solo sexo. A cada uno su identidad sexual primera, profunda, determinada y determinante (...)”¹¹. Instrumento útil para esa acción es el registro civil, que certifica la determinación de los sujetos a partir de su biología.

1.1. Heterosexualidad médica en Colombia

El proceso de consolidación de la heterosexualidad en Colombia entre finales del siglo XIX y la primera parte del siglo XX se va a dar en una alianza de discursos y prácticas entre el campo médico y judicial, vinculado en un momento a los debates sobre las perversiones sexuales y, al comienzo del siglo, a las discusiones en torno a la pureza de raza, lo cual implicará el control sobre la reproducción, la determinación de lo normal y lo anormal en el ámbito de la sexualidad, la infertilidad como un mal para ese propósito, la promoción de la familia y la institución matrimonial para garantizar la fidelidad de la mujer, evitar enfermedades nuevas y garantizar así un pueblo sano; se promovió el certificado prenupcial para garantizar la salud y la capacidad procreativa y la educación sexual, con todas las resistencias que esta pudiera generar para la época¹². Ya avanzando el siglo, la literatura médica da cuenta de la apropiación práctica de la determinación de los cuerpos dicotómicos.

Desde la década de 1930 en las revistas médicas se exponen casos de cuerpos que se salían del dimorfismo y a partir de ellos se reforzó la diferencia sexual y la definición de qué era ser hombre y qué era ser mujer. Se comenzaron a nombrar males como la ambigüedad genital, pseudohermafroditismo, hipospadias y otra serie de patologías dentro de la taxonomía de cuerpos que no daban muestras claras del sexo. Estos cuerpos fueron objeto de la medicina experimental, donde se dio lugar claro y preponderante a la observación, el estudio

¹⁰ LAQUEUR, Thomas, *La construcción del sexo...*, ob. cit., p. 37.

¹¹ FOUCAULT, Michel, “El verdadero sexo” (trad. de León Zuleta R), en *Revista Universidad de Antioquia*, N° 2008, 1987, p. 46.

¹² HIDALGO CARDONA, Adriana - QUEVEDO CERQUERA, Lina, “Ciencias y moral cristianas; fundamentos médicos para la promoción del discurso de la heterosexualidad en Colombia entre 1880 y 1930”, *Historia y Sociedad*, N° 32, Medellín, enero-junio de 2017, pp. 146-154.

de los órganos desde la fisiología, la cuantificación, luego vendría el estudio en el laboratorio, era la preeminencia del positivismo que implicaba observar las muestras del cuerpo que no cumplía con lo establecido desde el dimorfismo.

Era la época de surgimiento de la endocrinología, glándulas, hormonas, secreciones, organización del cuerpo, dentro del cual va a tener gran importancia el funcionamiento sexual para sostener como verdad natural el esquema de hombres y mujeres formados de acuerdo con la información dicotómica cromosómica, gonádica, hormonal y ajustada a los modelos de género impuestos. Ante la supremacía de esas claridades, lo diferente se patologizó y se expuso a procesos de normalización.

1.2. Nuevos vientos en la segunda parte del siglo

Ya a partir de la década de 1960, con el desarrollo de la cirugía pediátrica, se llevaron a cabo las intervenciones en los cuerpos de infantes con pseudohermafroditismo u otras de las categorías observadas, intervenciones basadas en los protocolos de John Money que en los 50's "comienza a utilizar la noción de género para abordar la posibilidad de modificar quirúrgica y hormonalmente la morfología sexual de los niños intersexuales y las personas transexuales"¹³. Así, hasta la década de 1990, bajo el liderazgo de algunos cirujanos pediátricos y progresivamente con el consentimiento de los progenitores, se realizó de manera deliberada la intervención para "normalizar" los cuerpos de bebés, niños y adolescentes que presentaban ambigüedad genital.

Y fue hasta 1994 porque en este año el médico Bernardo Ochoa Arizmendi fue demandado por un adolescente al que él, siguiendo los protocolos de Money, le había asignado el sexo femenino cuando tenía 8 meses, después de un evento de emasculación. A partir de este caso comenzó a oírse la voz de la Corte Constitucional y el desarrollo de una línea jurisprudencial para la protección de las personas intersexuales y de sus derechos.

En cuanto a las personas transexuales, es aproximadamente en la década de 1960 que se conoce acerca de las primeras intervenciones en el país, para la asignación de un sexo deseado por los sujetos. En Bogotá fueron realizadas por el médico Felipe Coiffman, cirujano plástico; en Cali por el médico Fernando del Corral Garcés, ginecólogo y endocrinólogo, quien capacitó a los primeros médicos de Medellín, liderados por el también médico endocrinólogo Fabio Sánchez, quien prontamente cedió su liderazgo a la médica ginecóloga Gloria Stella Penagos, que había sido vinculada a los procesos de entrenamiento en cirugía de reasignación de sexo e hizo parte del primer grupo interdisciplinario para estos procesos conformado por Sánchez¹⁴.

¹³ PRECIADO, Beatriz, "Multitudes *queer*. Notas para una política de los 'anormales'", en *Revista Multitudes*, N° 12, publicado en Antroposmoderno el 7/12/2006, 2003. [En línea] http://multitudes.samizdat.net/rubrique.php3?id_rubrique=141 [consulta: 25/7/2015]

¹⁴ Entrevista a la doctora Gloria Stella Penagos el 29/6/2016, Medellín.

Posteriormente, en la primera sentencia sobre personas transexuales expedida por la Corte Constitucional en 1993 para autorizar el cambio de nombre, Pamela Montaña, la demandante en la ciudad de Cali, argumentó que hacía la solicitud porque ya se había hecho cambios en su identidad sexual, la cual en efecto fue certificada por la Corte.

Pero, es con la creación de la ley 100 de salud en 1993 que se hace complejo el proceso por la interferencia organizada del Estado que implicará la reglamentación para la intervención de los cuerpos y se visibilizan los obstáculos que surgen de esa iniciativa.

Es esa década de 1990 la que marca el comienzo de un cambio en relación con la concepción del cuerpo y la identidad a partir de la acción de la Corte Constitucional.

2. LA CORTE CONSTITUCIONAL

En Colombia, el Congreso de la República, encargado de legislar en nombre de las mayorías, que son dicotómicas, heteronormativas, católicas y conservadoras, nunca se ha pronunciado con ley alguna para la protección de las disidencias sexuales, de género y corporales frente al sistema heterosexual, esta labor la ha realizado la Corte Constitucional que ha desarrollado una línea jurisprudencial a través de la revisión de más de un centenar de sentencias, lo cual ha representado avances significativos para el reconocimiento de la dignidad y ciudadanía de estos sectores sociales¹⁵. Este Alto Tribunal fue creado en Colombia como sala independiente dentro del Poder Judicial a partir de la Constitución de 1991 y parte de sus responsabilidades ha sido dar respuesta a demandas que realizan ciudadanos y ciudadanas a través de acciones de tutela cuando se ve vulnerado algún derecho.

Sin desconocer desde una Teoría Crítica Feminista del Derecho, que

El derecho es un instrumento de articulación del sistema patriarcal. A través de este se regulan las conductas de hombres y mujeres hacia un determinado modelo de convivencia, el patriarcal, y se modelan las identidades de género de forma tal que respondan a las funciones ideológicamente

¹⁵ 11 sentencias relacionadas con intervenciones médicas en casos de intersexualidad y 32 de transexualidad, en torno a procesos de intervención en sus cuerpos, cambios de nombre, discriminación en el ámbito laboral, educativo, en espacios públicos, eventos sociales y en el servicio militar, es decir, cualquier ámbito de la vida que se ve afectada por la asunción de su identidad elegida. Las sentencias que revisa la Corte son escogidas dentro de las múltiples producidas por las y los jueces en el país, estas son de tutela (T), cuando han sido en respuesta a demandas individuales, a través de ellas la Corte protege los derechos fundamentales y la decisión aplica sólo para ese caso; de constitucionalidad (C) cuando se busca verificar que una norma se ajusta o no al mandato y espíritu de la Constitución; y de unificación (SU) en relación con asuntos que la Corte considera de suma importancia y sobre los cuales se han dado ya diversos pronunciamientos que es pertinente unificar.

asignadas a hombres y mujeres. El derecho se entrama en otros sistemas normativos (social y moral) que, al igual que este, contribuyen al disciplinamiento del género¹⁶.

Es necesario reconocer que la Corte Constitucional ha permitido desde su jurisprudencia, abrir fisuras para avanzar en transformaciones que se requieren en torno a los cuerpos, los sexos y las identidades. En su función de interpretar y salvaguardar los principios constitucionales de igualdad, libertad, dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en la medida en que ha tenido que sortear las demandas concretas desde los cuerpos y existencias intersex y trans, poco a poco, muy lentamente, se ha visto en la necesidad de moverse de lugar, generando posibilidades, aún no terminadas y suficientes, para dar lugar a vidas hasta el momento negadas.

2.1. Lo que ha enfrentado la Corte: la dicotomía heterosexual

Lo primero que hay que decir es que la Corte ha enfrentado los mandatos históricos de la dicotomía heterosexual y que nombra como un “orden cultural vigente”. Heterosexualidad que se materializa, entre otros, por el dimorfismo sexual, la concepción del sexo como dato objetivo, la reproducción como fin de los cuerpos, las identidades estables y exhaustivas de hombre y mujer, la salvaguarda por parte del poder biomédico y el Registro Civil como certificado del sexo verdadero.

Así resume la Corte desde la “doctrina médica” los principios de la lógica aristotélica sobre la cual se funda la heterosexualidad:

Los protocolos médicos parten de cuatro supuestos bien definidos: (1) la dualidad sexual —solo existen dos sexos—; (2) la mono-sexualidad —cada persona solo puede tener un sexo—; (3) la necesidad de coherencia sexo-género y deseo heterosexual; (4) la existencia de una única identidad de género, cuyo éxito depende de una anatomía externa funcional, visualmente aceptable y que se parezca a lo considerado como “sexo natural”¹⁷.

Sin embargo, ante las demandas por los cuerpos intersexuales y las identidades transexuales, la Corte al entrar a dirimir para la toma de decisiones se distancia de ese orden y lo confronta para dar posibilidad a esas vidas que han estado excluidas.

¹⁶ FACIO, Alda - FRIES, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, en FACIO, Alda - FRIES, Lorena (eds.), *Género y derecho*, Santiago de Chile, La Morada/Lom/American University, 1999, p. 35.

¹⁷ T-450A/2013, numeral 4.8.1, nota 2.

2.1.1. *El dimorfismo sexual*

Desde las primeras sentencias por casos de intersexualidad y por recomendación de sectores médicos se pidió concepto al doctor Bernardo Ochoa Arismendi por ser autoridad en ese campo. Él fue claro en afirmar que según su parecer, la naturaleza ha impuesto dos sexos “que garantizan la supervivencia del género humano”¹⁸; dicho de esta manera hay que entender que sus intérpretes, los agentes de poder biomédico, leen la naturaleza sin ningún tipo de interpretación, dejando de lado que la lectura que se hace de esta, viene atravesada por el ordenamiento cultural e ideológico, tal como lo planteó Laqueur.

Al adentrarse en los conceptos básicos para sus planteamientos y de acuerdo con los avances científicos, la Corte también tiene en cuenta que “[...] en medicina se consideran varias clases de sexo”. Por su parte, la Academia Nacional de Medicina, señala que el sexo de un individuo “puede ser descrito en seis características: genético, gonadal, endocrinológico, anatómico, psicológico y social”¹⁹. Pero esas clases de sexo deben estar acordes con el diseño que ya se había enseñado décadas atrás y que dejó toda una arquitectura de los cuerpos. Por eso, se afirma en el concepto que “*En el individuo normal, los sexos genético, gonadal, somático (genitales externos) y psicológico son armónicos*”²⁰. Lo normal será lo armónico, un orden, unos ritmos, unas medidas determinadas, de ahí la importancia de los procesos adelantados desde la medicina para definir la estructura de cada uno de los dos sexos que han de prevalecer.

Sin embargo, la visibilización de las personas intersexuales y las personas transgénero han transformado esta concepción; la Corte reconoce que estos cuerpos e identidades confrontan la norma, y ella misma comienza a distanciarse del mandato en cuestión, porque,

los estados intersexuales parecen cuestionar algunas de las convicciones sociales más profundas, pues la noción misma según la cual biológicamente existen solo dos sexos queda un poco en entredicho. Así, ¿cuál es el sexo biológico de una persona con pseudohermafroditismo masculino, como en el presente caso, que tiene sexo gonadal (testículos) y genético (cariotipo 46 XY) masculinos, pero que presenta genitales externos ambiguos y que ha sido educada como niña?²¹

Pregunta que es más un cuestionamiento a la “armonía de los sexos” predicada desde el discurso biomédico. Entre tanto, desde la experiencia de las

¹⁸ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente, Alejandro Martínez Caballero. Sentencia SU-337 de 1999. (En adelante SU-337/1999).

¹⁹ Concepto del profesor Luis Eduardo Jaramillo González, Departamento de Psiquiatría de la Universidad Nacional. SU-337/1999, Numeral 10.1.

²⁰ SU-337/1999, Numeral 10.2. Resaltado en el original.

²¹ Sentencia SU-337/1999. Fundamentos jurídicos. Numeral 5.

personas transexuales, abrirá la puerta para hablar de identidad sexual, donde lo importante no será la armonía prescrita desde el saber-poder médico, sino la armonía que permita el desarrollo del proyecto de vida del sujeto.

2.1.2. Del sexo como dato objetivo a la identidad sexual

En una sentencia de 1994 se planteó que “El sexo es un componente objetivo del estado civil que individualiza a la persona, pues como hecho jurídico no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta, sino del carácter objetivo que tiene por ser un hecho de la naturaleza física”²². Esa era la concepción de la Corte, que ajustada al decreto del registro civil que se abordará más adelante, aceptaba también que ese hecho de la naturaleza era validado por el personal médico y certificado por el Estado en el registro civil.

Dos décadas después, gracias a demandas de personas transexuales, la Corte comienza a problematizar este planteamiento. Su base es el derecho a la dignidad, del cual hace parte la posibilidad de ser lo que se desee en completa relación con el derecho a la identidad y a la identidad sexual como parte de esta²³. A esto se suma que reconoce que “[...] también el sexo —y no solo el género—, depende de factores culturales y sociales”²⁴. Por esta ruta, “[...] la jurisprudencia constitucional evolucionó al punto de problematizar la consideración del sexo como un atributo “objetivo”, para reconocer que esta forma parte de una definición identitaria en la que está implicado, en primer lugar, el sujeto que se define de una u otra forma, y solo en segundo lugar, el reconocimiento que los demás hacen de esa definición”²⁵.

En ese proceso para la definición del sexo aparecen dos factores que en adelante van a ser reiterativos, el carácter psicológico antes que la estructura biológica y, con ello, la centralidad del sentir del sujeto y su decisión sobre su sexo o más que ello, sobre su identidad sexual y fundado en el libre desarrollo de la personalidad. Donde

identidad sexual es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de

²² República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, sentencia T-504 de 1994. (En adelante T-504/1994).

²³ Concepto desarrollado en: República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio, sentencia T-918 de 2012 (En adelante T-918/2012).

²⁴ T-450A/13. Numeral 4.3.1.

²⁵ T-063/2015. Numeral 5.2. República de Colombia, Corte Constitucional, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, sentencia C-584 de 2015. (En adelante C-584/2015).

género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales; pueden ser personas trans o intersexuales²⁶.

Y es desde esa concepción de la identidad sexual como proceso de construcción autónomo del sujeto que se amplían los factores a tener en cuenta, psicológicos, físicos, sociales y la “apariencia”, la cual no será menor desde los planteamientos de la Corte, por ser importante para el reconocimiento social según el contexto cultural.

2.1.3. *Cuerpos funcionales para la reproducción*

Como lo señaló el doctor Ochoa, los dos sexos tenían como fin garantizar la supervivencia del género humano, es decir, debían contar con la capacidad reproductora, que valga decir es vinculada de manera directa con el bienestar de las mujeres, ya que, si las cirugías no se realizan, “las niñas no logran de ninguna manera tener relaciones sexuales adecuadas, no logran reproducirse y presentan secundariamente serios trastornos en su entorno social y en su esfera psicológica”²⁷.

Pero, para lograr el objetivo de la reproducción, es necesario contar con la funcionalidad de los cuerpos. Un factor puntual que evidencia esa necesidad se define, entre otras, mediante la falometría que genera micropenes y clítoris hipertrofiados, porque, “conforme a ciertos parámetros médicos, un pene demasiado pequeño o ‘micropene’ se considera que no puede llegar a ser funcional. Estos casos son entonces considerados y tratados médicamente también como una forma de ambigüedad genital”²⁸. Como se enseñó desde la primera parte del siglo XX, la métrica ha sido instrumento para reconocer la pertinencia del cuerpo en relación con el diseño establecido.

En coherencia con lo anterior, esa funcionalidad, si no coincide con la capacidad reproductora, por lo menos se espera que permita la relación falocéntrica, coitocéntrica y heterosexual, por eso, en otro caso, se hizo operación de la “cuerda ventral”, “necesaria para lograr una erección recta, de no practicarse esta cirugía no sería posible la actividad sexual futura con implicaciones para la penetración vaginal”²⁹.

Pero el Estado es fuertemente heteroreproductivo y la Corte no logra distanciarse de ese principio de la heterosexualidad vinculada, además, con la regulación de los cuerpos de las mujeres, su tarea ineludible de la maternidad y la mediación de la institución matrimonial, cuando señala que “el sexo es un

²⁶ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Mauricio González Cuervo, sentencia T-562 de 2013 (En adelante T-562/2013).

²⁷ T-551/1999, Numeral 7.

²⁸ SU-337/1999, Numeral 32.

²⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente, Jaime Córdoba Triviño. Sentencia T-1021 de 2003, Numeral 4.a. Resaltado en el original (En adelante T-1021/2003).

criterio de identificación válido que sirve para definir el matrimonio y fomentar la inclusión y protección especial de la mujer y la madre”³⁰.

2.1.4. *Las identidades estables y exhaustivas de hombre y mujer*

El dimorfismo lleva de manera clara y directa al establecimiento de las identidades de hombre y mujer que, además, debe coincidir con las características culturales de masculinidad y feminidad. Pero, desde las demandas de personas transexuales, la Corte erosiona esa concepción y denuncia que “la Sala reconoce que la clasificación clásica y binaria entre hombre y mujer responde a una construcción cultural que debe ser revaluada a partir de, entre otros, los conceptos de identidad de género y orientación sexual”³¹.

Pero como hay un afán en asignar una identidad basada en los genitales, la Corte comienza a plantear la separación y desidentificación entre esos dos factores: “Este examen permitió entonces a la Corte distinguir entre la ‘asignación de género’ y la ‘remodelación de los genitales’, pues los protocolos alternativos son claros en indicar que la propuesta de que las cirugías deben postergarse hasta que el propio paciente pueda decidir, no implica un aplazamiento de la asignación de género hasta ese momento”³².

Pero son las identidades trans las que le permiten entrar de frente a fraccionar la identidad hermética, cerrada, monolítica y compacta. La primera sentencia en 1993 se refiere al nombre y marca la ruta que seguirá la Corte en ese proceso de ruptura con las identidades dicotómicas armónicas:

Cualquier individuo puede pues determinar su propio nombre, así este, para los demás tenga una expresión distinta a la del común uso, [...] Por las razones expuestas, es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas [...]”³³.

Luego, aboga por la posibilidad de mitigar factores biológicos, como son las características fenotípicas del sujeto y la posibilidad que este tenga de atenuarlas, modificarlas y transformarlas de acuerdo con su gusto, necesidad y, si se quiere, de acuerdo con los códigos culturales, así lo señala cuando considera apremiante que una mujer trans reclusa en una cárcel de varones pueda conservar la identidad culturalmente femenina que ella eligió: “la adopción de su

³⁰ T-450 A/2013.

³¹ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, sentencia T-099 de 2015. (En adelante T-099/2015).

³² T-551/1999. Numeral 12.

³³ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia T-594 de 1993. (En adelante T-594/1993).

identidad sexual está mediada por el uso de maquillaje, el pelo largo y determinadas prendas de vestir, elementos todos ellos que permiten reafirmar dicha opción y atenuar las imposiciones que le generan las características propias del sexo fenotípico”³⁴.

Pero, incluso cuando se habla de personas “trans”, la Corte, para no caer en nuevos esencialismos y categorías exhaustivas, insiste desde 2011 en plantear que no hay una sola forma de entender el ser trans y reconoce la complejidad de definir estas identidades por la amplitud del espectro, los diferentes factores que inciden en ella, pero, ante todo, por la libertad que se le reconoce a cada individuo para tomar sus decisiones sobre su cuerpo, su identidad y sobre lo que quiere ser. Por eso, asevera que “[...] se enfatizará en la denominación personas trans teniendo en cuenta los debates identitarios y la multiplicidad de denominaciones empleadas para hacer alusión a la diversidad de género”³⁵.

Otro paso clave en la ruptura de las identidades dicotómicas y la posibilidad de la transexualidad es su despatologización. Para el año 2012, en la sentencia de tutela 876 a cargo del magistrado Nilson Pinilla, de conocida corriente conservadora, se valida el diagnóstico de trastorno de identidad sexual y los conceptos médicos para señalar y reconocer la transexualidad. Paradójicamente un mes después, en otra sentencia, donde el magistrado ponente ha intervenido en otros casos de personas trans y con una mayor apertura, Jorge Iván Palacio Palacio, desmiente esa posición y plantea que “[...] es necesario aclarar que de ninguna manera la Corte considera que el transgenerismo constituye una enfermedad o una categoría psiquiátrica, o que se requiera el diagnóstico de disforia de género para acceder a los servicios de salud relacionados con su identidad”³⁶ e, incluso, como ocurrirá más adelante, ni para el cambio del documento oficial como lo es el registro civil, para lo cual la única certificación válida será la autopercepción³⁷. Así, mientras que la Corte avanza en fraccionar la identidad, concede autonomía al individuo para la autogestión de la identidad.

Posibilidad que se argumenta desde el libre desarrollo de la personalidad y en la libre autodeterminación de los individuos, incluso, por encima de la intervención estatal³⁸. Así, la identidad trans se ubica por fuera de las identidades dicotómicas oficiales y certificadas en los documentos de identidad. Es más, llega a problematizar que dentro de los protocolos para tratar la transexualidad,

³⁴ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, sentencia T-062 de 2011. (En adelante T-062/2011).

³⁵ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio, sentencia T-314 de 2011. Nota 57 (En adelante T-314/2011).

³⁶ T-918/2012.

³⁷ T099/2015; T-063/2015.

³⁸ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia C-098 de 1996, Numeral 4. (En adelante C-098/1996).

El diagnóstico de la disforia de género se realiza con un examen psiquiátrico llamado “test de la vida real”, en el que se hacen algunas preguntas tendientes a definir si la persona tiene una identidad femenina o masculina. Dichos interrogantes pretenden generar respuestas que contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino. De esta manera, obliga a la persona transgénero a ubicarse en algún extremo heteronormativo con el fin de lograr un diagnóstico favorable al cambio de sexo en el registro. Ello en muchas ocasiones, supone que deban mentir e incluso negar su propia vida, sus gustos, preferencias y en general todo lo que integra su personalidad³⁹.

2.2. *¿De quién los cuerpos? ¿Quién y cómo decide sobre ellos?*

Al enfrentar la dicotomía heterosexual queda evidenciado el choque entre lo postulado por la Corte, con la práctica médica de definir el sexo y las identidades desde la biología. Además, el interés por intervenir los cuerpos intersexuales para su normalización y la interposición de obstáculos, dentro de los cuales están los administrativos, para frenar la intervención en los cuerpos de las personas transexuales por su voluntad y solicitud personal.

2.2.1. *La urgencia médica y social frente a los cuerpos intersexuales*

Desde muy temprano, en 1994, la Corte comienza a cuestionar que se hagan intervenciones en los cuerpos de bebés intersexuales. Ese cuestionamiento le lleva a confrontar la autonomía con que el personal médico realiza estos procedimientos y lo que implica el lugar de la biología en la determinación de la identidad frente a la libre autodeterminación de los sujetos, igualmente el afán normalizador de los progenitores como mediadores de los mandatos culturales.

Y es que el mandato del dimorfismo genera pánico frente a las posibilidades de indefinición y ambigüedad, por eso cuando esto es así, se habla de “urgencia médica y social”. Y retoma la Corte un concepto de la Academia Nacional de Medicina: “[l]os trastornos de diferenciación sexual se deben manejar como una urgencia médica y social. Médica, por su gran complejidad; en algunas patologías hay compromiso del aparato urinario y rectal o trastornos endocrinos que ponen en riesgo la vida de estos niños; y social, porque definitivamente el sexo del recién nacido es muy importante para la familia y todos los que lo rodean”⁴⁰.

En cuanto a la urgencia médica hay que poner el énfasis en que esta puede ser en “algunas” ocasiones, no en todas, solo en aquellas en que se ven implica-

³⁹ T-063/2015.

⁴⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente, José Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T-622 de 2014. Numeral 33 (En adelante T-622/2014).

dos aspectos fisiológicos y afectan la calidad de vida de la persona. Sin embargo, es notoria la insistencia médica en considerar necesarias las intervenciones a temprana edad con el fin de asignar una identidad mediante procedimientos quirúrgicos y hormonales. Ante esto y teniendo en cuenta el “algunas”, después de múltiples consultas la Corte ha insistido que la ambigüedad genital no implica necesariamente un riesgo para la vida o la salud de quien la presenta⁴¹ y ha puesto límites para la toma de decisiones en torno a la intervención en los cuerpos de personas intersexuales. También ha señalado que la utilidad de la intervención no es tal, no garantiza todo para las personas intersex⁴² y que son intervenciones invasivas⁴³.

Por otro lado, la urgencia médica está vinculada a la hetero asignación médica de la identidad donde los intérpretes del “sexo natural” asignan un sexo médicamente mediante recursos y herramientas científicas y tecnológicas para remediar lo que se considera “Trastorno de diferenciación sexual”, lo que evidenciaría que, en efecto, el sexo es un elemento político determinado por quienes tiene el poder de decidirlo.

La Corte no desconoce la función del personal médico, sus conocimientos y la importancia de la identificación del sujeto, sin embargo, esta ya no puede ser libre y sin tapizas, sino que debe contar con el consentimiento de otros actores dentro de los procesos y “evaluar todos los factores que determinan la sexualidad del paciente, en aras de recomendar aquella asignación de sexo que más se aproxime a su real identidad personal y sexual⁴⁴.”

De la otra urgencia, la social, dan cuenta los progenitores en la medida en que se constituyen en mediadores de la cultura; la fuerte tendencia a pedir la realización de las intervenciones es porque “los padres hacen parte de las mayorías sociales, que tienen una sexualidad biológica definida, y que ven entonces en los hermafroditas unos seres extraños que ojalá pudieran ser ‘normalizados’ lo más rápidamente posible”⁴⁵. Que, aunque se argumenta que la intervención es necesaria porque la situación afectará la salud mental del sujeto y para evitar la discriminación y el rechazo social, la Corte indica que las demandas se orientan a satisfacer el orden social que no está dispuesto a reconocer la ambigüedad, es decir, la normalización del intersex tendrá como objetivo satisfacer la expectativa social para no generar su resistencia, se busca proteger, no el cuerpo intersexual, sino el “trauma” en los progenitores, en la cultura y evitar dolores a la sociedad que no resiste la diversidad genital.

⁴¹ SU-337/1999, Numeral 35.

⁴² T-551/1999:24

⁴³ T-551/1999:5.

⁴⁴ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, sentencia T-1025 de 2002, Numeral 21 (En adelante T-1025/2002).

⁴⁵ SU-337/1999, Numeral 79.

Ante estas urgencias, la Corte ha abierto un abanico de posibilidades de consentimiento teniendo en cuenta las circunstancias de edad y desarrollo personal: consentimiento sustituto cuando el bebé tiene menos de dos años y sus progenitores deciden en diálogo con los médicos; consentimiento informado del menor cuando este tiene más de 5 años; consentimiento asistido en el cual decide el mayor de 5 años con la participación de los progenitores. Siempre, en cada uno de los consentimientos, con el acompañamiento interdisciplinario profesional, donde más que cirujanos con bisturí se cuente con presencia importante de profesionales del campo de la Psicología y del Trabajo Social. Consentimientos todos que deben ser “informados, progresivos y persistentes”⁴⁶. Aún así con el pasar de los años, insiste la Corte que lo mejor es contar con el acuerdo entre el niño, sus padres y los médicos, mientras no estén de acuerdo los tres no se puede hacer ningún tipo de intervención y será finalmente el sujeto el que decida cuándo corresponda⁴⁷.

2.2.2. La reafirmación de sexo y el derecho a la identidad

Después del esfuerzo por la despatologización de las identidades trans, la Corte ha tenido que enfrentar los argumentos con los que se intenta obstaculizar la construcción de las identidades de personas transexuales. Hay tres que han sido reiterativas por parte del sector médico y de la salud hablando administrativamente: que las cirugías de cambio de sexo no implican situaciones de urgencia médica, menos si se trata de problemáticas psicológicas⁴⁸, que las intervenciones fenotípicas y morfológicas son procedimientos estéticos y que, dentro de los planes de atención salud, no existe el procedimiento de “cambio de sexo”.

La primera y más persistente contra-argumentación de la Corte es que

El derecho a la identidad es materialización del libre desarrollo de la personalidad, pues en estrecha relación con la autonomía, la persona se identifica o autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es dueña de sus actos y entorno con el cual establece su plan de vida y su individualización como persona singular, elementos esenciales para la construcción de su identidad de género⁴⁹.

En esa medida, aunque no es urgencia médica, sí es urgente para el acceso a la identidad que, además, implica la “armonía” que la persona libremente ha

⁴⁶ T-551/1999.

⁴⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Jaime Córdoba Triñó, sentencia T-912/2008. Numeral 4.3 (En adelante T-912/2008). T-622/2014. Numeral 2.6.3.2.

⁴⁸ T-918/2012; República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, sentencia T-876 de 2012. (En adelante T-876/2012).

⁴⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos, sentencia T-476 de 2014. (En adelante T-476/20014).

concebido y que, por tanto, no puede ser entorpecida; cuando esto no se hace se constituye en vulneración de los derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual⁵⁰.

En relación con lo que se argumenta como procedimientos estéticos, estos generalmente están relacionados con feminización o masculinización exterior y es cuando la Corte insiste en la importancia de la apariencia del hombre o de la mujer, según la autodeterminación sexual y en el contexto cultural que se da, lo cual es vital para el reconocimiento social y está vinculado a su dignidad⁵¹.

En cuanto al cambio de sexo, en primer lugar, la Corte plantea que se hable de “reafirmación sexual quirúrgica como el procedimiento integral orientado a obtener una correspondencia entre el género o sexo en el cual las personas trans viven y construyen su identidad de género y sexual, de un lado, y su cuerpo, del otro”⁵² y es precisamente esa integralidad la que le permite llamar la atención al sistema de salud para que se entienda la magnitud del procedimiento como “el conjunto de procedimientos médicos autónomos, especialmente quirúrgicos, a los que se somete una persona para la efectiva reasignación de su sexo, que dependerán, en cada caso, del tránsito sexual que la persona busque y de lo que determine el médico tratante como necesario”⁵³, no desde la concepción del sexo como dato objetivo y hermético, sino desde la concepción de identidad sexual múltiple y dinámica que construye el sujeto.

2.2.3. *Un nuevo lugar para el poder biomédico verificador de la verdad del sexo*

Las intervenciones y decisiones de la Corte implican un desplazamiento del poder biomédico del lugar solitario de dadores de la verdad sobre los cuerpos y la sexualidad, por eso, desde el año 1999, la respuesta de representantes de la institución médica dio cuenta de su resistencia a perder su lugar de autoridad, con el cuestionamiento, a su vez, acerca de si era un juez desde un estrado judicial el que estaba determinando la identidad de un sujeto; “Según esas críticas, la Corte Constitucional, ni en general el derecho ni los jueces, deberían intervenir en las decisiones relativas al tratamiento de la ambigüedad sexual, cuya dinámica y evolución deberían ser dejadas exclusivamente a la autorregulación de la comunidad médica, por tratarse de *problemas técnicos*, que serán resueltos

⁵⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, magistrada ponente María Victoria Calle Correa, sentencia T-552 de 2013. (En adelante T-552/2013).

⁵¹ T-918/2012, T-876/2012.

⁵² T-552/2013.

⁵³ T-552/2013 Corresponde a la Corte, después de revisar los servicios a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y recogidos en el Plan Obligatorio de Salud, indicar a las entidades prestadoras de los servicios, que en lo relacionado con la reafirmación de sexo, allí se cubren: Penectomía, orquitectomía, vaginoplastia (T-918 mujer trans), histerectomía, ooforectomía, mastectomía, suplemento hormonal masculino, reconstrucción de pene, uretra y escroto (T-552 hombre tran).

por los adelantos investigativos en este campo”⁵⁴. Ante ese cuestionamiento, afirmó la Corte que es el juez el que autoriza la intervención sobre un cuerpo, pero que es el personal médico el que determina cómo debe hacerse.

Además, la Corte retoma de la doctrina médico-sicológica para señalar que no es la biología la que da la última palabra, y hace llamados a la autoridad conocedora de este campo para que flexibilice su mirada y su intervención, que las decisiones sobre los cuerpos no son un asunto técnico, y dé lugar a otros sectores del campo médico para que acompañen la decisión del sujeto, porque está en juego su vida y su dignidad, y que no siempre es la hetero asignación la alternativa⁵⁵.

En esa misma sentencia el Doctor Gustavo Malo Rodríguez manifestó: *“Poner limitaciones de tipo legal al manejo de un problema médico implica poner limitaciones al progreso de la ciencia. Permítanos que seamos los profesionales del área de la salud los que en un momento dado tomemos las decisiones sobre nuestros pacientes”*⁵⁶. Es el reflejo de una tradición por la cual el personal de la biomedicina se atribuye la autoridad para decidir de manera autónoma sobre los cuerpos. Pero la Corte, como se ha visto, opta por dar lugar preponderante al sujeto, de manera que este decida, así sea contradiciendo la armonía esperada entre los sexos y donde el poder médico cumple la función de favorecer una buena decisión y el cumplimiento de esta en las mejores condiciones.

2.3. El Registro Civil y el sexo verdadero

El Decreto Ley 1260 de 1970, sobre el registro civil en Colombia, señala en el “Art. 1º. El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”.

El procedimiento del registro civil se basa en el “Certificado del Nacido Vivo Antecedente para el Registro Civil”, el cual dice en las instrucciones para su uso, que “debe ser diligenciado por el médico o la enfermera que asistió el parto”. Dice más adelante que “5. El certificado debe ser llenado en su totalidad, no se deben dejar espacios en blanco, de lo contrario la Oficina de Registro Civil no lo acepta como válido”⁵⁷.

Las preguntas 1 a 18 del certificado se refieren a “los datos propios del nacimiento”, y la pregunta 6 es “Sexo del nacido vivo”, con las opciones de respuesta de “masculino” y “femenino”. Para cualquier lector desprevenido o,

⁵⁴ SU-337/1999, Numeral 9. Resaltado fuera del original.

⁵⁵ T-1025/2002, Numeral 14.

⁵⁶ SU-337/1999, Numeral 21-1. Resaltado en el original.

⁵⁷ República de Colombia, Ministerio de la Protección Social, *Certificado de nacido vivo, antecedente para el registro civil*. (Resaltado fuera del original).

más bien, producido dentro de los márgenes del dimorfismo, la existencia de un pene y unos testículos autorizará el anuncio del nacimiento de un bebé de sexo masculino o por el contrario de un bebé de sexo femenino, ante la visibilidad de una vulva y unos ovarios. De esta manera se da cuenta del sexo verdadero y de la humanización y esta como hombre o como mujer. Sin embargo, quienes presentan diversidad genital y quienes contradicen las construcciones sociales del cuerpo, la sexualidad y el género, se convierten en prueba reina de la fragilidad de los binarismos, ponen en cuestión lo biológico como lo determinante de las categorías limitadas de varón y de mujer, y plantean retos al Estado, en el reconocimiento de esas corporalidades.

Es precisamente por contar con solo esas dos posibilidades de humanización que durante décadas la tarea de los médicos era, en casos de ambigüedad, descifrar el sexo verdadero para proceder a su normalización, así todo sujeto podía ser humano y acceder a sus derechos, pues esa marca biológica determinaba el futuro, lo posible, lo que no.

2.3.1. La intersexualidad y la suspensión del dimorfismo heterosexual

El 12 de junio de 2011 nació en zona rural del sur de Colombia un bebé que no cumplía con las características del dimorfismo y según sus genitales, estos no permitían una definición clara acerca de si era macho o hembra para incorporarle en el orden heterosexual como niño o niña, por tanto, la médica rural que atendió el parto no diligenció la casilla del sexo en el certificado del nacido vivo. Según el expediente, la omisión fue porque no había más opciones para determinar la identidad del recién llegado y señalarla en el documento de nacimiento, omisión que como señalaban las instrucciones de diligenciamiento sería inconcebible, pero fue la posibilidad de generar un nuevo estado de cosas. Debido a esto,

en el momento de presentar el certificado de nacido vivo a la Registraduría del Estado Civil del Municipio FF, se le informó al padre que el bebé NN no podía ser registrado porque los protocolos de formato de registro civil de nacimiento, tienen como base el certificado de nacido vivo que indica el sexo femenino o masculino. Como este no estaba definido, no estaba permitido diligenciar el registro civil de nacimiento⁵⁸.

Posteriormente el bebé enfermó y al buscar la atención médica se le negó por no tener la carta de existencia de la cual debía dar cuenta el registro civil. Era la segunda década del siglo XXI y este bebé no existía, no tenía derechos reconocidos por no presentar la claridad incuestionable en sus genitales. Entre tanto autoridades como el Departamento Nacional de Estadísticas DANE, la

⁵⁸ T-450 A/2013. Numeral 1.2.4.

Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Protección Social, la Secretaría de Salud y la entidad prestadora de salud negaban su responsabilidad frente a la concesión del carácter de humano y centraban la discusión en qué institución debía asumir la responsabilidad y sanción por la forma de proceder, a sus ojos indebida, de la médica, quien debía determinar el sexo.

Ante esta situación, los progenitores del bebé interpusieron una demanda con el fin de que se diera respuesta a su situación. Al parecer su solicitud era que se pudiera certificar la intersexualidad para que este pudiera existir. Ante esto el DANE respondió: “para la legislación colombiana existen dos sexos, el femenino y el masculino, determinados por la naturaleza humana y certificados por el médico que atiende el parto por lo que, mientras el Decreto 1260 de 1970 no se derogue, no se podrá modificar el formulario, como la accionante lo solicita”⁵⁹.

Es la institución que construye y administra las estadísticas, que lleva cuenta del crecimiento y desarrollo de la “población” la que reafirma la validez absoluta y objetiva de la biología que no permite ver la diversidad como parte de esas “determinaciones de la naturaleza”, pues su mirada está permeada por el orden del género, además, reafirma la autoridad del profesional médico para determinar cuál debería ser la identidad del sujeto.

Paso seguido, la Corte procedió a pedir conceptos, argumentaciones de instituciones y de personas expertas antes de tomar alguna decisión, sabiendo sí, que ella misma había generado jurisprudencia al respecto durante 15 años, sin embargo, estaba a un paso de su perfeccionamiento. Luego de conocer las diferentes visiones y propuestas de lectura de la relación entre biología e identidad, la Corte se sustrajo a la norma del decreto ley del registro civil para señalar que el sexo biológico no puede ser la determinación no solo de la identidad, sino del reconocimiento de la humanidad y del acceso a los derechos. Manifestó que

(...) El sexo de un individuo no determina su condición de ciudadano ni su calidad de ser humano, y no puede de ninguna manera convertirse en un criterio excluyente o nugatorio de los derechos de toda persona y de todo ciudadano, como lo es el derecho a la personalidad jurídica. En otras palabras, desconocer a un intersexual sus derechos por esta razón significaría degradarlo y negar su calidad de ser humano⁶⁰.

Es claro, pues, que contrario al orden biopolítico establecido en el marco de la heterosexualidad, y por la cual basados en la biología se había negado la calidad de ser humano, la Corte toma distancia y hace un llamado para que se asuma que la biología no sea el factor para la determinación del sujeto y

⁵⁹ T-450 A/2013: 4).

⁶⁰ T-450 A/2013, numeral 4.5.3.

su humanidad y, paso seguido, plantea sus decisiones, dentro de las cuales manifiesta:

QUINTO.- ORDENAR a la Dirección Nacional del Registro Civil:

a) Implementar los cambios ordenados en esta sentencia respecto de la inscripción de menores intersexuales o con genitales ambiguos cuando la asignación de sexo no corresponda a las categorías de femenino o masculino, **disponiendo su consignación en un folio diferente que se suprimirá cuando se asigne definitivamente el sexo**. Para lo anterior se requerirá de diagnóstico médico de intersexualidad o ambigüedad genital y autorización escrita del menor o de los padres⁶¹.

Entre la heterosexualidad y la disidencia corporal del sujeto, la Corte genera una fisura. Por la decisión de abrir de manera temporal un folio para el reconocimiento de su existencia, el intersexual ocupa el umbral, aunque provisional, de la suspensión de la norma del dimorfismo y habita el espacio entre la situación normal y el caos que estos implican para ese dimorfismo. Sin embargo, el Tribunal no logra dar otro paso necesario para superar el dispositivo, pues cuando al intersex se le pide o de él se espera “una decisión” por un sexo definitivo, es el pedido desde la heterosexualidad de un sexo verdadero, posible, porque sigue expuesto al poder normalizador que tiene establecidos solo dos cuerpos, uno masculino y otro femenino. Así las cosas, el intersexual será solo una posibilidad temporal.

Pero, volviendo sobre los límites de estos avances y aperturas, hay una insistencia clara en la sentencia de pruebas diagnósticas para determinar “la condición de intersexualidad”, procedimiento que tiene como fin ser ubicado dentro de la taxonomía que surge, entonces, de los cuerpos intersexuales, es decir, de nuevas clasificaciones, niveles de vulnerabilidad y mecanismos de reconocimiento y control. Como se señala en alguna parte de la sentencia, se entregó un carné para la atención en salud, en el cual se le asignó una identidad “XXX”, como resultado del cariotipo y, además, con “trastorno de diferenciación sexual” y, finalmente, sexo femenino en el registro civil, el cual se concedió un año después.

Entre tanto, al igual que en la película XXY de Lucía Puenzo, se espera una decisión del sujeto, pero que de su parte puede ser la menos esperada, la que va de acuerdo con su verdad y a partir de la cual pueda generar su propia forma-de-vida. En Colombia, tocará esperar que uno de estos ubicados en esta suspensión de la norma, crezca, llegue a su mayoría de edad y su decisión sea una diferente a la que espera la institución, abriendo así nuevas posibilidades de ser reconocidos desde su materialidad corporal, pues el mandato de la Corte sigue siendo heteronormativo, es la norma para mantener la norma.

⁶¹ T-450 A/2013, resaltado fuera del original.

2.3.2. Del error de sexo al error en el “componente” de sexo

En la década de 1940 fueron publicados dos artículos en revistas de medicina legal titulados, uno “Error de sexo”⁶² y otro “Un caso de error de sexo”⁶³. Ambos estaban relacionados con las hermanas Ana Teodora, Lucila, Ana Débora y María Rosa Arroyave Atehortúa, cuatro hermanas procedentes del municipio de Angostura en la Provincia de Antioquia, que al nacer se les había asignado, por quienes asistieron los partos, la “identidad” de mujeres, posteriormente fueron observadas y valoradas por el ojo médico, y por presentar un “error de sexo” fueron nombradas de manera concluyente como pseudo-hermafroditas masculinos. Sus historias se dieron a conocer por publicaciones de médicos legistas que actuaron como peritos en procesos judiciales en los que se vieron involucradas las tres primeras de las hermanas y en las cuales la protagonista fue Ana Teodora. Según fue registrado en los expedientes, las hermanas fueron sometidas a corrección de su “error” por decisión de las autoridades médico-legales, sus nombres fueron cambiados y

Mientras estuvo detenido, Teodoro Arroyave se sometió a dos intervenciones quirúrgicas que le fueron practicadas por el profesor Joaquín Aristizábal, cirujano del Hospital de San Vicente de Paúl, con el fin de corregir en cuanto fuera posible la anomalía de sus genitales externos. Tales operaciones dieron resultado satisfactorio, aunque no completo, pues quedó pendiente una autoplastia en el nuevo pene para perfeccionar el canal uretral. Y en el mes de abril de 1949, por petición de los médicos legistas, el Excelentísimo señor Obispo de Santa Rosa de Osos reformó el acta de bautismo de Ana Teodora Arroyave y le dio el nombre de Teodoro, con el fin de que pudiera adquirir su cédula de ciudadanía⁶⁴.

Era el triunfo del sistema de dominación heterosexual, la obediencia ciega a los postulados construidos desde el saber-poder que impedía que fuera el sujeto el que se construyera. Por eso, la autoridad da una parte de victoria, ha logrado corregir el error aun por encima de la voluntad del sujeto, del cual otra autoridad certificaba la existencia, la iglesia, para que el Estado pudiera reconocerle: con su cédula podía ser reconocida la existencia, ya no de Teodora, sino de Teodoro, por voluntad de los agentes del poder.

⁶² ORTIZ VELÁSQUEZ, Julio, “Error de sexo”, en *Revista de Medicina Legal de Colombia. Órgano de la oficina central de Medicina Legal de Bogotá*, vol. VI, en.-jun.-1944, N° 35-36, pp. 58-74.

⁶³ ZAFRA, Luis, “Comentario en torno a una familia de pseudo-hermafroditas. Aspecto médico-legal”, en *Revista de Medicina Legal de Colombia*, vol. XIII, jun.-dic. de 1953, #69-70, Bogotá, Imprenta nacional, pp. 375-383.

⁶⁴ DÍAZ LÓPEZ, Germán, “Comentario en torno a una familia de pseudo-hermafroditas. Aspecto médico-legal”, en *Revista de Medicina Legal de Colombia*, vol. XIII, jun.-dic. de 1953, #69-70, Bogotá, Imprenta nacional, p. 381.

Siete décadas después, por intervención de la Corte Constitucional, luego de todos los desarrollos argumentativos que se han descrito, dio un giro a la noción del “error de sexo” que justificó la intervención en la vida de Teodora y sus hermanas, para dar la posibilidad de reconocimiento de las personas transexuales señalando un error, no en sus cuerpos, no en su sexo, sino en la hetero asignación al momento de nacer, basada en el sexo biológico.

A comienzos de 2015, Sara Valentina López Jiménez, una mujer transexual que había accedido a las intervenciones necesarias para contar con la identidad femenina que deseaba, solicitó ante notaria el cambio del sexo en su documento de identidad debido a las situaciones de discriminación en procesos legales cuando se observaba que no había una coincidencia “armoniosa” y dicotómica entre su apariencia corporal y su documento.

Pero, cambiar el sexo en el documento de identidad implicaba que este se diera en el Registro Civil, del cual dependía cualquier otro documento de identificación.

La solicitud fue negada porque, según el decreto 1260 de 1970 y la Dirección Nacional de Registro Civil, modificar el sexo en el registro “es alternar el estado civil”. “Por esta razón, debía acudir a un proceso ante la jurisdicción de familia, en el que el juez, de conformidad con las pruebas aportadas, en este caso, la cirugía de reafirmación de sexo, determinará cuál era el ‘verdadero sexo del inscrito’ y dispusiera la corrección y/o cancelación del registro civil con el objeto de ajustarlo a la realidad”⁶⁵.

Como se observa, hasta la fecha era necesario presentar pruebas de transexualidad, las cuales consistían en certificados que dieran cuenta del “Trastorno de identidad”, así como evidencias de los tratamientos y procedimientos quirúrgicos a los que se hubiese sometido.

Posteriormente, la decisión pasó a revisión de la Corte Constitucional, que teniendo en cuenta los desarrollos jurisprudenciales por ella expuestos, procedió a estudiar el caso y dar una respuesta.

En primer lugar, señala el Tribunal que lo que se inscribe en el registro civil surge de la asignación de sexo basada en la observación de los genitales por parte de otras personas, el médico o enfermera según las instrucciones del Certificado del Nacido Vivo o los progenitores, es lo que se denomina la heteroasignación y expresa que “No puede entenderse, por tanto, que tal asignación, y su respectivo registro, corresponda a algo así como el ‘verdadero’ sexo de la persona, sino al que les fue asignado por otros para efectos civiles”⁶⁶.

Luego pasa a señalar que en el caso de las personas transexuales lo que sucede es que hay una incongruencia entre la heteroasignación y la definición identitaria del sujeto, en ese sentido, indica que “la modificación de los datos del registro civil de las personas transgénero no responde a un cambio respecto de

⁶⁵ T-063/2015.

⁶⁶ T-063/2015.

una realidad precedente, sino a la corrección de un error derivado de la falta de correspondencia entre el sexo asignado por terceros al momento de nacer y la adscripción identitaria que lleva a cabo el propio individuo, siendo esta última la que resulta relevante para efectos de la determinación de este elemento del estado civil”⁶⁷.

Paso seguido, y teniendo en cuenta esta argumentación, la Corte concedió la posibilidad de la “corrección del componente de sexo” a las personas transexuales, al señalar que la incoherencia que ellas manifestaban, se debía a un error de quienes les habían asignado la identidad al momento de nacer según parámetros dicotómicos que predominaban en la cultura y que era necesario superar. Y como la solicitud se hace a partir de la autopercepción y autodefinición del sujeto, no se requiere de certificaciones médicas ni psiquiátricas, es un ciudadano, una ciudadana la que solicita la corrección ante un representante del Estado, en este caso, un notario, el cual cuenta con cinco días para proceder al cambio.

Nuevamente la Corte concede la posibilidad de unas identidades de género que no han sido la norma, sino la excepción a la heteronormatividad. Excepción que, además, permite la vigencia de la contradicción, pues mientras que con las personas intersex, se espera que en el futuro asuman una identidad dicotómica, con las personas trans, la norma aprobada rompe con esa dicotomía al momento de asumir la identidad sin una coherencia necesaria entre sexo biológico e identidad de género, que es lo trascendental del fallo.

CONCLUSIÓN

La existencia de cuerpos intersexuales y transexuales, que han sido observados como patológicos, anormales, abyectos, monstruosos, trastornados, considerados “invivibles”, “inhabitables” o que no caben dentro de la humanidad⁶⁸, frente a los cuales se ha buscado fortalecer la vigencia de un cuerpo heteronormado y dicotómico, permiten entrever líneas de fuga que ellos representan al cuestionar los parámetros de esas vigencias desde las cuales precisamente se les ha ubicado en lugar de abyección.

La demanda por el derecho a ser intersexual o transexual es la demanda por el derecho a un modo de vivir, el propio, el del sujeto. Pero el cuerpo de las personas intersex y la identidad de las personas transexuales no ha sido propio, en la medida en que para unos ha sido objeto de intervención permanente del poder biomédico desde el nacimiento y para otros ha contado con los obstáculos que impiden la construcción de la identidad por fuera de los márgenes dicotómicos y heterosexuales establecidos.

⁶⁷ T-063/2015.

⁶⁸ BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Argentina, Paidós, 2002, p. 20.

Lo que establece la Corte Constitucional en Colombia, en relación con los cuerpos intersex es expresión de reacomodamiento en el dispositivo biopolítico para mantener el control de esos cuerpos y las identidades, por ello, la norma que admite la intersexualidad conserva como expectativa final el acomodamiento acorde con la heterosexualidad dicotómica, sin embargo, abre una veta que nos puede permitir pensar que “tal vez exista otra forma de vida en la que uno no quede convertido emocionalmente en un muerto ni miméticamente en un violento. Esta posibilidad se relaciona con la exigencia de un mundo donde la vulnerabilidad corporal esté protegida sin ser erradicada, subrayando la línea que separa a una vida de la otra”⁶⁹.

La Corte ha enfrentado así, mediante sus sentencias y la generación de jurisprudencia, la heterosexualidad establecida culturalmente y desde la cual se han constituido las identidades de hombre y mujer y su relación de complementariedad para la reproducción.

La forma como la Corte ha manejado el tema es una muestra de cómo las personas intersexuales y transexuales son prueba de que no hay verdades absolutas, que hay que acudir a la casuística, teniendo como panorama de discernimiento y acción, el reconocimiento de la dignidad de las personas, que como lo ha definido la misma Corte, consiste en el derecho a ser como se quiera ser, a contar con los medios para ello y que no se le discrimine o violente por eso.

Facio y Fries señalan que repensar el derecho “significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad”⁷⁰, de esa aspiración, considero pertinente afirmar, la Corte da luces, así falte aún superar definitivamente la dicotomía sexo-genérica.

BIBLIOGRAFÍA

- BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Argentina, Paidós, 2002.
- DÍAZ LÓPEZ, Germán, “Comentario en torno a una familia de pseudo-hermafroditas. Aspecto médico-legal”, en *Revista de Medicina Legal de Colombia*, vol. XIII, jun-dic de 1953, #69-70, Bogotá, Imprenta nacional.
- FACIO, Alda - FRIES, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, en FACIO, Alda - FRIES, Lorena (ed.), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, La Morada/Lom/American University, 1999.
- FAUSTO-STERLING, Anne, *Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad*, Barcelona, Melusina, 2006.

⁶⁹ BUTLER, Judith, *Vida precaria*, ob. cit., p. 70.

⁷⁰ FACIO, Alda - FRIES, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, ob. cit., p. 7.

- FOUCAULT, Michel, “El verdadero sexo”, en *Revista Universidad de Antioquia*, N° 2008, 1987. Traducción de León Zuleta R.
- HIDALGO CARDONA, Adriana - QUEVEDO CERQUERA, Lina, “Ciencias y moral cristianas; fundamentos médicos para la promoción del discurso de la heterosexualidad en Colombia entre 1880 y 1930”, en *Historia y Sociedad*, N° 32, Medellín, enero-junio de 2017.
- LAQUEUR, Thomas, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Madrid, Rógar, 1990.
- MAFFIA, Diana (compiladora), *Sexualidades migrantes, género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria, 2003.
- ORTIZ VELÁSQUEZ, Julio, “Error de sexo”, en *Revista de Medicina Legal de Colombia. Órgano de la oficina central de Medicina Legal de Bogotá*, vol. VI, en jun.-1944, N° 35-36, pp. 58-74.
- PRECIADO, Beatriz, “¿La muerte de la clínica? Conferencia en el Programa de Prácticas Crísticas. Somateca”. *Vivir y resistir en la condición neoliberal*. Museo Reina Sofía, Madrid, 9 de marzo de 2013. *Video*.
- “Multitudes *queer*. Notas para una política de los ‘anormales’”, en *Revista Multitudes* N° 12, publicado en *Antroposmoderno* el 7/12/2006, 2003. http://multitudes.samizdat.net/rubrique.php3?id_rubrique=141 [Consulta: 25/7/2015].
- “Performance, performatividad y prótesis”, en: *Seminario Retóricas de género/Políticas de identidad*, Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía, UNIA, Sevilla, 2003.
- TUDELA SANCHO, Antonio, “Heteronormatividad y cuerpo sexuado: los placeres de la familia”, en *Nuevo itinerario, Revista digital de filosofía*, vol. 7, N° VII. Resistencia, Chaco, Argentina, 2012.
- WITTIG, Monique, *El pensamiento heterosexual y otros ensayos* (trad. de Javier Sáenz y Paco Vidarte), Barcelona, Egales, 2006.
- Entrevista a la Doctora Gloria Stella Penagos el 29 de junio de 2016, Medellín.
- ZAFRA, Luis, “Comentario en torno a una familia de pseudo-hermafroditas. Aspecto médico-legal”, en *Revista de Medicina Legal de Colombia*, volumen XIII, jun.-dic. de 1953, #69-70, Bogotá, Imprenta nacional, pp. 375-383.

Jurisprudencia

- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-099 de 2015. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-099-15.htm>. Consultada 8/6/2015.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-584 de 2015. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-584-15.htm>. Consultada 21/1/2018.

- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, Sentencia T-552 de 2013. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-552-13.htm>. Consultada 16/1/2018.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa. Sentencia T-063 de 2015. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-063-15.htm>. Consultada 14/11/2017.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Sentencia T-504 de 1994. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-504-94.htm>. Consultada 15/1/2018.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, Sentencia T-476 de 2014. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-476-14.htm>. Consultada 10/2/2015.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-098 de 1996. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-098-96.htm>. Consultada 1/3/2010.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia T-918 de 2012. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-918-12.htm>. Consultada 8/3/2014.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia T-314 de 2011. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-314-11.htm>. Consultada 2/12/2012.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-912 de 2008. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-912-08.htm>. Consultada 2/12/2012.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia T-062 de 2011. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-062-11.htm>. Consultada 24/3/2013.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, Sentencia T-562 de 2013. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-562-13.htm>. Consultada 23/1/2018.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia T-876 de 2012. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-876-12.htm>. Consultada 27/2/2013.

- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, Sentencia T-1025 de 2002. <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2002/t-1025-02.htm>. Consultada 2/12/2012.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia T-594 de 1993. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-594-93.htm>. Consultada 12/3/2013.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente, Mauricio González Cuervo. Sentencia T-450 A de 2013. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-450a-13.htm>. Consultada 21/10/2017.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero. Sentencia SU-337 de 1999. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm>. Consultada 2/12/2012.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente, Jaime Córdoba Triviño. Sentencia T-1021 de 2003. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1021-03.htm>. Consultada 2/12/2012.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente, José Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T-622 de 2014. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-622-14.htm>. Consultada 10/2/2015.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, *Certificado de nacido vivo, antecedente para el registro civil*. <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Certificado%20Nacido%20vivo.pdf>. Consultado 13/4/2017.

Recepción: 26/4/2018

Aceptación: 6/6/2018

LA LEY Y EL SEXO.
LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO Y SU POTENCIA
EMANCIPATORIA

Por EMILIANO LITARDO*

A Lohana Berkins, siempre

Resumen:

El presente artículo, parte de mi tesis de maestría, tiene tres partes. La primera indagará en una aproximación genealógica del DIG a partir del señalamiento de distintas escenas de la vida judicial, que fueron escogidas siguiendo un orden cronológico y de acuerdo con el juego de sustracción y adición operado sobre la libre expresión de género. Cada escena será expuesta a una mirada crítica a fin de vislumbrar de qué forma, con qué mecanismos y con cuáles premisas el DIG se configuró como categoría integrativa de la noción de sujeto de derecho. Además, se señalará quiénes eran los autorizados para hablar en los rituales judiciales, y las relaciones que se establecían en la construcción de nuevas subjetividades, siguiendo la hipótesis según la cual el modelo biomédico de diagnóstico psiquiátrico en pacto de poder con la justicia acuñó definiciones normativas de la diferencia sexual; los textos y contextos en que las voces se solapaban con las relaciones saber/poder dentro del entorno disciplinario del derecho. La segunda parte, aportará —desde una mirada del sur global— maneras de interpretar y aplicar la ley con un enfoque de derechos. Por último, se plantearán ciertos desafíos vinculados con la sostenibilidad o no del marcador sexo en los documentos oficiales.

Palabras clave:

Identidad de género, sexo, autonomía, derechos humanos, trans.

* Emiliano Litardo, abogado, docente (UBA-UNTREF), activista legal (Abosex), co-redactor de la ley 26743, Litardo.emiliano@gmail.com.

LAW AND SEX. THE GENDER IDENTITY ACT AND ITS EMANCIPATORY POWER

Abstract:

This article, which is within my master's thesis, comprises three sections. The first section will present a genealogic approach to the Gender Identity Act by underlining various court scenes, which were chosen on a chronological basis and which are subject to an addition and subtraction game that operates on the free expression of. Each scene will be presented through critical lenses, with the purpose of envisaging the form, mechanisms and premises underlying the Gender Identity Act, conceived as a category within the "subject of rights" concept. Additionally, the piece will highlight who were the parties authorized to speak during court rituals, and which relationships were established in the construction of new subjectivities, following the hypothesis according to which the biomedical model of psychiatric-diagnosis—in the context of a power agreement with the judicial branch—coined normative definitions of sexual differences; texts and contexts in which voices overlapped with knowledge-power relationships within the legal discipline. The second part will propose how to interpret and apply the law with a rights-based approach (from a global south perspective). Finally, it will present certain challenges related to the potential sustainability of the sex marker in official documents.

Keywords:

Gender identity, sex, autonomy, human rights, trans.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la identidad de género (DIG) que rige como categoría legal, desde el año 2012 en la República Argentina, fue producto del actuar político del movimiento trans¹ y del impacto de sus acciones judiciales. En efecto, entre los actos de justicia y las incitaciones políticas de las experiencias trans, el DIG se fue construyendo hasta alcanzar el debate legislativo que derivó en la sanción de la Ley de Identidad de Género.

En resumidas líneas, la ley 26.743² reconoce a todas las personas, en todos sus ciclos de vida, la afirmación de su identidad de género en diferentes dimensiones (v.gr. reconocimiento legal o intervenciones trans-específicas); despatologiza los mecanismos para su reconocimiento; promueve un concepto

¹ Se emplea el término trans para referir a todas aquellas personas cuya identidad y expresión de género afirmada difiere de la atribuida al nacer o a la impuesta por las normas sociales modernas occidentales.

² Ley 26.743, del día 9/5/2012. Promulgada el día 23/5/2012. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 24/5/2012.

de identidad abierto y contingente; estables obligaciones específicas al Estado para la tutela del derecho; considera que el DIG es un derecho humano y que el criterio para su interpretación debe ser siempre a favor de su ejercicio. Este derecho se funda, sustancialmente, en el reconocimiento de la capacidad jurídica y de la autonomía decisional de la persona como agente titular. Se sustituye el tradicional modelo biomédico de la transexualidad por un modelo basado en los derechos fundamentales. Aquel primer paradigma suele albergar una idea retributiva del DIG, según la cual las personas que afirman un género distinto al asignado al nacer o expresan una identidad de género que no se corresponde con las expectativas sociales del género binario, son perversxs merecedorxs de la adversidad de su ininteligibilidad cultural.

La ley pone entre paréntesis la estatización biológica de nuestras diferencias sexuales —ficcionalmente montadas sobre un cuerpo sexuado preexistente, estático y neutral—, y vuelve contingente la idea de la identidad de género nuclear³. Entre la ruptura fisiológica y la precariedad de la identidad, el cuerpo sexuado, pues, deviene en un cuerpo material y con posibilidad de emanciparse desde la resistencia individual y colectiva. Ahí donde las operaciones de “cambio de sexo” suponían una terapia rehabilitadora de la persona, los movimientos sociales trans plantearon la batalla por la libertad de expresión de género y la validación de la propia palabra en el marco de las dispersas experiencias corporales para una identidad de género no heterónoma.

La chance emancipatoria, que la ley de identidad posibilita, fue la emergente de un despliegue de narrativas culturales que se debatieron, mayoritariamente, en el terreno de lo legal porque los dispositivos vigentes obligaban a la judicialización. El poder judicial, mediante sus actos en estrategia compartida con el poder biomédico, desplegó su cinismo retórico en atribuirle naturaleza a la idea jurídica del ser varón/mujer mediante complejas redes de razonamientos jurídicos, procedimientos judiciales, ritos y consideraciones procedimentales que recayeron sobre los cuerpos justiciables de la comunidad trans. Es en este fondo de enunciados, entremezclados con las resistencias políticas de posicionamientos éticos del movimiento trans y sus alianzas estratégicas, que el cambio paradigmático se concretó.

³ La identidad de género nuclear integra el paradigma heterocisnormativo mediante el cual la diferencia sexual dual (varón-mujer) se instaura como dato natural irreductible; la relación sexo/género se asienta en el modelo naturaleza/cultura y vuelve tácita la idea de que hay dos sexos para dos géneros opuestos. Así, el paradigma instituye la idea según la cual el género es los atributos culturales asociados al sexo. El cuerpo sexuado se funda en la diferencia sexual naturalizada. Por lo tanto, se arraiga socialmente el sentido de que el sexo es la base material sobre la cual se apoya el género y el deseo; las características genitales otorgan inteligibilidad a las identidades binarias de género (varones-mujeres) solo si tales genitalidades se corresponden con los protocolos contemporáneos de asignación de sexo, allí donde el diagnóstico médico constata que un pene considerado normal, según el paradigma falocéntrico, da como resultado a un hombre; si no lo tiene será una mujer y si presenta una atipicidad será intervenido correctivamente con técnicas quirúrgicas que otorgarán a ese cuerpo un sexo determinado y por ende un género viable. Todo este mecanismo epistémico es violento y se funda en un criterio excluyente de la diferencia.

El presente artículo, parte de mi tesis de maestría, tiene tres partes. La primera indagará en una aproximación genealógica del DIG a partir del señalamiento de distintas escenas de la vida judicial, que fueron escogidas siguiendo un orden cronológico y de acuerdo con el juego de sustracción y adición operado sobre la libre expresión de género. Cada escena será expuesta a una mirada crítica a fin de vislumbrar de qué forma, con qué mecanismos y con cuáles premisas el DIG se configuró como categoría integrativa de la noción de sujeto de derecho. Además, se señalará quiénes eran los autorizados para hablar en los rituales judiciales, y las relaciones que se establecían en la construcción de nuevas subjetividades, siguiendo la hipótesis según la cual el modelo biomédico de diagnóstico psiquiátrico en pacto de poder con la justicia acuñaron definiciones normativas de la diferencia sexual; los textos y contextos en que las voces se solapaban con las relaciones saber/poder dentro del entorno disciplinario del derecho. La segunda parte aportará —desde una mirada del sur global— maneras de interpretar y aplicar la ley con un enfoque de derechos. Por último, se plantearán ciertos desafíos vinculados con la sostenibilidad o no del marcador sexo en los documentos oficiales.

Parto de considerar que el campo judicial fue el marco legitimador del modelo de identidad de género nuclear para contener los desbordes provenientes de las demandas judiciales, y que el sentido judicial impreso a tales reclamos derivó en prácticas violentas y estigmatizantes. Fue la praxis política del activismo trans y la incorporación al sistema judicial de algunas demandas de corte revolucionario⁴, las que permitieron los quiebres epistemológicos y el pasaje

⁴ MILLER, Alice, *Derechos sexuales. Derechos reproductivos. Derechos humanos*, Lima, III Seminario Regional, CLADEM, 2002. Alice Miller plantea tres tipos de formulación de demandas sobre derechos sexuales, que a su entender se han llevado adelante a nivel regional e internacional. Las tendencias de estas formulaciones pueden ser vistas como i) demandas del tipo evolutivas, ii) demandas del tipo devolutivas o iii) demandas del tipo revolucionarias. Las primeras son aquellas que pretenden aplicar derechos ya existentes a nuevos sujetos (mujeres lesbianas, personas transgéneros) o nuevas circunstancias conflictivas (uniones de hecho homosexuales, separación de bienes en familias homolesboparentales), que hasta ese momento no fueron previstas por la legislación o la jurisprudencia. Señala Miller que este tipo de demandas procuran obtener avances en el contenido de derechos sexuales de modo gradual. Un ejemplo: en el año 1994, en el ámbito del sistema de Naciones Unidas se dio el caso “Toonen c. Australia” en el que se ventiló la cuestión de las relaciones homosexuales en perspectiva al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en Tasmania, y en el cual el Comité interpretó que el término “sexo” de los arts. 2º y 26 del Pacto refieren inclusive a la orientación sexual. Este caso marcó una apertura a considerar implícitamente dentro del genérico concepto de “sexo” a la identidad sexual de las personas y, por lo tanto, la diversidad sexual ingresó dentro del espectro de los derechos humanos a nivel de un instrumento internacional preexistente y sobre la extensión del derecho a la privacidad de las personas. Las demandas de carácter devolutivas de derechos sexuales se identifican por reclamar a favor de estos cuestiones que pertenecen a sectores específicos (particularismos propios de los colectivos de mujeres, personas GLBT) y con el impacto que ello produce al ser identificados con aquellos agrupamientos. Miller resalta un ejemplo de esta tipología al indicar que en la vinculación entre derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la mejor forma de plantear una demanda por derechos sexuales apunta a concentrarse sobre el derecho a la salud, o en aquellas demandas que apelan respecto a los derechos sexuales como si éstos sólo hicieran referencia a los derechos del colectivo GLBT. Es decir, la forma devolutiva o de transferencia ubica los planteos

de los derechos personalísimos al lenguaje de los derechos fundamentales y la conversión de la noción de identidad personal hacia la de identidad de género.

1. PRIMERA PARTE

1.1. Fragmentos de una genealogía por escenas

La geografía político racial cartografiada, mundialmente, a través de la idea de “sistema-mundo moderno” es un buen inicio para encauzar el DIG en la trama político-legal argentina. En efecto, si se comprende el modo en que fue planeado, organizado y ejercido, lo que Aníbal Quijano llama el nuevo patrón de poder —constitutivo de la identidad moderna y por consiguiente de una forma de construcción y distribución de sujetos— luego de la conquista de América y del impacto global de la esclavitud africana, entonces, es posible ver con relativa nitidez aquello que la ley de identidad pone en tensión: la dicotomía naturaleza/cultura como eje para una distribución jerarquizada, binaria y antagónica de identidades (corpo-sexo-genéricas), derechos y poder (entendido como acceso a recursos y ejercicio de acciones autónomas). Allí donde el marcador sexo se constituyó en la base material de los cuerpos generizados, la ley 26.743 lo neutraliza.

La violencia de género, expresada en las condiciones institucionales que impiden, restringen o permiten —mediante mecanismos patologizadores⁵— el reconocimiento del DIG, contiene como presupuesto histórico-político la codificación biológica y cultural del dispositivo regulador “sexo” o “género”.

En las escenas siguientes, se visualizan las condiciones en que operaba la transjudicialización en Argentina antes de la entrada en vigencia de la ley

de derechos sexuales respecto a sectores específicos y determinados. Uno de los inconvenientes que plantean este tipo de demandas radica en aquello que no se dice. Es el contexto que queda por fuera de los límites de lo específico lo que resulta preocupante. Es la parte donde el haz de luz no ilumina dejando una zona de incertidumbre por sobre la cual siguen operando las opresiones de lo hegemónico. Por último, las demandas por derechos sexuales de carácter revolucionarias son aquellas formuladas desde una perspectiva que no promueva los estereotipos al que pueden llevar implícitamente los anteriores tipos, sino demandas que sean formuladas en sintonía con las teorías que abordan interdisciplinariamente los derechos sexuales, que sean capaz de revisar conceptos y generar invenciones respecto a nuevos mecanismos para el reconocimiento de los derechos sexuales. Se trata de demandas de contenido activista.

⁵ PÉREZ FERNÁNDEZ-FIGARES, Kim afirma que “Una patologización, en la práctica actual, es una tipificación cuasi jurídica de una enfermedad y la asignación de unos protocolos de tratamiento (...) La despatologización desactiva todos esos legalismos que gravitan sobre nosotros. Como en la cirugía estética, el candidato que la plantea tiene capacidad para decidir”, en “Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género”, en MISSÉ, Miquel - Gerard COLL-PLANAS, Gerard (eds.), *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Madrid, Egales editorial, 2010, pp. 108-109. La patologización constituye una forma de violencia porque obtura la personalidad jurídica del sujeto y lo transforma en un objeto subordinado de las prácticas de normalización o de tutelaje científico con fines terapéuticos por características interpretadas previamente como antinaturales, inmorales, ilegítimas, o anormales, anulando sus capacidades como sujeto activo.

ya citada; era habitual la judicialización y consiguiente patologización de la diferencia de género a los efectos de alcanzar reconocimiento legal de la identidad afirmada. Las prácticas judiciales se caracterizaban por asumir lógicas retóricas, burocráticas y violentas porque los marcos judiciales, en casi todas las jurisdicciones del país, seguían los efectos colonizadores del género normativo, que prescribía que el sexo materializaba el género binario varón-mujer como la forma exclusiva de *ser-estar* en sociedad.

1.1.1. Escena primera: septiembre de 1975. La intocabilidad del cuerpo

La justicia argentina sentó las bases para la desterritorialización de los cuerpos e identidades anti-normativas a través del despliegue biopolítico del derecho sobre el *hacer vivir* del género.

El lenguaje de los derechos no fue ajeno a las batallas culturales que se suscitaban respecto de la biologización no cuestionada de los modelos de identidad de género nuclear. En efecto, siguiendo el criterio de Donna Haraway el ingreso de la naturaleza al dominio de la ciencia, implicó límites racionales a las dispersiones de la diversidad corporal y una serie de enunciados que pretendían explicar desde un soporte científico la idea de un cuerpo sexuado ontologizado, neutral y estático. El cuerpo moderno debía actuar *como si* fuera orgánicamente estable y coherente a sí mismo. Para ello, precisó montarse sobre el discurso racional proveniente, en parte, de la ciencia médica y el derecho.

Es preciso recordar que Magnus Hirschfeld (1868-1935) acuñó los términos “travestidos” (1910) y “transexualismo mental” (1923). Ninguno fue definido por el médico alemán como desviaciones. La institucionalización del diagnóstico clínico sosteniendo la patología médica de las identidades trans fue fundada por Harry Benjamin aproximadamente a mediados del siglo XX y con el fin de reforzar el sistema binario de lectura de la diferencia sexual (varón/mujer). Tal estándar tuvo impacto durante los años 60 y 70, y el diagnóstico de “transexualismo” se tipificó en el año 1980 en el Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (DSM III) de la Asociación de Psiquiatría Americana (APA).

He aquí un fragmento de una sentencia judicial que, si bien no se tiene registro de ser la primera en haber rechazado un pedido de autorización de una persona trans para someterse a una intervención feminizante de afirmación de género, puede aseverarse que pre-figuró los criterios que consolidarían las dos posturas en la administración judicial en la disputa planteada de los cuerpos (tran)sexuados:

Las manifestaciones efectuadas por el actor y contenidas en estas actuaciones y las comprobaciones efectuadas por los peritos médicos del cuerpo forense indican que estamos en presencia de un sujeto psíquicamente desequilibrado y de conformación morfológica perfectamente masculina.

Sus angustias —que a veces revisten formas corporalmente dolorosas— y sus inclinaciones por el travestismo y sus peculiaridades de conducta que lo sitúa en el transexualismo tienen origen en desviaciones eminentemente psicológicas⁶.

El primer elemento para extraer del párrafo —representativo por condensar el principal argumento para rechazar el derecho que aún no osa decir su nombre— es la manera de constituir una subjetividad anómala a partir de una racionalización implícita del paradigma funcionalista de la identidad de género nuclear en el que la distinción y asociación naturaleza/cultura - sexo/género mantiene incuestionable el determinismo biológico. En este caso, la masculinidad fisiológicamente escrutada. El transexualismo no se inscribía en el cuerpo sino en la mente como un trastorno de la personalidad. El problema se centraba en la psiquis del yo. Ahí donde el derecho no podía llegar, pero sí el poder psiquiátrico. El sexo morfológico masculino intocable, debidamente certificado, constituía la materia a través de la cual se desplegaba la ceremonia de la identidad generizante.

Para reducir al sujeto a objeto incapaz, el Poder Judicial precisó de relaciones de cooperación con la ciencia psiquiátrica y en hacer lucir afirmaciones normativas como científicas en un intercambio de relaciones de poder/saber que intenta aparentar objetividad.

Así, emerge un segundo aspecto de esta escena: las pericias médico-legales. Sin las pericias, el acto judicial perdía su retórica científica de la transexualidad y debilitaba la serie de argumentos por los cuales se oponía a la autorización solicitada. Estas pericias médicas aparecieron como efectos del poder de normalización e interpelaban al sujeto como fallido. No había identidad de género por fuera del sexo. La ceremonia judicial desarrollaba su arsenal de prácticas y discursos alrededor de la naturaleza como recurso objetivo que explica, clasifica y dirime la clasificación humana.

Las intervenciones quirúrgicas aparecieron en este contexto como técnicas diabólicas sostenidas por fundamentalismos de género que engañan con tesis según las cuales es posible (re) asignar culturalmente uno de los dos géneros posibles.

Se tiene, pues, voces médico-legales autorizadas a definir la vida sexual/genérica corporal de las personas; indisponibilidad del cuerpo sano; reificación del sujeto como objeto de escrutinio pericial; el sexo morfológico/gonádico es el marco de consolidación subjetivo de la normalidad genérica; la transexualidad/travestimos funcionan como vectores de una exclusión operada por la normalidad psíquica; se anulan las experiencias identitarias y se fortalece el criterio biomédico de la patología.

⁶ LA LEY 1975-A-479/490.

1.1.2. Segunda escena. Marzo de 1989. El derecho como disciplina del género

Con la recuperación democrática, Argentina se encauzó en la elaboración y sostenimiento de una serie de políticas públicas orientadas por/hacia los derechos humanos, especialmente en el marco transicional, para lo cual resultaron decisivas las agendas políticas de los movimientos de memoria, verdad y justicia (especialmente Madres y Abuelas de Plaza de Mayo). La identidad, luego de años de terrorismo de estado, adquirió una dimensión política fundante para la reconstrucción de los diagramas sociales que fueron impactados por las violencias practicadas sistemáticamente y la institucionalización democrática. Sin embargo, la recuperación en términos de identidad de género, como lo permite ver el pasaje siguiente, no se correspondía con el contexto democrático y su negación era sostenida por un derecho que se volvió custodio del sexo.

Los argumentos que se exponen son decisivos en la lectura judicial de la transexualidad, dado el énfasis con que el derecho, la ciencia y la moral se articulan para definir los alcances del derecho a la, incipiente, identidad de género. Así, quedó definida cierta práctica judicial de localización, manipulación y verificación de la transexualidad.

“(…) aun cuando se admita que el sexo involucre una noción compleja, de componentes diversos, no es posible cambiarlo en bloque, más aun cuando se dijo —y en esto hay coincidencia— que existe un elemento inalterable, que es el sexo genético, el que más allá de cualquier modificación externa que no logra conferir el aspecto funcional, permanece inmutable. Y en el caso, aun cuando el actor ha modificado el sexo morfológico a través de una intervención quirúrgica, haciéndose extirpar en un país extranjero el pene y sus anexos mediante penectomía y orquidectomía, obteniendo una morfología genital anómala —que obviamente carece de capacidad copulativa—, que corresponde más al sexo femenino que al masculino, e incluso que psicológicamente se identifica con el sexo femenino y socialmente se comporta como tal, lo cierto es que su sexo genético sigue siendo masculino.

...No se discute ahora el comportamiento femenino del actor, pero frente a la pericia médica no puede pensarse que se trata de un supuesto de hermafroditismo y tampoco se ha probado que el tratamiento médico efectuado en Chile era el adecuado para la afección que padecía y que en definitiva tuvo por fin modificar su genitalidad externa para volverla más acorde a su ‘transexualismo’ (...) La sentencia no ignoró la testimonial producida, sino que confirió prevalencia al sexo genético, el que no puede ser alterado por una decisión unilateral, por estar involucrado el orden público y en juego la moral social.

...la libertad que invoca el recurrente no es absoluta sobre sí mismo, pues no puede alterar lo que corresponde a su naturaleza y es función

del derecho limitar la posibilidad de que alguien se desvíe de sus fines fundamentales”⁷.

La usina judicial legitimó la matriz heterosexual (MH) para resolver este tipo de situaciones. La MH fue definida por Judith Butler como el “modelo discursivo/epistémico de inteligibilidad de género, el cual supone que para que los cuerpos sean coherentes y tengan sentido debe haber un sexo expresado mediante un género estable que se define históricamente y por oposición mediante práctica obligatoria de la heterosexualidad”⁸. Los actos de justicia, a partir de aquí, tendrían como trasfondo los estándares del modelo de la identidad de género nuclear.

A su vez, esta sentencia, como tantas otras, dejó en claro la relación entre naturaleza y derecho. Para este tipo de discursos el proceso de feminización/masculinización era un imposible más allá de que tuviera efectivamente lugar. Las cirugías, entonces, aparecieron como “ficciones biopolíticas”⁹, simuladores mediatos, artefactos que son contraproducentes para la idea natural del ser esencialmente mujer y varón. El discurso delimitó la humanidad del sujeto al negarle entidad política. No había sujeto de derecho porque no había un ser humano inteligible.

Los actos de justicia invisibilizaban su poder constituyente. La operación de “cambio de sexo” solo era autorizada para los casos de hermafroditismo porque la indefinición sexual era un problema que debía ser resuelto por el Estado.

Con esta sentencia el “derecho al nombre” para aquellas personas que se había operado se volvía un imposible. La intervención, a su vez, se vio desplazada como expresión de género salvo en casos de indefinición genital. Quedaba enunciada, así, la normalidad del cuerpo por el sexo genético.

1.1.3. Tercera escena. Abril de 2008. La autonomía en la jaula

Desde 1989 el cambio de sexo y nombre fueron administrados por la justicia de manera irregular dado que algunos pronunciamientos se apartaron del criterio autoritario del rechazo. Sin embargo, lo que se mantuvo invariable fueron las reglas impuestas por la MH y el estándar de la identidad de género nuclear como mecanismo de inteligibilidad de los cuerpos sexuados. Las sentencias que avanzaron en esta materia, permitiendo los procesos de hormonización, quirúrgicos y modificación del nombre legal, lo hicieron esgrimiendo argumentos patologizadores.

⁷ ED 135-492/499.

⁸ BUTLER, Judith, *Gender Trouble. Feminism and the subversión of identity*, New York, Routledge, 1990, p. 138.

⁹ PRECIADO, Beto, *Biopolítica del género*, Buenos Aires, Ediciones Aji de Pollo, 2009, p. 37.

Es el caso emblemático de la siguiente escena que autorizó a la persona peticionante la realización de una intervención quirúrgica y la posterior rectificación de su nombre y sexo, luego de que una serie concatenada de informes y peritajes socioambientales, biomédicos y registrales le sirvieron de apoyatura.

...admitiendo que las decisiones vinculadas a los fenómenos de la transexualidad (en referencia a las operaciones de ‘reasignación sexual’) pueden potencialmente presentarse efectos no deseados, tratándose de un ámbito de reserva, protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional (conductas autorreferentes), la decisión en consciencia, luego de una serena y prolongada reflexión y disponiendo de toda la información interdisciplinaria hoy existente, compete en última instancia a la propia persona transexual.

“La idea basal en material de transexualidad es que lo inadecuado es el cuerpo... porque la problemática que está en la raíz de la transexualidad es la inadecuación que padece el sujeto entre su psiquis y su sexo cuerpo...” (cita a Millot, Catherina, *Ensayo sobre transexualismo*, Buenos Aires, Catálogos, 1984).

Existen en nuestro ordenamiento constitucional derechos implícitos en torno a la personalidad jurídica del ser humano, entre los cuales se halla el derecho a la identidad sexual, a lo que cabe añadir que el reconocimiento del derecho a la identidad sexual constituye una exigencia constitucional... El derecho a la denominada identidad personal, respecto del cual el derecho a la identidad sexual se encuentra en una relación de género a especie, ha significado un ‘descubrimiento’, en la constelación siempre creciente de los derechos de la persona o ‘personalísimos’, que ofrece hoy una visión más rica y más profunda, respecto de perspectivas anteriores centradas en la mera identificación.

La petición de cambio de nombre legal (en realidad prenombre) constituye aquí una consecuencia directa y necesaria de la reasignación de sexo a causa de la disforia de género debidamente comprobada en la causa¹⁰.

Entre 1989 y 2010 se sucedieron una serie de sentencias que autorizaron intervenciones de “cambio de sexo” y nombre sobre la base de considerar que este tipo de reclamos integraban el ámbito de los derechos personalísimos, con la condición de ser validados mediante el régimen biomédico de la disforia de género.

Este tipo de pronunciamientos, si bien se apartaron del precedente de 1989 y reconocieron cierta libertad, suprimieron la experiencia trans (en su faz autónoma) e identificaron a la transexualidad *como si* fuera un problema del cuerpo. A su vez, asociaron el derecho a la identidad sexual con un derecho implícito de la personalidad. Por tales razones, la operación quirúrgica, los tratamientos hormonales y el cambio de nombre constituyeron un conjunto de técnicas de-

¹⁰ Juzgado Correccional N° 4, causa N° 771. Mar del Plata, 10/4/2008.

cidas en bloque, para rehabilitar a la persona transexual de su padecimiento individual.

La personalidad jurídica (vinculada en este caso con la identidad personal) funcionaba en la medida en que el diagnóstico médico de disforia de género era instituyente del sujeto transexual y el cuerpo como el fondo de una dolencia privada. La protección del derecho a la identidad personal a través de los derechos personalísimos sería exitosa solo si el poder médico rehabilitase al sujeto transexual. La diagnosis clínica continuaba siendo el modo de lectura corporal, a pesar del agregado de otros elementos en juego como derechos constitucionales.

Los fallos de este tipo acogían la cuestión de la identidad personal a partir de considerar que la problemática de la transexualidad operaba, ahora sí, a nivel del cuerpo. Santos Cifuentes, uno de los autores más citados como doctrina de autoridad para decisiones de este estilo, lo expuso claramente:

para dar paz y armonía a la disociación, produciendo la identidad sexual de la mujer o el hombre transexual, por ahora el exclusivo método es el quirúrgico-clínico, con el cual se provee a una mente femenina de los atributos femeninos (vagina, mamas y otros caracteres sexuales secundarios), y del otro lado, a la mente masculina los correspondientes atributos (pene, testículos y el resto posible)¹¹.

El marco de los derechos quedaba sujetado por las tecnologías que permitían el paradigma de la identidad de género de la década de los sesenta, según el cual era posible construir uno de los dos géneros binarios a partir de un sexo coherente modificado quirúrgica y hormonalmente.

En esta línea de pensamiento judicial, los derechos personalísimos legitimaban el criterio funcionalista del paradigma de la identidad nuclear. En efecto, al considerar el sexo como atributo personal e indisponible de cada persona, la transexualidad era analizada como una anomalía que afectaba esa atribución personal, por lo que la operación era necesaria para “una estabilización y definición... para volver a asociar el conjunto con sus componentes elementales, devolviendo la armonía a todos los caracteres físicos y psíquicos”¹². El enfoque personalísimo postulaba que las cuestiones de la transexualidad ligadas con la identidad personal pertenecían al campo privado y estaban condicionadas a la proyección de vida de la persona. Para esta visión, no había tal cosa pública en la definición del cuerpo sexuado a partir de la diferencia sexual sino que se trataban de asuntos privados. Esta tesis ocultaba el problema público que ostentaban estas demandas judiciales. Por su parte, el criterio personalísimo de la identidad sexual se inscribía en lo que Preciado denomina régimen postmoneysta de la sexualidad: “no puede funcionar sin la circulación de un enorme flujo de

¹¹ CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 307.

¹² *Ibid.*, p. 307.

hormonas, silicona, textos y representaciones, de técnicas quirúrgicas (...) en definitiva, sin un tráfico constante de biocódigos de los géneros”¹³.

Estos fallos ubicaban por primera vez al cuerpo en el complejo entramado del uso privado de las técnicas de transformación corporal, que el movimiento trans las ha considerado como fundamentales para un libre desarrollo de la identidad-expresión de género y para alcanzar un acceso no patologizante de la salud integral.

La historia judicial registra, durante este período, un *leading case* que tendrá efectos positivos para los planteos subsiguientes en materia de reconocimiento de la identidad: el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “ALITT”¹⁴. Como indica Paula Viturro —abogada feminista que ideó la estrategia judicial junto a Lohana Berkins— “Los fundamentos centrales de la sentencia son muy significativos. En primer lugar porque califica a la denegatoria de derechos denunciada por ALITT como un acto de discriminación. En segundo lugar porque sitúa la violación de derechos de lxs disidentes sexuales, en el contexto histórico político conformado por las múltiples violaciones de derechos humanos, incluido el terrorismo de Estado. Y por último, porque se trata del primer reconocimiento institucional por parte de un órgano del más alto nivel estatal, de la extrema situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el colectivo de personas travestis y transexuales”¹⁵.

1.1.4. Cuarta escena. Diciembre 2010. La identidad de género como derecho humano

...el sometimiento a la intervención quirúrgica como requisito para proceder a la posterior modificación registral resultaría ser solo una interpretación caprichosa de ciertos sectores de la doctrina..., importaría reforzar el discurso mediante el cual el género se deriva del sexo, entendido este último como los caracteres biológicos definitorios de la persona respecto a su femineidad y masculinidad.

...conforme lo establece el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica (...) ‘toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica’. Así resulta indudable que la personalidad jurídica comprende, en-

¹³ PRECIADO, ob. cit., p. 54.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c. Inspección General de Justicia. Sentencia del 21/11/2006. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=6115731&cache=1536687340051>, fecha de consulta: 30/4/2018.

¹⁵ VITURRO, Paula, “Ficciones de Hembras”, en MARTYNIUK, Claudio - BERGALI, Roberto (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo, 2003, pp. 44-45.

tre otros elementos, al nombre completo, esto es prenombre y apellido, así como el sexo con el cual se ha registrado a una persona¹⁶.

El fallo, novedoso, autorizó una intervención quirúrgica parcial masculinizante sin acreditar previamente diagnóstico de trastorno de la identidad sexual. Señaló:

...en autos se encontraría acreditada la plena capacidad de la parte actora, así como un acabado conocimiento de los riesgos que una intervención de tales características podría acarrear... debe de remarcarse que si bien es necesaria la autorización judicial para que una persona pueda someterse a una cirugía como la solicitada en autos, lo cierto es que la tarea del magistrado no implica en modo alguno sustituir la voluntad del amparista, sino por el contrario acompañarla para que a través de los mecanismos otorgados por el ordenamiento jurídico logre llevar a cabo la decisión autónoma adoptada, logrando de este modo la efectiva tutela de sus derechos.

Así, el año 2010 introdujo quiebres epistemológicos en el pensamiento judicial. Tales rupturas se formularon en tres niveles: el primero, reconoció que no hay una necesaria, estable y vinculante implicancia entre el sexo fisiológico y el género afirmado. Este aspecto es fundamental porque le permitió a esta sentencia, como a otras que le siguieron, apartarse del orden esencialista del modelo funcionalista de la identidad de género. A su vez, posibilitó el reconocimiento de los derechos reproductivos. El segundo nivel consistió en habilitar expresiones otras de la identidad de género en su ejercicio real. Esto fue, rectificar los datos registrales sin obligar a la persona a someterse a una intervención quirúrgica. El tercer punto de quiebre provino de la autonomía decisional y la personalidad jurídica como principios de actuación, sustraídos del sistema internacional de los derechos humanos¹⁷.

1.2. Pensar la colonización del género y sus violencias

Lo que se ve de las escenas escogidas es una distribución de cuerpos, sus figuraciones, rupturas y continuidades biopolíticas que dejan avizorar lógicas de violencia y resistencias. Lo que se apunta con tales escenas es a una decodificación del estar situado como producto del sistema-mundo moderno. Sistema que transformó las relaciones sociales y sexuales una vez que la colonialidad del

¹⁶ “R. B. c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, expte. 39840, resolución de fecha 27/12/2010 del fuero CAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁷ Cabe aclarar que muchas de estas sentencias fueron pronunciadas en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, específicamente en los tribunales contenciosos administrativos y tributarios. En la mayoría de las provincias, las resoluciones continuaban emitiéndose según el modelo patologizador.

poder operó geopolíticamente y trazó las líneas abismales que binarizan humanidad/subhumanidad, cultura/naturaleza, moderno/colonial, occidente/oriente, género/sexo, racional/irracional, identidad/diferencia, normal/anormal. La patologización de la diferencia (racial, de género, de clase, de corporalidad) es un ejemplo de una práctica política efectiva para excluir, objetualizar, desprestigiar y enclosetar a determinados sujetos subalternizados. El efecto primario de esta práctica es la deshumanización y recurre, no por casualidad, a la retórica de la naturaleza. Por eso ha sido y sigue siendo tan fuerte la discriminación social e institucional hacia las personas trans, incluso en países donde existe legislación antidiscriminatoria.

María Lugones, en un artículo que integra interseccionalmente raza, género y sistema de colonialidad del poder¹⁸, piensa la forma en que la constitución del dimorfismo sexual se enlaza con el sistema-mundo moderno. Apunta que:

“La naturalización de las diferencias sexuales es otro producto del uso moderno de la ciencia que Quijano subraya para el caso de la raza”¹⁹ y expone su noción de sistema moderno/colonial de género:

El sistema de género tiene un lado visible/claro y uno oculto/oscurο. El lado visible/claro construye, hegemónicamente, al género y a las relaciones de género. Solamente organiza, en hecho y derecho, las vidas de hombres y mujeres blancos y burgueses, pero constituye el significado mismo de hombre y mujer en el sentido moderno/colonial (...) el sistema de género es heterosexualista (...) El lado oculto/oscurο del sistema de género fue y es completamente violento²⁰.

Este lado está asociado con la reducción a la animalidad, la explotación sexo-económica de las personas que encarnan géneros no binarizados o cuyas masculinidades o femeneidades no responden al modelo hegemónico moderno. La autora se funda en la historia de colonización operada sobre determinadas tribus y sociedades precolombinas. Lugones presenta, con detalle, una perspectiva colonial del género en los entramados de una colonialidad del poder y saber.

Las personas con sexualidades, identidades de género y diversidades corporales varias fueron caracterizadas por los discursos modernos occidentales, pues, como 1) personas pecadoras-aberrantes por naturaleza-monstruos no humanos; 2) personas enfermas por trastornos psicosexuales; 3) personas anormales o indefinidas; 4) personas criminales; o 5) personas a rehabilitar psiquiátrica o quirúrgicamente.

¹⁸ LUGONES, María, “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, N° 9, Colombia, julio-diciembre, 2008, pp. 73-101.

¹⁹ *Ibid.*, p. 86.

²⁰ *Ibid.*, pp. 98-99.

Esta clasificación, presentada de modo general y emergente de las escenas antes aludidas, contiene visiones provenientes de la religión, medicina y del derecho, atravesadas por una perspectiva colonial de la humanidad y de los recursos. En efecto, la no participación, la no-capacidad jurídica y la objetualización de quienes están del lado oculto/oscuras son formas de injusticia. La participación y la autodeterminación están para quienes habitan las zonas civilizadas, la de una existencia normal y regulada. En lo que aquí interesa, las personas que afirman un género distinto al sexo asignado al nacer, o que aparece en los certificados oficiales o que se identifican por fuera del binario compuesto por las categorías mujer-varón, son las que están sometidas a mayores violencias.

Los entornos institucionales que siguen sosteniendo el paradigma nuclear del género, o que consignan el marcador sexo en función de un diagnóstico médico genitalizado (por ejemplo, el certificado de nacimiento registra el sexo a partir de la mirada médica sobre la genitalidad de la persona nacida) o que no permiten la constitución de un género no binario (por fuera de las dicotomías varón-mujer) como tampoco habilitan la constitución de una femeneidad o masculinidad no hegemonzada por las normas sociales, recae restrictivamente en la forma en que la identificación pública tiene lugar en los cuerpos individuales.

La organización internacional Global Action for Trans Equality (GATE)²¹ señala determinadas violencias, clasificadas en cinco ámbitos: 1) Familiar (violencia doméstica, amenazas, acoso, exclusión); 2) Educación, empleo y vivienda (abandono de la escuela y expulsión, estigmatización y discriminación, pérdida de empleo cuando se da a conocer la identidad de género, negación de uso de los sanitarios separados por género); 3) Institucionales (estipulaciones en contra del travestismo, contravenciones, persecución y detención arbitrarias); 4) Salud (acceso limitado o nulo a los servicios generales de salud, alto riesgo de contraer VIH/SIDA, acceso limitado o nulo a los procedimientos de afirmación de género) y 5) Reconocimiento legal (en muchos países los pasaportes y las actas de nacimiento no pueden modificarse, existencia de requisitos de esterilización, diagnósticos psiquiátricos o procedimientos compulsivos para reconocer el género legal escogido).

Una mirada decolonial evidencia que la violencia de género es el efecto de las líneas que señala Lugones, propias de la modernidad occidental. Esto conlleva a pensar que la violencia es una situación de injusticia social que precisa algo más que un reproche moral.

En este sentido, la Ley de Identidad de Género es una herramienta política reparadora para determinados derechos humanos (asociados al reconocimiento de la personalidad jurídica y acceso a la salud integral), aunque no autosuficien-

²¹ Global Action for Trans Equality (GATE). Ver <http://transactivists.org/wp-content/uploads/2012/03/gender-identity-and-hr-backgrounder-with-logo-spanish.pdf>, fecha de consulta: 25/4/2018.

te, dado que por sí sola no alcanza para combatir otras caras de la exclusión social y política a la que están expuestas las personas por su identidad de género.

En el Informe “La Revolución de las Mariposas”²² quedó registrado, por ejemplo, que uno de los impactos positivos posterior a la sanción de la ley 26.743 fue para las personas travestis y mujeres trans el crecimiento de la confianza en sí mismas (75%) y mayor conocimiento de tener derechos (71.9%). Para los varones trans se trató en igual proporción la confianza en uno mismo y el conocimiento de derechos (ambos 84%). El documento arrojó en una de sus conclusiones que “Con relación a la salud, luego de la sanción de la Ley de Identidad de Género se sentaron las bases para un efectivo acceso a la salud. Aun cuando este acceso sigue siendo limitado, sobre todo en materia de prevención y atención de salud general y para mujeres trans/travestis, ha mejorado respecto de 2005 (...) Los hombres trans controlan su salud en menor porcentaje que las mujeres trans/travestis y, además, a diferencia de ellas acuden al sistema de salud por razones de tratamiento hormonal”²³.

2. SEGUNDA PARTE

2.1. *La Ley de Identidad de Género y los Principios de Yogyakarta*

La ley 26.743 instituye un régimen de reconocimiento de la identidad de género sostenido, sustancialmente, en el marco de los derechos humanos. En efecto, el reconocimiento que propicia el art. 1º y los mecanismos destinados a garantizarlos invocan derechos humanos tradicionales tales como el derecho a la identidad, al nombre, a la personalidad jurídica, a la no discriminación e igualdad, a ser oído, o a la salud. Todos ellos se articulan de manera tal que se garantice y respete el criterio de la despatologización.

La constitución del DIG basado en el sistema internacional de los derechos humanos (ya no de los derechos personalísimos de la dogmática civil) implica obligaciones y responsabilidades concretas para el Estado y los agentes no estatales para su cumplimiento efectivo.

El DIG se presenta con una definición de la identidad de género (art. 2º)²⁴ y un modo de interpretarla (art. 13)²⁵ que es inédita en nuestra legislación y de-

²² Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ver https://www.mpdefensa.gob.ar/biblioteca/pdf/la_revolucion_de_las_mariposas.pdf; fecha de consulta: 25/4/2018.

²³ *Ibid.*, p. 171.

²⁴ Art. 2º.— Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

²⁵ Art. 13.— Aplicación. Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o

termina obligaciones específicas que deben cumplirse, tal como la de permitir administrativamente la rectificación del nombre y del sexo a partir de la declaración de la persona respecto de su género. En efecto, el género es una cuestión declarativa. Ello se desprende, como se dijo, del art. 2º que tiene como fuente a *Los Principios sobre la aplicación de legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta*²⁶.

Los Principios fueron elaborados y adoptados por un grupo de personas especialistas en derechos humanos y derechos sexuales, de distintas disciplinas, en el año 2006 en Yogyakarta, Indonesia. Los Principios utilizan el lenguaje universal de los derechos humanos y evitan hacer mención a cualquier especificidad de grupos determinados por orientación sexual o identidad de género. Ello se debe a que se considera que las orientaciones sexuales y las identidades de género son conceptos variables que dependen de cada cultura en particular y se funda en la idea según la cual el patrón común a las violaciones a los derechos humanos basados en ambas variables continúa siendo la “vigilancia en torno a la sexualidad”, de acuerdo con lo expresado en la introducción. Se aclara que en noviembre de 2017 fueron adicionados otros nueve principios y una serie de obligaciones estatales que cubren un rango de derechos emergentes.

Los Principios, son el sustento normativo de la despatologización de la diversidad de género en los planes de vida de cada una de las personas. Su fuerza normativa, a estas alturas, sin lugar a dudas proviene de considerarse una fuente del *soft law* del derecho internacional, tal como se desprende de la sentencia de la Corte IDH para el caso “Duque vs. Colombia”, de fecha 26 de febrero de 2016 y en la citada OC-Corte IDH sobre derecho a la identidad de género.

En lo que aquí importa, merecen destacarse los siguientes principios:

El Principio 3 que indica que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Este principio es importante porque defiende la autonomía de la voluntad de cada sujeto y sostiene que la orientación sexual y la identidad de género son aspectos de la vida que son definidos por cada persona y, según así sea, debe respetarse porque hace a la personalidad y libertad.

El Principio 18 ordena que ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Y continúa afirmando que la

procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

²⁶ PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, disponible en <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>, (consultado el 25/4/2018).

orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud. Este aspecto es fundamental porque enfatiza el carácter no patológico de la diversidad sexo genérica y prohíbe cualquier diagnóstico médico destinado a restringir u obstaculizar derechos basados en la orientación sexual o identidad de género diversas.

El novedoso Principio 31 establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento legal sin referencia o requerimiento de asignación al sexo, género, orientación sexual, identidad de género o su expresión o a características sexuales. Toda persona tiene el derecho a obtener documentos de identidad, incluyendo certificados de nacimientos sin importar la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales, y a cambiar la información respecto de su género o sexo en tales documentos cuando se la incluya. Este principio da fundamento a la iniciativa de abolir el marcador sexo de los documentos oficiales que establecen identificaciones.

2.2. Interpretación de los artículos 1 y 2 de la Ley de Identidad de Género

En términos generales, la ley 26.743 ha establecido un cambio de paradigma en la noción de consagrar el derecho a la identidad de género; pasando de un modelo de enjuiciamiento externo y compulsivo de la identidad (patologizador y judicializador) hacia uno fundado en una declaración de la identidad (despatologizador y desjudicializador).

El derecho a la identidad de género se define en el art. 1º de la ley y se compone de tres aspectos: a) el reconocimiento de la identidad de género de la persona; b) el libre desarrollo y c) el ser identificado en los instrumentos que acrediten identidad.

El reconocimiento de la identidad de género implica el deber de respetar y valorar la identidad de género tal como cada persona la exprese o sienta. El reconocimiento impone la obligación de no discriminar, desvalorizar, humillar, o sojuzgar a ninguna manifestación o expresión de identidad de género que no se corresponda con los marcos de referencia que socialmente se instalan como normales. Es decir, aquellos que provienen de considerar el género normal siempre y cuando esté asociado al sexo de asignado al nacer o inscripto en el certificado de nacimiento. Asimismo, este aspecto reconoce plena capacidad jurídica a las personas en relación con demandar prestaciones que la ley permite (por ejemplo, prestaciones médicas). Es la expresión del derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica, que comprende el máximo disfrute de tal capacidad en todos los aspectos de la vida en la diversidad de identidades de género y el respeto sustancialmente a la autodeterminación y libertad individual. Una interpretación favorable y respetuosa de la ley dispone —para que exista una efectiva reconocibilidad en la tutela de derechos— que los actos ligados con la identificación registral, el acceso a los tratamientos hormonales y las intervenciones quirúrgicas de afirmación de género no son obligatorios o

condicionantes entre sí. El primer aspecto, entonces, implica que el Estado y los agentes no estatales tienen la obligación de respetar, garantizar y proteger la identidad de género declarada por cada persona (incluido los/as niños/as y adolescentes). Circunstancia que evidencia que la identidad de género es una cuestión declarativa antes que una prescripción médico-legal.

El libre desarrollo personal se corresponde, en primer lugar, con los mecanismos que la ley 26.743 y sus normas complementarias disponen para garantizar el acceso libre, no patologizante, permanente, integral, idóneo, suficiente y actual a las prestaciones que por motivos de salud se precisen de acuerdo con el requerimiento personal para afirmar o expresar un género sentido. El desarrollo personal se basa en un modelo de atención sanitaria anti-patologizador (no se requiere acreditar ningún diagnóstico por trastorno de la identidad sexual, disforia de género o incongruencia de género, para acceder a las prestaciones hormonales o intervenciones de afirmación de género totales o parciales) y de autonomía de la voluntad. La ley jerarquiza la potestad del sujeto por sobre el criterio de medicalización patologizante, heterónimo y compulsivo sustentado en los catálogos de diagnósticos internacionales, tales como el sistema de Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE 10) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) o el DSM V (APA).

El art. 11 de la ley indica que el desarrollo personal consiste en “acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona... Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación”.

Tales prescripciones se complementan con lo dispuesto por el decreto presidencial 903/2015²⁷ que define a las cirugías de reasignación genital y los tratamientos hormonales y detalla una lista —no taxativa— de intervenciones que deben ser cubiertas por los subsistemas de salud²⁸.

²⁷ Dec. 903/2015, del día 20/5/2012. Publicado el día 29/5/2015. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 29/5/2015.

²⁸ Así, el punto 1º del anexo del decreto reglamentario considera que por intervenciones quirúrgicas de afirmación de género debe entenderse a las cirugías que “ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida. Las mismas comprenden: Mastoplastia de aumento, Mastectomía, gluteoplastia de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastia, Clitoroplastia, Vulvoplastia, histerectomía, Vaginectomía, Metoidioplastia, Escrotoplastia y Faloplastia con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo” y por tratamientos hormonales integrales a “aquellos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercebido”.

Se prohíbe la imposición de cualquier tipo de examen psico-psiquiátrico para acceder a las prestaciones de salud. Los informes psicodiagnósticos que se elaboran siguiendo pautas clínicas impuestas por entidades científicas internacionales contradicen el principio de protección contra abusos médicos que prescriben los citados Principios de Yogyakarta²⁹.

El único requerimiento es acreditar la voluntad mediante una declaración suficiente (consentimiento informado)³⁰. El disfrute al más alto nivel de salud obliga al Estado a diseñar políticas públicas que no sean contraintuitivas de los preámbulos de los tratados internacionales del sistema de derechos humanos³¹.

En segundo término, el libre desarrollo involucra otros aspectos asociados con la salud, como por ejemplo la asistencia y monitoreo permanente, el acceso a derechos de alimentación, vivienda y trabajo, el resguardo de los derechos reproductivos y la prohibición del uso no consentido de técnicas de esterilización de acuerdo con pautas eugenésicas. El derecho a la salud, por ende, se extiende a factores socioeconómicos que condicionan una vida vivible. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general N° 14³² interpreta el derecho a la salud “como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro punto a destacar es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”. Esta hermenéutica debe orientar este segundo aspecto del libre desarrollo dado que la transversalidad invocada en la observación remite a as-

²⁹ “...con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas”.

³⁰ Este aspecto debe leerse en correlación con lo estatuido por las leyes 26.529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (21/10/2009); 26.657 del Derecho a la Protección de la Salud Mental (25/11/2010) y 26.742 modificatoria de la ley 26.529 (9/5/2012). Adicionando los decretos y normas complementarias.

³¹ La ley 4238 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, promulgada el día 11 de septiembre de 2012, tiene por objeto garantizar el desarrollo de políticas orientadas a la atención integral de la salud de personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero en el marco de la ley nacional 26.743, la ley 153 y su decreto reglamentario y la ley 418. Señala como una de sus acciones implementar estrategias para promover y facilitar el acceso de las personas trans al sistema de salud en todos los niveles y servicios, adoptando medidas específicas para la remoción de las barreras, en particular en lo que respecta a las prestaciones y servicios vinculados con la adecuación de su cuerpo a la identidad de género autopercebida y con la salud sexual y reproductiva.

³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º periodo de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/8/2000. E/C.12/2000/4 (General Comments).

pectos estructurales de desigualdad que comprometen el ejercicio de derechos, especialmente de la población trans.

El derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten identidad, se desdobra en dos partes: primero, asociado con el buen trato que es una extensión del reconocimiento sin identificación registral o corporal del género. El art. 12 lo expresa así: “deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niños, niñas y adolescentes que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio tanto en los ámbitos públicos como privados (...)”.

En segundo lugar, remite al régimen identificatorio de la identidad de género a partir de la inscripción registral. El art. 3° señala que “toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida”. A los efectos registrales, la ley impone como único requisito la expresión de voluntad de la persona interesada. Los establecimientos registrales deben proporcionar información adecuada de los aspectos de la ley y otorgar un formulario tipo, para que la persona de manera expeditiva, clara y sin intermediarios pueda ejercer los derechos reconocidos legalmente. Están vedadas otras exigencias por fuera del texto legal o a instancias de los registros. Especialmente el art. 4° *in fine* señala “En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

En concordancia con los lineamientos normativos, el decreto reglamentario 1007/2012 subraya en sus fundamentos que el sistema de identificación argentino consta de una parte registral y otra identificatoria nacional. Contemplando ambos segmentos, el art. 1° ordena que “Las Direcciones Generales, Provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas aprobarán en el ámbito de sus competencias: a) el formulario a utilizar para la solicitud de rectificación registral de sexo y el cambio de nombre/s de pila e imagen contemplado en el art. 3° de la ley 26.743, b) las oficinas seccionales, delegaciones y/o lugares habilitados para la recepción de las mismas y/o c) el reconocimiento de solicitudes presentadas ante oficinas de otras jurisdicciones provinciales. En todos los casos, y hasta la efectiva rectificación del sexo, debe contemplarse brindar a la persona solicitante el trato digno y el debido respeto a su identidad de género según lo dispuesto en el art. 12 de la ley 26.743”.

2.3. La resolución 65/2015: entre el CCyC y la Ley de Identidad de Género

En noviembre del año 2015 tuvo lugar una reunión de trabajo entre el Ministerio de Salud de la Nación y organizaciones de la sociedad civil para debatir el impacto de la reforma al Código Civil y Comercial (CCyC) en determinadas leyes especiales ligadas al campo de la salud, entre ellas, la Ley de Identidad de Género.

La resolución 65/2015 del Ministerio de Salud, publicada en el Boletín Oficial del 8/1/2016, aprobó como marco interpretativo el documento de acuerdos al que se arribó en aquellas jornadas. La resolución, en lo que aquí importa, acordó que

1) La Identidad de género no se corresponde con un determinismo biológico o cultural del género/sexo, sino como expresión de una serie de actos que hacen a la vivencia material del género afirmado.

2) Los procedimientos que prevé la ley 26.743 para la afirmación de género, en todas sus posibles dimensiones, hacen al cuidado del propio cuerpo y no son invasivos (art. 26 *in fine* CCyC).

3) Se arribó a un criterio etario para consentir autónomamente prácticas previstas en la ley de identidad asociadas a la afirmación de género corporal: desde los 16 años de edad se es equiparado a una persona adulta y entre los 13 y 16 años de edad se debe descartar la invasividad para asegurar los tratamientos hormonales. Las cirugías de afirmación de género pueden peticionarse hasta los 16 años con la asistencia parental.

4) En todos los casos deben respetarse los derechos reproductivos y no presuponer sus limitaciones, para lo cual el equipo médico debe informar a la persona usuaria de salud de los efectos sobrevinientes al uso de los tratamientos requeridos.

Pues bien, con la recientemente emitida opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-24/17³³, el carácter autónomo y po-

³³ “88. Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona (...)”; “94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (*supra* párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad” y que “115. (...) el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana

tente de la noción de identidad de género, previsto en el art. 2° de la ley local, se revitaliza.

Como se señaló, la ley 26.743 establece que la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (art. 2°).

Así, la identidad se corresponde con una perspectiva situada de la categoría género o sexo. El DIG se organiza alrededor de la idea de un sujeto titular cuya identidad es constitutiva de sus prácticas y sentires situados con un margen de soberanía establecida, principalmente, por la capacidad de disposición, la posibilidad de alteración de la imputación restrictiva del género normativo y la no delimitación por edad o capacidad³⁴. La identidad de género, por tanto, no depende del sexo asignado al nacer o inscripto en el certificado médico de nacimiento. Tampoco de un diagnóstico judicial. Es una declaración autopercebida que se ejerce en el marco de las potestades que toda persona tiene como sujeto de derecho autónomo y libre. Esa identidad está asociada a los actos de género que la persona habitualmente realiza y siente habituada.

Esto último abre un horizonte hacia la abolición del marcador sexo en los documentos de identidad.

3. TERCERA PARTE

3.1. *La posibilidad de no declarar el sexo*

En el ordenamiento registral, el sexo es una categoría que se inscribe en los documentos públicos y expresa el género que cada persona asume en su

a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (arts. 7° y 11.2), el derecho a la privacidad (art. 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3°), y el derecho al nombre (art. 18). Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional”. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf, fecha de consulta: 20/4/2018.

³⁴ Recordemos que la ley de identidad de género permite que niños, niñas y adolescentes puedan hacer uso del ejercicio del reconocimiento de su identidad afirmada. Especialmente garantizando el llamado y registro, debiéndose respetar el nombre autopercebido y el acceso a la salud integral.

vida cotidiana. No existe norma que defina que el sexo es binario en su constitución (solo varón o mujer). Tampoco norma que defina el sexo. Es la práctica socio-cultural la que ha instalado la idea según la cual el sexo constituye un espectro binario y que su consignación deriva, fatalmente, de la práctica médica o registral que se hace de la persona al momento de su nacimiento, según sean leídos clínicamente los atributos físicos. No obstante, la Ley de Identidad de Género alteró esta mirada restrictiva del género propiciando que el sexo es una variable social que, ligada al género, en realidad se confunde con esta. No hay sexo por fuera de la identidad de género. Esto lo deja en claro la ley al definir que la identidad de género puede o no coincidir con el sexo asignado al nacer y lo que interesa es que tanto el sexo como el género son construcciones sociales declarativas: provienen de la afirmación según el deseo y sentir de cada persona. Es, por ello, que la definición que consagra el art. 2° debe articularse con el Principio 31 y el criterio consultivo de la Corte IDH para promover condiciones institucionales que permitan desligarse del sexo como marcador social en los registros de identificación³⁵.

El mapa actual, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (art. 62 y ss.), permite que una persona —sin judicializar ni patologizar— 1) declare una identidad de género distinta a la consignada en su certificado de nacimiento dentro del espectro binario del sexo mujer-varón; 2) mantenga la identidad de género que se condice con el sexo que figura en dicho certificado; 3) pueda solicitar la consignación de otra variable de identidad dentro del marcador sexo (como, por ejemplo, travesti, transgénero, varón trans o mujer trans) o 4) pueda no declarar ningún sexo y pedir que se le consigne “no declara”.

Así como se declara la identidad de género puede no declararse y lo que se declara puede ser un sexo del espectro mujer-varón como otra identificación que se condiga con el género afirmado. Ninguna de estas posibilidades restringe derechos de otras personas ni pone en vilo a la seguridad jurídica de ningún instituto. El vector de la inclusión es respetar la voluntad de la persona y su afirmación de género.

A los efectos identificatorios lo relevante es el número que se asigna al documento nacional de identidad y las huellas dactilares.

3.2. El desafío de abolir el sexo como categoría registral

La ley 26.413 es la que le imprime al sexo su valor de inscripción. En efecto, el art. 36 manda a que la inscripción de una persona recién nacida debe consignar nombre, apellido y sexo. Y el certificado médico de nacimiento también incluye el sexo como dato a registrar. Para esta ley, a diferencia de lo que sucede con la ley 17.671, el marcador sexo es un dato relevante y sin que se defina, propicia su regulación. La ley en cuestión lo único que hace es ordenar

³⁵ En especial, consignar el sexo en el documento nacional de identidad.

la inscripción del sexo pero nada dice cómo se consigna y en qué términos se debe pensar el sexo de la población a ser inscripto. No obstante, el criterio dominante proviene de la evaluación médica según la cual el sexo refiere a los elementos anatómicos que en sí mismos contienen la diferencia sexual entre varones y mujeres siguiendo una regla de normalización biomédica. Es decir, hay una autoevidencia en los términos en que se formula la idea de sexo. Si bien este aspecto es problemático porque presupone que hay una naturaleza de los cuerpos sexuados normales y anormales (los que no invocan ese orden médico), da un marco de posibilidad para interpretar de otro modo. Como señala Paula Viturro “En un mundo como el jurídico, tan saturado de legitimaciones cuyo único sustento es la obviedad, muchas preguntas parecen no tener lugar ni sentido: ‘¿qué es una hembra?’ (...) Claro está que la base de dicha presunción legal no es otra que la tranquilizadora anatomía y sus dogmas biologicistas, por la que tradicionalmente expresaron infinita fascinación los hombres de leyes”³⁶.

La ley de identidad modifica la manera de comprender la conformación de las identidades de género al quitarle al marcador sexo —médicamente asignado— valor de inalterable. En efecto, el sexo registral puede modificarse a raíz de la declaración de la persona en función de su afirmación de género. A su vez, la binariedad del sexo siempre fue y es una presunción sustentada en la práctica cotidiana.

Los marcadores sexo o género constituyen categorías políticas porque se fundan mediante relaciones sociales y sirven para fijar la diferencia sexual como criterio de clasificación universal de las personas. En efecto, la idea de sexo solo tiene sentido para dominar a la población en una distribución binariamente impuesta (varones y mujeres) y clasificada médicamente según las representaciones que de la genitalidad los discursos dominantes han instituido. La pertenencia a un sexo determinado fue obra de la medicina y del derecho moderno occidental para darle rigor de coherencia y estabilidad al sujeto-ciudadano.

Este sexo en los documentos oficiales sirvió, en Argentina, para sustentar el matrimonio entre personas de distinto sexo como forma exclusiva para el parentesco y las relaciones de familia. También para distinguir las edades para contraer nupcias. Este sexo, además, fue necesario para establecer distinciones en el ejercicio de los bienes de familia. Incluso para establecer que la mujer no podía estar en juicio por sí o celebrar contrato alguno sin licencia especial del marido. Este sexo fue utilizado para fijar la determinación de la maternidad. Este sexo sirvió para establecer el ingreso al servicio militar obligatorio. Este sexo fue fundamento del sexismo escolar en establecimientos educativos de élite. Este sexo resultó pieza clave para trazar las distinciones entre género y sexo cuando era obligatorio judicializar la *transsexualidad* para lograr cambiar el

³⁶ VITURRO, Paula, “Ficciones de Hembras”, en MARTYNIUK, Claudio - BERGALI, Roberto (comps.), *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Mari*, Buenos Aires, Prometeo, 2003, pp. 269-280.

nombre de los documentos de identidad o acceder a determinadas operaciones de afirmación de género y consolidar el sexo verdadero.

En definitiva, el sexo estaba implicado en las prácticas ideológicas destinadas a sustentar un orden determinado de cuerpos y de acceso a derechos. Orden que se remonta a la dominación colonial e instauración del capitalismo, toda vez que el patrón de poder gestado a partir de la colonización de América precisó profundizar la diferencia binaria y naturalizar los cuerpos sexuados para hacerlos instrumentos de la dominación (hay un sexo —masculino— fuerte y otro —femenino— débil). El sentido político de presentar el sexo como algo natural y binario es afianzar el patrón normativo de la distinción jerárquica y colonizadora.

A seis años de la ley de identidad, no hay correlato entre el sexo atribuido al nacer y el género elegido, porque la diferencia sexual dejó de operar sobre la narrativa ontológica del sexo y pasó a ser tensionada por la elección de cada persona. Tampoco hay una prescripción de las normas del sexo según las cuales el “cambio de sexo” resulta ser indispensable para asignar inteligibilidad al cuerpo. De la misma manera, se desarticularon los prototipos de una sexualidad atribuida a las experiencias trans que anulaba la diversidad política y determinados derechos reproductivos.

La potencia es pensar, en este entramado, al sexo como un dato sensible cuyo tratamiento tiene especial rango de protección a instancia de la persona titular y de las condiciones institucionales³⁷.

La identidad de género como derecho emergente de la intersección entre lo jurídico y lo político ha variado el “marco de inteligibilidad” del Estado en tanto se hacen reconocibles determinadas vidas como humanas, que hasta ese entonces estaban desconsideradas o al menos, puestas en duda. El DIG y su inscripción en la cultura política y legal redistribuye de un modo ético los cuerpos de la ciudadanía, traza nuevos horizontes políticos de acceso a la justicia, impugna clasificaciones y criterios sustentados en lógicas eugenésicas, suscribe el sentir personal del género y se atreve a poner en contingencia los procesos de identificación.

Se asiste hacia otros umbrales del *hacer vivir* en el que deviene potente la pregunta ¿cuál es el sentido de mantener en los documentos oficiales el marcador sexo?

BIBLIOGRAFÍA

BERGALI (comps.), *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo, 2003.

³⁷ En este punto, la Ley de Protección de los Datos Personales, 25.326, es un buen instrumento para sostener el criterio de resguardo en el uso y tratamiento del sexo como dato para la formación de archivos, registro o almacenamiento.

- BUTLER, Judith, *Gender Trouble. Feminism and the subversión of identity*, New York, Routledge, 1990.
- LUGONES, María, “Colonialidad y género”, en *Tabula Rasa*, N° 9, Colombia, julio-diciembre, 2008.
- MILLER, Alice, *Derechos sexuales. Derechos reproductivos. Derechos humanos*, Lima, III Seminario Regional, CLADEM, 2002.
- PÉREZ FERNÁNDEZ-FIGARES, Kim, “Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género”, en Miquel Missé y Gerard Coll-Planas (editores), *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Madrid, Egales, 2010.
- PRECIADO, Beto, *Biopolítica del género*, Buenos Aires, Ediciones Ají de Pollo, 2009.
- VITURRO, Paula, “Ficciones de Hembras”, en MARTYNIUK, Claudio - SANTOS CIFUENTES, Roberto, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

Recepción: 14/7/2018

Aceptación: 14/11/2018

LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA +10 Y LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA. DECONSTRUYENDO BIOLOGÍAS Y DECONSTRUYENDO ROLES. MADRES, PADRES Y PADRES

Por ELEONORA LAMM*

Resumen:

A partir de lo recientemente establecido por los Principios de Yogyakarta +10 el objeto de este trabajo es abordar cómo el derecho a formar una familia a partir del juego de las tecnologías reproductivas y su acceso por toda persona independientemente de su orientación sexual e identidad de género ha provocado una deconstrucción de las biología y de los roles, de modo que hoy es prácticamente imposible seguir hablando de maternidades y paternidades.

Estos términos fueron generados a partir de un binario que ya no existe, no solo en materia de sexo y género sino también de relaciones, por lo que se presentan hoy caducos en tanto resulta forzado definir a quien se presenta como criando a un niño* como madre o padre, en tanto se han derrumbado las categorías que permitían ubicarl*s en uno u otro.*

Se procura demostrar cómo si para nuestra legislación el “rol” que en definitiva se asume es una cuestión de identidad, si no importa el sexo, ni el aporte biológico o genético en la definición del rol, entonces ¿importa ya ese rol? ¿Qué lo define? Se trata obviamente y hoy más que nunca de construcciones políticas fundadas en bases culturales que deben deconstruirse. Para ello es fundamental la supresión del sexo como categoría jurídica.

Palabras clave:

Autonomía reproductiva, identidad de género, tecnologías reproductivas.

* Doctora en Derecho de la Universidad de Barcelona, con línea de investigación en Bioética, Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza (Mendoza, Argentina) E-mail: elelamm@gmail.com. Agradezco enormemente los valiosos aportes y las constantes enseñanzas de Mauro Cabral. Ni este comentario, ni los Principios de Yogyakarta que motivan este trabajo, serían posibles sin sus contribuciones. También agradezco profundamente los profundos y acertados comentarios de Moira Pérez, Blas Radi y María Luisa Peralta que motivaron importantes cambios en el texto.

THE YOGYAKARTA PRINCIPLES +10 AND REPRODUCTIVE AUTONOMY. DECONSTRUCTING BIOLOGIES AND DECONSTRUCTING ROLES. MOTHERS, FATHERS AND PARENTS

Abstract:

Based on what was recently established by the Yogyakarta Principles +10, the aim of this paper is to address how the right to create a family—in light of reproductive technologies and access to them regardless of sexual orientation and gender identity—has led to the deconstruction of biology and roles, such that it is nowadays practically impossible to continue talking about maternity and paternity.

These terms come from a binary that no longer exists, not only in terms of sex and gender but also in terms of relationships, which is why they appear obsolete today. To define the person who is raising a child as mother or a father is a forced operation, since the categories enabled such a determination have collapsed.

This work seeks to demonstrate that if our legislation considers the “role” that is ultimately assumed as an identity issue, where neither sex, nor biological or genetic contributions matter to define such role, then it is possible to question whether that role actually matters. What defines those roles? Now more than ever, they are obviously political constructions based on cultural foundations that must be deconstructed. To that end, it is fundamental to suppress sex as a legal category.

Keywords:

Reproductive autonomy, gender identity, reproductive technologies.

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre el derecho a formar una familia. En este trabajo, procuro abordar este derecho desde otro lugar, no ya en lo que respecta a su acceso, sino específicamente cómo este acceso a partir del juego de las tecnologías reproductivas y por toda persona independientemente de su orientación sexual e identidad de género, ha provocado una deconstrucción de las biologías y de los roles, de modo que hoy es prácticamente imposible seguir hablando de maternidades y paternidades.

Estos términos fueron generados a partir de un binario que ya no existe, no solo en materia de sexo y género¹ sino también de relaciones, por lo que se

¹ Siguiendo esta línea, la reciente Opinión Consultiva N° 24 de la Corte IDH sobre Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (Opinión Consultiva N° 24 de la Corte IDH. Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo) separa a la genitalidad de la decisión libre y autónoma que guía la construcción de la identidad de género que realiza cada persona, en el sentido de que la genitalidad no tiene por qué ser necesariamente destino de un género determinado. Al respecto, el párrafo 95 expone que

presentan hoy caducos en tanto resulta forzado definir a quien se presenta como criando a un* niñ* como madre o padre, en tanto se han derrumbado las categorías que permitían ubicar l*s en uno u otro.

Me explico: no hay dos géneros² que se corresponden con dos sexos. Esta ruptura de la concepción binaria del género también se presenta respecto del sexo, en tanto también es necesario deconstruir las categorías sociales y políticas que lo binarizan, o simplemente entender que la distinción se funda en ellas. Ya no se puede afirmar que hay dos sexos, sino una multiplicidad de características sexuales que son compulsivamente encasilladas en dos categorías sexuales³. Pero, además, de los supuestos sexos no se desprenden los géneros, sino que el género es independiente del sexo; tanto el sexo como el género son cristalizaciones de ciertas prácticas sociales, modos de interpretar, clasificar y disciplinar a los cuerpos. De esta manera, hay tantos géneros como identidades y, por ende, tantas identidades de género como personas.

Pero, además, este binario tampoco existe en materia de relaciones en tanto ya no solo hay dos madres, dos padres, o una madre y un padre. Hoy, jurídicamente, es viable que existan más de 3 vínculos jurídicos⁴. ¿Cómo les

“el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada”. Esclareciendo estos conceptos, los Principios de Yogyakarta, en su primer documento del año 2006, actualizados en 2017 (Yogyakarta Principles plus 10) entienden que la identidad de género “...se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. <http://www.yogyakartaprinciples.org>.

² En términos de Judith Butler, podría decirse que “un discurso restrictivo de género que insista en el binario del hombre y la mujer como la forma exclusiva para entender el campo del género performa una operación reguladora de poder que naturaliza el caso hegemónico y reduce la posibilidad de pensar en su alteración”. BUTLER, Judith, *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 70-71.

³ Los Principios de Yogyakarta Plus 10 definen las características sexuales como las características físicas de cada persona en relación con el sexo, incluidos los genitales y otras anatomías sexuales y reproductivas, cromosomas, hormonas y características físicas secundarias que emergen de la pubertad.

⁴ Véase, LAMM, Eleonora, “Familias multiparentales. Su ‘blanqueo’ legal como solución que mejor satisface los intereses en juego”, *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, N° 11, 2016. Disponible en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/05/lamm.pdf>, fecha de consulta: 26/4/2018; HERRERA, Marisa - FERNÁNDEZ, Silvia, “Uno más uno: tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad”, RDF 85, 2018; DE LA TORRE, Natalia - SILVA, Sabrina A., “Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología”, RDF 2017-VI. Cita online: AP/DOC/1018/2017; DE LA TORRE, Natalia, “La triple filiación desde la perspectiva civil”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2016-I, Derecho de Familia-I: “Relaciones entre padres e hijos”, Rubinzal-

denominamos? ¿Es esa tercera persona, si es que existe alguien que se presente como plus, un padre o una madre? ¿Sobre qué base?

A los efectos de avanzar en el análisis comenzaré por el abordaje de lo que hoy dice nuestra Ley de Identidad de Género (LIDG) y los Principios de Yogyakarta (PY).

1. EL DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA EN LA LEY 26.743 DE IDENTIDAD DE GÉNERO Y EN LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

La ley argentina 26.743 permite, por un lado, efectuar la “Rectificación registral del (a) del sexo, y (b) cambio de nombre de pila e imagen”. Por el otro, la ley permite acceder a: (a) intervenciones quirúrgicas totales y parciales y (b) tratamientos integrales hormonales para modificar su cuerpo. Esta norma es norma reforzada, aunque aún hoy no es efectivamente garantizada en su totalidad sin trabas, por el decreto 903-2015⁵.

Para acceder a ambos derechos solo se exige el consentimiento de la persona.

Ahora bien, como se puede observar, la ley garantiza dos derechos independientes y, obviamente, sin sujetar uno a otro: ni para acceder a la modificación registral se debe previamente acceder a la modificación corporal ni viceversa (hay personas que quieren modificar su cuerpo pero no su DNI y viceversa).

Esto es así, no solo porque exigir lo contrario viola derechos humanos⁶, como sucedía sistemáticamente en Argentina antes de la sanción de la

Culzoni, 2016, pp. 117-144; DE LA TORRE, Natalia, “Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?”, RDF 2015-VI-217. Cita online: AP/DOC/1075/2015; DE LORENZI, Mariana, “La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad”, RDF 2017-79-227. Cita online: AP/DOC/251/2017; GIMÉNEZ, Ana, “La desbiologización de la parentalidad: filiación socioafectiva y la posibilidad de la multiparentalidad por el Tribunal Federal brasileño”, DFyP 2017 (octubre), cita online: AR/DOC/2365/2017; HERRERA, Marisa, “Socioafectividad e infancia. ¿De lo clásico a lo extravagante?”, en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Abeledo Perrot, CABA, 2015, t. I, pp. 971-1012; HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo”, RDF, pp. 66-75. Cita online: AP/DOC/1066/2014; LAMM, Eleonora - RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, “Familias multiparentales”, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia: actualización doctrinal y jurisprudencial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, t. V-A, pp. 808-820; PERALTA, María Luisa, “Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad”, Thomson Reuters cita online: AP/DOC/57/2015; y SILVA, Sabrina Anabel, “La triple filiación instalada en el escenario jurídico. Sobre cómo interpretar sus efectos jurídicos en el campo de la responsabilidad parental”, en *Letra, Derecho Civil y Comercial*, año I, nro. 2, 2016, pp. 108-135.

⁵ Reglamentación del artículo 11 de la ley 26.743. Disponible en www.saij.gob.ar/...reglamentacion-articulo-11-ley.../123456789-0abc-309-0000-510. Fecha de consulta: 26/4/2018.

⁶ En particular, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sostuvo que el proceso para el reconocimiento legal de género debe: a) basarse en la autodeterminación;

ley 26.743, sino también porque la ley va más allá y procura garantizar todos los derechos humanos de las personas trans, incluido el derecho a formar una familia; derecho que se ha visto tremendamente vulnerado y postergado por quienes aún hoy pelean para subsistir.

Este derecho a formar una familia puede ser realizado, en primer lugar, a través de la adopción. En Argentina uno de los primeros precedentes⁷ tuvo lugar en Córdoba⁸. Se otorgó la adopción plena de dos niños de 11 y 9 años a una mujer trans. Los niños están con ella desde 2006 (uno 1 año y el otro 3) habiéndole sido conferida la guarda definitiva desde 2009⁹.

En segundo lugar, se puede acceder al derecho a formar una familia por procreación “natural”. Este es el caso de Karen y Alexis que se casaron el 29 de noviembre de 2013. Ambos cambiaron su DNI conforme la LIDG, pero ninguno se sometió a operación. Así fue como Alexis dio a luz a Génesis Angelina. O el caso de Diane Rodríguez y Fernando Machado en Ecuador¹⁰ o más recientemente el caso de Trystan Reese y Biff Chaplow¹¹.

En tercer lugar, este derecho a formar una familia se puede acceder a través de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Este es el caso, por ejemplo, de Thomas Beatie quien se inseminó con semen de donante anónimo para tener a cada uno de sus 3 hijos, por él ser un varón trans casado con una

b) permitir el reconocimiento de identidades no binarias; c) ser un proceso administrativo simple; d) otorgar a los niños acceso al reconocimiento de su identidad de género; y; e) no requerir que los solicitantes presenten certificación médica, se sometan a cirugía o se divorcien. United Nations, OHCHR, “Living Free and Equal: what States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people” (HR/PUB/16/3), 2016, p. 95. Véase también Report of the High Commissioner for Human Rights on sexual orientation and gender identity (A/HRC/19/41), para. 84(h).

⁷ Véase también la historia de MUÑOZ, Mariela, https://elpais.com/cultura/2017/11/09/actualidad/1510246197_012938.html. Fecha de consulta: 26/4/2018.

⁸ Expte. N° 499744, “Ochoa, María Belén - Adopción plena”, Juzgado 1° Inst. CC Fam. 2A-SEC.3 - Río Cuarto. 18/12/2014.

⁹ Entre los fundamentos de la sentencia se dice: “Bajo el paradigma de la ‘protección integral de los niños’ que se concreta mediante la promoción del ‘interés superior del niño’, como principio rector guía de todas las medidas relativas a los menores, estimo, en coincidencia con los argumentos brindados por el representante del Ministerio Público a fs. 517 que María Belén ha manifestado en hechos su vocación irrefutable de ser madre, otorgándoles a los niños la contención necesaria para que crezcan en el marco de una familia, que se ha convertido en el lugar óptimo y natural para su desarrollo psicosocial y emocional, cumplimentando con la función de educación, vigilancia, corrección, garantizándoles el conocimiento de su propia identidad, el respeto y fortalecimiento de su autoestima, su crecimiento e inserción laboral. Los informes técnicos corroboran todos aquellos aspectos” (...) “Como corolario de ello, los varios e ilustrativos testimonios rendidos, acreditaron las cualidades personales de la actora, su generosidad, el amor profundo que siente por los niños, el compromiso asumido ante situaciones difíciles, y meritadas las circunstancias alegadas, están más que probadas y en virtud de la acabada prueba rendida en autos, estimo procedente la constitución del vínculo filiatorio por adopción plena, como también la solicitud de que los niños lleven el apellido Ochoa (art. 326, segundo párrafo, C.C.)”.

¹⁰ <http://www.bbc.com/mundo/noticias-37454205>.

¹¹ <https://www.facebook.com/biffandi/>.

mujer cis que había padecido una histerectomía. Beatie sostuvo: “querer tener hij*s biológic*s no es un deseo femenino o masculino, es un deseo humano”¹².

De allí la importancia de que las leyes de TRHA¹³ comprendan estas opciones¹⁴ y la cobertura por parte del sistema de salud de la crioconservación de gametos o tejidos de aquellas personas que accedan a las intervenciones quirúrgicas y hormonales comprendidas en el art 11 de la ley 26.743¹⁵.

Así lo prevén los Principios de Yogyakarta¹⁶ que sostienen que “Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”. Y manifiestan que los Estados deben:

A. Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; (...)

C. Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o

¹² También Matt Rice y Patrick Califa tuvieron a su hijo en 1999 acudiendo a estas técnicas.

¹³ La ley 26.862, sancionada el 5/6/2013 tiene por objeto “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Esta ley fue reglamentada por el dec. 956 del 19/7/2013. El elemento que caracteriza a esta normativa es su amplitud, al permitir el acceso a la cobertura médica de tales prácticas a toda persona mayor de edad que necesita apelar al desarrollo de la ciencia médica para poder acceder a la maternidad/paternidad y así ver satisfecho el derecho a formar una familia. Se reafirma que el derecho a la salud física no es el principal, o el único, derecho humano involucrado. Así, se permite acceder a las TRHA a toda persona, cualquiera sea su estado civil, orientación sexual o IDG, contemplando también la infertilidad social.

Por su parte, el art. 2º del decreto alude al “sistema reproductor femenino” no se utiliza el término “mujer”, en consonancia con la ley 26.743.

¹⁴ En Argentina el CCyC en su art. 562.— Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y art. 561.— El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

¹⁵ El art. 8º de la ley 26.862 afirma que la cobertura también comprende todos los “servicios de guarda” tanto de gametos como de tejidos reproductivos, incluso de personas menores de 18 años, que sin la intención inmediata de llevar adelante o lograr un embarazo, por problemas de salud o intervenciones médicas, desea cripreservar su material genético.

¹⁶ En similar sentido el Comité de Ministros del consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec (2010)5 sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género sostuvo: “Teniendo en cuenta que el interés superior del niño debería ser la principal consideración en las decisiones relativas a la responsabilidad parental respecto de un niño, o a la tutela de un niño, los Estados miembros deberían velar por que dichas decisiones se adopten sin discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género”.

decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior.

Y más recientemente, en los Principios de Yogyakarta + 10 se agregó al derecho a formar una familia la obligación estatal de: Permitir el acceso a métodos para preservar la fertilidad, como la preservación de gametos y tejidos para cualquier persona sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, incluso antes del tratamiento hormonal o cirugías.

Ahora bien, conforme nuestra LIDG y los PY, puede acceder al cambio registral toda persona, cualquiera sea su estado civil o edad, sin ninguna limitación.

Si está casada, se procederá entonces a rectificar también el acta de matrimonio, de modo que refleje la identidad de la persona. Así, también deben rectificarse las partidas de nacimiento de l*s hij*s de aquellas personas que hubieran cambiado su identidad de género con posterioridad a su inscripción.

En el ámbito de Buenos Aires se sancionó la resolución 1094-2016 del 5/5/2016 que en su art. 1º prevé: “establecer que en los casos contemplados por la ley 26743 en los que el solicitante hubiere inscripto el nacimiento de sus hijos, contraído matrimonio o inscripto uniones convivenciales en forma previa al cambio de identidad de género, se deberá inmovilizar el acta original y reinscribir el hecho o acto vital adecuado a la nueva identidad autopercibida del requirente”.

Norma que debería ser imitada en todo registro civil de Argentina, conforme, además, lo previsto en los Principios de Yogyakarta +10 que prevén como obligación adicional del derecho a formar una familia el deber del estado de: “Emitir certificados de nacimiento para niñ*s que reflejen la identidad de género de l*s *adres”.

2. EL ACCESO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA Y EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

A lo dicho en el apartado anterior, en tanto toda persona puede acceder al derecho a formar una familia y a la reproducción en el “rol” autodefinido y autopercibido debe sumarse el otro gran avance de los PY que es garantizar el acceso de toda persona a las tecnologías reproductivas.

La suma de estos dos factores provoca una ruptura del binario en las 3 fases descriptas en la introducción (sexo, género y relaciones o roles) que con-

lleva a la necesidad de cuestionarnos, como se adelantara, el sostenimiento de “maternidades” y “paternidades”.

Como aclaración previa debo decir que no comparto la división o la categorización entre personas cis y trans¹⁷. La existencia de categorías genera divisiones y discriminaciones¹⁸, de allí que promuevo eliminarlas partiendo de la supresión del sexo. Entiendo, ya profundizando en el eje de este trabajo, que si no asignáramos arbitrariamente un sexo a las personas al nacer no hablaríamos más de persona cis y personas trans.

No obstante, lamentablemente esta asignación arbitraria subsiste por lo que entiendo aun necesaria esta visibilización, en especial para advertir los privilegios de un*s y las violaciones de derechos de otr*s. Mientras en este mundo binario seguir la norma cis privilegia, apartarse “perjudica” o tiene efectos perjudiciales. Por esto es que la idea de este trabajo es mostrar también cómo toda categoría se derrumba en pos de una verdadera igualdad.

Ahora bien, más allá de la necesidad de advertir los privilegios cis, utilizo estas categorías y consecuente terminologías para facilitar la explicación en cuanto al aporte biológico o genético.

Me explico.

El ejemplo más simple es el de una pareja cis y heterosexual, una mujer y un varón, que por no poder algun* de ell*s aportar su material genético necesitan recurrir a donantes. Con este paso, ya se está comenzando a cuestionar la biología, en tanto hay madre o padre que ya no es genétic*.

Avanzando un poco se puede encontrar una pareja de dos mujeres cis, que requieren acudir una donación de semen, en cuyo vínculo legal habrá dos madres y ningún padre. La genética de esta persona donante es irrelevante legalmente, mientras que la falta de genética de aquella mujer cis que no aporta sus óvulos también lo es.

Siguiendo con el análisis de situaciones, podemos encontrar el caso de dos varones cis, que para acceder al derecho a formar una familia deben acudir a una persona que aporte sus óvulos y otra que actúe como gestante, quien, no obstante parir, no es madre¹⁹. Aquí por más aporte biológico que haga esta persona

¹⁷ En sus comentarios a este trabajo, Blas Radi sostiene: “el término ‘cis’ no produce una división sino que pone una marca ahí donde no la había, en un escenario donde la división ya estaba funcionando de todos modos. Toda determinación es negación, determinarse es negarse y ‘trans’ es un término que establece esa determinación, ese recorte de un todo respecto del cual marca la diferencia. ‘Trans’ supone ‘no trans’; trans y el resto del mundo que no es trans, ahí tenemos la división operando, no es creada ni reforzada por el término ‘cis’. Lo que sí hace el término ‘cis’ es darle un nombre a ese todo y, sobre todo, evitar que ese todo sea equiparado a ‘lo normal’”.

¹⁸ ¿Sobre la base de qué pauta se establece una categoría? Toda división es política y la creación de la categoría es siempre la pauta que genera la discriminación.

¹⁹ Para profundizar en materia de gestación por sustitución véase de mi autoría: “Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución”, *Gac Sanit*, vol. 31, nro. 6, 2017, pp. 539-40; *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013; “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”. *Ars Iuris Salman-*

que gesta, no tendrá vínculo jurídico, así como tampoco lo tendrá quien dona. Ninguna de las dos será madre. Aquí habrá dos padres y alguno de ellos lo será sin aportar material genético.

La cosa se complejiza cuando seguimos avanzando. Por ejemplo, ante el supuesto de una mujer trans en pareja con una mujer cis. La mujer cis da a luz, quedando embarazada con el esperma de la mujer trans, quien también es madre, aunque aporte semen.

En similar sentido, podemos encontrar el caso de un varón trans en pareja con un varón cis. El varón trans da a luz quedando embarazado con el semen aportado por el varón cis. Ambos son padres, aunque uno de ellos aporte óvulos y dé a luz.

Avanzando un poco más, podemos encontrar el supuesto de una mujer trans en pareja con un varón cis. Deben recurrir a una persona que geste y a otra que aporte óvulos. En este supuesto tanto quien aparece como madre como quien es padre pueden aportar semen.

En similar sentido, en una pareja conformada por una mujer trans y un varón trans. Hay una madre que aporta semen, un padre que aporta óvulos y da a luz. ¿Estamos ante una inversión de roles? Nada más alejado. Como se advierte, estos roles no tienen una relación unívoca con cierta biología y, por ende, se derrumban.

Semejantes preguntas genera una pareja conformada por un varón trans y una mujer cis. Amb*s pueden gestar y aportar óvulos. Por lo que puede que el padre geste y dé a luz con óvulos de la madre.

ticensis *Tribuna de Actualidad*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 43-50, e ISSN: 2340-5155; “Gestación por sustitución en España y el mundo. Una realidad que exige legalidad”, en *Revista de Responsabilidad Médica*, setiembre 2015; “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, N° 1 (2016); “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en InDret., *Revista para el Análisis del Derecho* vol. 3, 2012, pp. 1-49; en coautoría con RUBAJA, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Rev Bio y Der.*, 37, 2016; en coautoría con KEMELMAJER de CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - DE LA TORRE, N., “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso ‘Paradiso y ‘Campanelli c. Italia’”, LA LEY del 13/3/2017, p. 6. AR/DOC/610/2017; en coautoría con KEMELMAJER de CARLUCCI, A. - HERRERA, “Regulación de la gestación por sustitución”, LA LEY 2012-E-960, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, LA LEY 2013-D-195; BEAUMONT, P. - TRIMMINGS, K., “Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?” (2017), en: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf, fecha de consulta: 20/4/2018; FARNÓS AMORÓS, E., “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain. *International Family Law*, 1, 2013, pp. 68-72; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano”, DFyP 2015 —diciembre—, p. 237; y del mismo autor “Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiología”, RDF V, 2015, p. 133; GOLOMBOK, S. - BLAKE, L. - CASEY, P. - *et al.*, “Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment”, *J Child Psychol Psychiatry*, 54, 2013, pp. 653-60, entre muchos otros.

A todos estos casos se suman los de más de una persona ejerciendo estos roles. Como se puede presentar en todos estos casos si quien gesta no es solo gestante. O si quien aporta semen u óvulos no es solo donante... o si simplemente alguien más desea cumplir un rol de cuidado con consecuencias jurídicas y así lo manifiesta aunque no aporte biología ni genética.

Si a esto, además, le sumamos otros avances como la donación ADN mitocondrial, que incluso hoy podría, como técnica, requerirse por dos mujeres cis cuando ambas quieren aportar sus genes (aunque de quien aporta la mitocondria sea infimo)²⁰, o los progresos en materia de gametos artificiales²¹, entonces no siempre detrás del nacimiento de una persona hay semen y óvulos. Dicho de otra manera, no siempre hay técnicamente unión de un óvulo con un espermatozoide.

En similar sentido, recientemente se dio a conocer una noticia según la cual una mujer trans ha podido amamantar²². ¿Este avance implica potenciar los estereotipos de género o desbiologizarlos? Se trata de un claro supuesto en el que la unión de ciencia e identidad facilita que toda persona pueda vivenciar las experiencias personales del cuerpo y acceder a los mismos derechos, incluidos l*s niñ*s que nacen de esas personas. Acaso, ¿amamantar es cosa de mujeres? Lo cierto es que la misma técnica podría perfectamente ser usada para que hoy cualquier varón cis también amamante si lo desea.

En definitiva, si para nuestra legislación el “rol” que, en definitiva, se asume es una cuestión de identidad, si no importa el sexo, ni el aporte biológico o genético en la definición del rol, entonces ¿importa ya ese rol? ¿Qué lo define? Se trata obviamente y hoy más que nunca de construcciones políticas fundadas en bases culturales. O, entonces, ¿por qué subsiste si ya no tiene sustento? ¿Será que solo culturalmente subsiste? Afortunadamente toda construcción cultural es posible deconstruirla, mucho más si, además, se han caído los cimientos que “naturalmente” la sostenían.

Algún feminismo podrá criticar estas afirmaciones sobre la base de que esta equiparación invisibiliza la lucha feminista. No obstante, entiendo indispensable avanzar para por fin lograr una verdadera igualdad, en todos los sentidos y respecto de todas las personas.

²⁰ <https://www.bioedge.org/bioethics/should-lesbian-couples-have-access-to-mitochondrial-replacement-therapy/12619>.

²¹ HENDRIKS, S. - DANCET, E. A. - VAN PELT, A. M. - HAMER, G. - REPPING, S., “Artificial gametes: a systematic review of biological progress towards clinical application”, *Hum Reprod Update*, may.-jun., 21(3), 2015, pp. 285-96. doi: 10.1093/humupd/dmv001. Epub 2015 Jan 2; SMAJDOR, Anna - CUTAS, Daniela, “Artificial Gametes”, *Nuffield Council on Bioethics*, december, 2015, <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Background-paper-2016-Artificial-gametes.pdf>; fecha de consulta: 26/4/2018; MORENO I, MÍGUEZ - FORJAN, J. M. - SIMÓN, C., “Artificial gametes from stem cells”, *Clinical and Experimental Reproductive Medicine*, 42(2), 2015, pp. 33-44. doi:10.5653/cerm.2015.42.2.33.

²² https://elpais.com/elpais/2018/02/14/mamas_papas/1518609621_040681.html.

Esto, además, es una construcción feminista, que se traduce en la tan reclamada desbiologización de destinos, que facilita una deconstrucción de roles y de los binarios en los que las mujeres siempre resultaron desfavorecidas. Se trataría de una verdadera democratización y consagración de autonomías reales.

No desconozco la reciente y ya citada OC 24 de la Corte IDH sobre Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. No ignoro, entonces, que se reclama el reconocimiento de estos derechos sobre la base de que necesitamos avanzar mucho para superar las desigualdades. Mi pregunta es si necesitamos todos estos reconocimientos legales o simplemente debemos no distinguir nada sobre la base de que tod*s tenemos los mismos derechos. Regla básica de la DDUUDDHH y de todos los tratados internacionales.

3. LA SUPRESIÓN DEL SEXO PARA DECONSTRUIR ROLES²³

Entiendo que el punto de partida para deconstruir estas construcciones jurídicas es suprimir el sexo como categoría jurídica. Sin sexo legal se avanzaría mucho en la desbinarización de los lazos y los roles.

Esto no es resultado exclusivo de un supuesto “desorden clasificatorio que crean las personas LGTB”; la desbiologización, tal vez más patente en esos supuestos, es, como dije, también consecuencia de un avance científico y está presente en todo tipo de relaciones como, por ejemplo, en el primer supuesto planteado en los ejemplos, o en cualquier vínculo socioafectivo que, sin ciencia de por medio, da origen a un vínculo legal por entender que esto prevalece por sobre “la sangre”.

Corresponde cuestionarnos sobre la base de qué criterio asignamos un sexo a la persona que nace. El sexo no está determinado sino sobre la base de categorías y las categorías son construcciones sociales, por ende, también netamente políticas. Si no, entonces, ¿qué definimos o consideramos en un cuerpo para “clasificarlo” como femenino o masculino? ¿Qué parte del cuerpo seleccionamos a los efectos de dividir los cuerpos en masculinos y femeninos? ¿Quién decide esta elección? Pero, además, el sexo no es estático, no es invariable en el tiempo.

Estas categorías sexuales son las que, además, promueven las operaciones “normalizadoras” de las personas intersex, que nacen con un cuerpo que varía respecto de los “promedios” corporales femenino y masculino²⁴. Son precisa-

²³ Para ampliar este tema véase, LAMM, Eleonora, “Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 8, feb. 2018, España y LAMM, Eleonora, “Autonomía, cuerpo e identidades. ¿Incorporar un tercer sexo o eliminarlos todos?”, en *Revista de Derecho de Familia*, en prensa.

²⁴ Es necesario destacar, como sostiene Cabral, que “La intersexualidad no es una enfermedad, sino una condición de no conformidad física con criterios culturalmente definidos de normalidad corporal, criterios que establecen un mínimo posible para el largo de un pene culturalmente admisible, la máxima extensión de un clítoris culturalmente aceptable. Porque dejando de

mente esas categorías sexuales las que demarcan lo “intersex”, de modo que si no existieran esos criterios de normalización no tendría sentido demarcar a quienes quedan por fuera de ellos.

Precisamente, por apartarse de este “promedio” arbitrario algunas legislaciones y sentencias recomiendan su inscripción en un “tercer sexo” o tercer casillero²⁵. Nada más desacertado. Permitir que se inscriba como un “tercer sexo” solo a las personas intersex no facilita ni favorece la libre determinación. ¿Qué elección se está haciendo? Tampoco ampara la pluralidad ni la amplitud ni la diversidad. Sí favorece el modelo biomédico, expone la intimidad de las personas intersex, potencia las operaciones “normalizadoras” y discrimina a quienes se apartan de este “promedio de normalidad”. Es un retroceso en la ruptura biología - identidad y viola la identidad de las personas intersex²⁶. Así lo reconocen los PY + 10 y la Declaración de Costa Rica de marzo de 2018²⁷.

Mientras subsista la categoría sexo, cuando un* niño* nace, sea intersex o endosex o, mejor dicho, cualquiera sean sus características sexuales que nada tienen que ver con la futura identidad, se lo inscribe como F o M. Ahora bien, sobre la base de características sexuales arbitrarias, l*s progenitor*s inscriben a la persona que nace con un sexo que en definitiva es irrelevante en materia de identidad. De allí la necesidad de eliminar el sexo como categoría jurídica.

Pero, además, esta desbiologización es en nuestro país marco legal. En Argentina debe suprimirse el sexo como categoría jurídica porque exigirlo hoy, con una ley 26.743 que se desprende del biologicismo, es una incoherencia legal.

A nuestro marco legal no le interesan los cuerpos, la biología, sino la identidad. Requerir un dato que solo refleja la biología de una persona, que es, además, estático en tanto implica estampar lo advertido en un momento que no necesariamente se mantiene ni luego es el género, es por lo menos discordante e incoherente.

Así lo establecen los Principios de Yogyakarta en el principio adicional 31 sobre reconocimiento legal que prevé: “Toda persona tiene derecho a un reconocimiento legal sin referencia o sin que requiera la asignación o divulgación

lado aquellos componentes específicos que pueden tener consecuencias comprobables en el bienestar físico de las personas intersex, el abordaje contemporáneo de la intersexualidad, la identificación y eliminación de la ambigüedad y de la diferencia están basados en supuestos que carecen de una base médica real. Se trata más bien de juicios valorativos acerca de lo que son y deben ser las mujeres, los hombres, y su sexualidad”. CABRAL, M.: “Pensar la intersexualidad, hoy”. En: <https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/pensar-la-intersexualidad-hoy.pdf>, fecha de consulta: 25/4/2018.

²⁵ Véase lo resuelto el 10/10/2017 por el Tribunal constitucional de Alemania (TC), en la sentencia 1 BvR 2019/16.

²⁶ CABRAL, Mauro, “Derecho a la igualdad: Tercera posición en materia de género. Corte Suprema, Australia, NSW Registrar of Births, “Deaths and Marriages v. Norrie”, 2/4/2014, en *Revista Derechos Humanos*, año III, N° 8, Ediciones Infojus, diciembre de 2014, p. 199.

²⁷ Declaración de San José de Costa Rica. Elaborada por personas Intersex y con variaciones congénitas de las características sexuales, reunidas entre el 1° y el 3 de marzo del 2018, en San José de Costa Rica en la primera Conferencia Regional Latinoamericana de Personas Intersex.

de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene derecho a obtener documentos de identidad, incluidos certificados de nacimiento, independientemente de su orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene derecho a cambiar la información de género en dichos documentos, mientras la información sobre el género esté incluida en ellos.

Los estados deberán:

a. Asegurar que los documentos de identidad oficiales solo incluyan información personal relevante, razonable y necesaria según lo requiera la ley para un propósito legítimo, y así terminar con el registro del sexo y género de la persona en documentos de identidad como certificados de nacimiento, tarjetas, pasaportes y licencias de conducir, y como parte de su personalidad jurídica;

b. Asegurar el acceso a un mecanismo rápido, transparente y accesible para cambiar los nombres, incluidos los nombres neutros de género, basado en la autodeterminación de la persona;

c. Mientras el sexo o el género continúe siendo registrado:

i. Asegurar un mecanismo rápido, transparente y accesible que reconozca y afirme legalmente la identidad de género autodefinida de cada persona;

ii. Poner a disposición una multiplicidad de marcadores como opciones de género;

iii. Asegurar que ningún criterio de elegibilidad como intervenciones médicas o psicológicas, diagnóstico psicomédico, edad mínima o máxima, estado económico, salud, estado civil o parental, o cualquier opinión de un tercero, sea requisito previo para cambiar el nombre, el sexo legal o el género;

iv. Asegurar que los antecedentes penales de una persona, su estado migratorio u otro estado no se utilicen para evitar un cambio de nombre, sexo legal o género.

Avancemos, entonces, hacia un mundo sin sexo legal, que promueva y conlleve la existencia de tantos géneros como personas y con ello la eliminación de los roles culturalmente construidos sobre esas bases. Las condiciones ya existen. Lo que quedan son solo falacias e hipocresías para querer seguir cuadrando y encajando las cosas en realidades que desbordan las categorías que arbitrariamente las establecen.

BIBLIOGRAFÍA

BEAUMONT, P. - TRIMMINGS, K., “Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?”, 2017 En: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf, fecha de consulta: 20/4/2018.

- BUTLER, J., *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 70-71.
- CABRAL, Mauro, “Derecho a la igualdad: Tercera posición en materia de género. Corte Suprema de Australia, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie, 2 de abril de 2014”, en *Revista Derechos Humanos*. Año III, Nº 8, Ediciones Infojus, diciembre de 2014, p. 199.
- CABRAL, Mauro, “Pensar la intersexualidad, hoy”. En: <https://programadds-srr.files.wordpress.com/2013/05/pensar-la-intersexualidad-hoy.pdf>, fecha de consulta: 25/4/2018.
- COOK, Michael, “Should lesbian couples have access to mitochondrial replacement therapy?”, <https://www.bioedge.org/bioethics/should-lesbian-couples-have-access-to-mitochondrial-replacement-therapy/12619> (fecha de consulta 4/3/2018).
- CORTE IDH, Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
- DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, Elaborada por personas Intersex y con variaciones congénitas de las características sexuales, reunidas entre el 1º y el 3 de marzo del 2018, en San José de Costa Rica en la primera Conferencia Regional Latinoamericana de Personas Intersex.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”, *International Family Law* 1, 2013, pp. 68-72.
- GARCÍA, Carolina, “Una transexual de 30 años logra dar de mamar a su bebé durante seis semanas”, *Diario El País*, Madrid, 16/2/2018. https://elpais.com/elpais/2018/02/14/mamas_papas/1518609621_040681.html; fecha de consulta: 20/4/2018.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Gestación por Sustitución como derecho fundamental y derecho humano”, en *DFyP*, 2015 —diciembre—, p. 237.
- “Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicialidad”, *RDF*, 2015, V, p. 133.
- GOLOMBOK, S. - BLAKE, L. - CASEY, P. *et al.*, “Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment”, *J Child Psychol Psychiatry*, 54, 2013, pp. 653-60.
- HENDRIKS, S. - DANCET, E. A. - VAN PELT, A. M. - HAMER, G. - REPPING, S., “Artificial gametes: a systematic review of biological progress towards clinical application”, *Hum Reprod Update*, 21(3), may.-jun. 2015, pp. 285-96. doi: 10.1093/humupd/dmv001 (Epub 2015 Jan 21).
- LAMM, Eleonora, “Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 8, feb. 2018.
- “Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución”, *Gac. Sanit.*, vol. 31, Nº 6, 2017, pp. 539-40.
- “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013.
- “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*

- sis, Tribuna de Actualidad*, vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, diciembre 2014, pp. 43-50.
- “Gestación por sustitución en España y el mundo. Una realidad que exige legalidad”, en *Revista de Responsabilidad Médica*, setiembre 2015.
- “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, Nº 1, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 2016.
- “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* vol. 3, 2012, pp. 1-49.
- LAMM, Eleonora - RUBAJA, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Rev Bio y Der.* 2016 p. 37.
- LAMM, Eleonora - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, N., “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”, LA LEY del 13/3/2017, p. 6. AR/DOC/610/2017.
- “Regulación de la gestación por sustitución”, LA LEY 2012-E-960.
- “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, LA LEY 2013-D-195.
- MORENO, I. - MÍGUEZ-FORJAN, J. M. - SIMÓN, C., “Artificial gametes from stem cells”, *Clinical and Experimental Reproductive Medicine*, 42(2), 2015, pp. 33-44. doi:10.5653/cerm.2015.42.2.33.
- SMAJDOR, Anna - CUTAS, Daniela, *Artificial Gametes*. Nuffield Council on Bioethics, december, 2015. <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Background-paper-2016-Artificial-gametes.pdf>; fecha de consulta: 26/4/2018.

Recepción: 28/4/2018

Aceptación: 14/6/2018

DERECHO A DECIDIR: EL DERECHO A TENER SEXO DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL

Por IÑAKI REGUEIRO DE GIACOMI^{1*}

“...la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria...”

IV Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU, Beijing 1995

Resumen:

Las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial, en tanto víctimas de discriminación y estigma, se encuentran privadas del ejercicio de su autonomía en distintos planos, incluyendo el sexual y la interrupción del embarazo. Esto es un ejemplo de deficiencias en el entrecruzamiento real entre las agendas de género y de discapacidad. Los obstáculos al libre ejercicio de la sexualidad implican vulneraciones al derecho a la capacidad jurídica, a la autonomía y a la vida independiente, a los derechos sexuales y al acceso a la anticoncepción. En particular, se hace referencia a la cuestión del aborto no punible y su implicancia en el derecho a tener sexo. En relación con la interpretación del art. 86.2 del Código Penal argentino, se aborda un artículo de doctrina y el fallo “F.A.L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ambos documentos se hace referencia al sexo con mujeres con discapacidad como una “violación impropia”, con lo cual las mismas no contarían con la posibilidad de consentir dichos actos. Se parece inferir que de una supuesta indisponibilidad de la mujer sobre el curso de su embarazo se desprende una supuesta indisponibilidad de la mujer sobre su vida sexual. El artículo propone que el fallo podría haber adoptado interpretaciones alternativas y, consecuentemente, perspectiva de discapacidad.

Palabras clave:

Discapacidad, sexualidad, aborto, capacidad jurídica, incapacidad, curatela, derechos reproductivos, derecho penal, eugenesia.

* Abogado (Universidad de Buenos Aires). Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Buenos Aires). Maestría en Leyes (LL.M.) especializada en discapacidad por la Universidad de Syracuse, EE.UU. Trabaja temáticas relativas a Derechos LGBTI y Derechos de Personas con Discapacidad. Coordinador del área de género del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Poder Judicial - CABA. E-mail: inaki.regueiro@gmail.com.

THE RIGHT TO DECIDE: THE RIGHT TO HAVE SEX FOR WOMEN WITH INTELLECTUAL AND PSYCHOSOCIAL DISABILITIES

Abstract:

Women with intellectual and psychosocial disabilities, as victims of discrimination and stigma, are deprived of the exercise of their autonomy in many aspects, including sexual acts and abortion. This shows deficiencies in the genuine intersectionality between the gender and the disability agendas. Obstacles to the free exercise of sexuality entail the violation of the rights to legal capacity, autonomy and independent living, sexual rights and access to contraception. In particular, this article addresses legal abortion and its consequences in terms of the right to have sex. Regarding the interpretation of article 86.2 of the Argentinean Criminal Code, this article considers a scholarly piece and the decision of the Supreme Court of Argentina in the F.A.L. case. Both documents classify sex with women with disabilities as “improper rape”, implying that this group does not have the chance to consent to such acts. This seems to infer that a supposed inability of those women to decide on their pregnancies has as a consequence their supposed inability to decide on their sexual lives. The article concludes that the Court’s decision could have adopted alternative rationales and, consequently, a disability perspective.

Keywords:

Disability, intellectual disability, psychosocial disability, sexuality, gender, abortion, legal abortion, legal capacity, incapacity, guardianship, autonomy, sexual rights, reproductive rights, criminal law, eugenics

INTRODUCCIÓN E HIPÓTESIS

Tomo por hipótesis que las mujeres con discapacidad intelectual y psicossocial (de aquí en más y a los efectos del presente artículo: “mujeres con discapacidad”), en tanto víctimas de discriminación y estigma, se encuentran privadas del ejercicio de su autonomía en distintos planos, incluyendo el sexual. Esto les impide, en primer lugar, ejercer libremente su sexualidad. Esto, a su vez, tiene consecuencias en distintos planos, como ser la decisión de interrupción del embarazo y, en líneas generales, incide sobre su capacidad autónoma de idear y llevar a cabo su propio plan de vida.

Desde el aspecto normativo, nuestro ordenamiento jurídico le brinda, tanto a los derechos de las mujeres como a los de las personas con discapacidad, una protección especial, que se refleja, entre otras normas, en el art. 75.23 de nuestra Constitución Nacional que promueve la igualdad de trato, incluso a través de medidas de acción afirmativa¹. Entiendo que el actual nivel de violación de dere-

¹ Art. 75.23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta

chos de los dos colectivos (y, sobre todo, de quienes integran ambos grupos) da cuenta de los enormes pasos que aún restan dar por parte del Estado argentino.

Desde el aspecto político, creo que esta particular vulnerabilidad se evidencia al encontrar pocos registros de estos reclamos en la agenda de incidencia en derechos y en las normas de la materia. Asimismo, entiendo que los reclamos políticos en materia de discapacidad no se han visto aún genuinamente transversalizados en materia de género.

La intención del presente trabajo es poder ampliar explícitamente hacia la dimensión sexual los alcances de la autonomía y la vida independiente, promoviendo el entrecruzamiento real entre las agendas de género y de discapacidad.

En definitiva, la soberanía sobre los propios cuerpos y vidas no debe dejar a nadie afuera. Y, por otro lado, la lucha por los derechos debe incluir a todos los grupos y a todas las dimensiones vitales.

1. DERECHOS Y OBSTÁCULOS INVOLUCRADOS

Realizaré, brevemente y desde la perspectiva de la discapacidad, un recuento de normas involucradas, contraponiéndolas con incumplimientos detectados de las mismas.

1.1. Capacidad jurídica: el derecho a tener derechos

El art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de aquí en más “la Convención”) afirma que las personas con discapacidad “(...) tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” y que “(...) tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Todos los aspectos de la vida incluyen, obviamente, la dimensión sexual.

Esto genera un cambio copernicano en nuestro régimen civil de capacidad, dividido clásicamente en capacidad de hecho y de derecho. Actualmente se exige a raíz de la Convención —de jerarquía constitucional— que las personas con discapacidad tengan tanto capacidad para ser titulares de derechos (“capacidad de derecho”) como para ejercerlos por la propia persona (“capacidad de hecho”).

En reemplazo del antiguo sistema de incapacidad y curatelas, la Convención dispone que deberán reconocerse e instrumentarse sistemas de apoyo libremente escogidos y, a fin de evitar abusos, las correspondientes salvaguardias (por parte de autoridades administrativas o magistrados/as).

Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las “personas con discapacidad” (el destacado no figura en el original).

Esta cláusula en particular de la Convención provocó ciertas reservas realizadas de que por la validez de estas reservas es cuestionada por ser incompatibles con el objeto y el fin del tratado (conf. art. 19.c de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). De cualquier forma, nuestro país no realizó reserva alguna.

Las resistencias en torno a este punto son fuertes por parte de quienes defienden el anterior sistema (principalmente, operadores judiciales que temen que se altere el tráfico comercial y la seguridad jurídica patrimonial). No obstante, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación significó un avance en la materia².

Pese a que la Convención está vigente en nuestro país desde 2008 y el Código Civil y Comercial desde 2015, pocos cambios estructurales se han llevado a cabo, con independencia de algunos precedentes judiciales destacables. Tal y como informa un informe alternativo presentado por parte de organizaciones de la sociedad Civil³ en el año 2012 ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (de aquí en más “Comité CDPD”)⁴: “[...] de acuerdo a la información cuantitativa proporcionada por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación Argentina, [...] solo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [...] [m]ientras que en 2009 los procesos por insania representaban el 6,23% del total de causas iniciadas por temáticas de salud mental, a septiembre de 2011 este número aumentó al 8,35%”.

En igual sentido, en el informe presentado por el Estado Argentino en dicho proceso de evaluación se reconoce que “los poderes judiciales, en general, continúan aplicando el régimen de sustitución bajo la institución de la curatela”.

Muchas personas con discapacidad se ven constantemente “sospechados/as” en relación con las decisiones que toman por considerarse que podrían (o deberían) estar privados/as judicialmente de su capacidad jurídica. Por ejemplo, se suele atribuir a cualquier familiar sin discapacidad el rol de “representante legal” o curador/a de una persona con discapacidad. Asimismo, se asume erróneamente que las personas con discapacidad son, asimismo, incapaces civilmente (como si dichos términos significaran lo mismo). Esta situación generalizada

² Véase, por ejemplo, los arts. 32 y 43 de dicha norma en comparación con el Código Civil ya derogado.

³ La Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Federación Argentina de Instituciones de Ciegos y Ambliopes (FAICA), Federación Argentina de Entidades Pro Atención a las Personas con Discapacidad Intelectual (FENDIM) y Asociación por los Derechos Civiles (ADC), 2012.

⁴ Es de destacar que el Comité en cuestión es un órgano de seguimiento creado por el propio tratado y es intérprete autorizado de este. Así lo ha dispuesto pacíficamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en sucesivos precedentes de larga data. Por ejemplo, en torno a, en el ámbito interamericano, fallos de la Corte Interamericana de DD.HH. (fallo “Giroldi” de 1995), los informes de la Comisión Interamericana de DD.HH. (fallo “Bramajo” de 1996) y, en el ámbito universal, a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (fallo “Torrillo” de 2009).

redunda en el cuestionamiento de todas decisiones por parte de integrantes de este colectivo bajo el ropaje de la protección de la persona o de los patrimonios. En definitiva, las declaraciones de “insania” son la piedra basal de la presunción de incapacidad por motivos de discapacidad. Las mismas siguen existiendo en nuestro país y constituyen un obstáculo actual y concreto para muchas personas con discapacidad.

Lo dicho se refiere a la capacidad jurídica en el plano civil (o a su restricción en la forma de “restricciones de capacidad”) y no a la discapacidad o a diagnósticos de salud. En muchos casos y como veremos más adelante, dichos términos son utilizados en forma indistinta lo cual, como vimos, consiste en una confusión⁵.

1.2. Derecho a la autonomía

Otro hito de la Convención es el art. 19 que garantiza el derecho a “(...) *vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán [los Estados] medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad*”. Este artículo tiene distintas implicancias, como ser: a) poder elegir el lugar de residencia; b) poder elegir con quién vivir o no vivir; c) el acceso a los servicios de asistencia personal libremente escogidos; d) la posibilidad de rechazar la propia institucionalización, entre otras.

Uno de los movimientos políticos de personas con discapacidad que impulsó primigeniamente la lucha por los derechos que se plasmó en la Convención se llamaba coincidentemente “movimiento de vida independiente”⁶ (Palacios; 2006).

En este punto el panorama de cumplimiento de derechos es igualmente desalentador dado que la dependencia y la institucionalización son la regla. Por tomar como ejemplo el empleo, en tanto indicador por excelencia del nivel de autonomía e inclusión en la sociedad, la Encuesta Nacional sobre Discapacidad

⁵ El uso en normas del término “discapacidad” en sentido coloquial o la mención de ciertos diagnósticos provocan una dificultad probatoria para los/as agentes estatales: ¿Quién entra dentro de la categoría? ¿Es necesaria una evaluación médica o de alguna otra profesión? ¿Se trata de un certificado expedido en el marco de algún tratamiento o es simplemente algo a determinar con una entrevista o un estudio? ¿Un certificado de discapacidad cumple la función? Es de destacar que a efectos legales el Certificado Único de Discapacidad (CUD, conf. art. 3° de la ley 22.431) en Argentina sirve principalmente a los fines del acceso a prestaciones (en materia de salud, rehabilitación, etc.), de gratuidad del transporte, etc. Es decir, y más allá del debate en torno a su existencia, nunca fue concebido como una base de datos donde terceras personas consulten sobre la supuesta inhabilidad de una persona a efectos de restringir el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad con otros/as, sino más bien como una forma de acceso, a pedido del/a interesado/a, a derechos de tipo prestacional. El uso intercambiable de términos que no significan lo mismo (“incapacidad” y “discapacidad”) suele generar confusiones y restricciones de derechos.

⁶ PALACIOS, Agustina - ROMANACH, Javier, *El modelo de la diversidad*, Valencia, Ediciones Diversitas, 2006, pp. 52-60.

(ENDI) 2002-2003 en Argentina indicaba una tasa de inactividad del 63,1% en las personas con discapacidad (número alto, aun incluyendo un importante subregistro⁷ en dicha muestra).

El informe alternativo mencionado refiere en este punto:

La falta de alternativas a la vida en instituciones menoscaba el derecho a elegir el lugar de residencia, dónde y con quién vivir. La falta de opciones “obliga” a las personas con discapacidad a vivir de acuerdo a un sistema de vida específico. En Argentina nos encontramos con sistemas de asistencia contruidos desde un modelo medicalizador que han generado distintas instancias de institucionalización de las personas con discapacidad, tanto en Hogares para personas con discapacidad como en Hospitales o Clínicas Psiquiátricas⁸.

1.3. Derechos sexuales

La Convención reconoce en su art. 25 (referido a salud) el derecho al acceso a “...programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población...”.

Por su parte, el art. 23 (titulado como “Respeto del hogar y de la familia”) establece que los

...Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: [...] b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

⁷ JOLY, Eduardo, “¿Podemos confiar en la ENDI?”, ponencia presentada ante las IV Jornadas Nacionales Universidad y Discapacidad, Facultad de Derecho, UBA, 5, 6 y 7 de julio de 2006, disponible en <http://www.rumbos.org.ar/podemos-confiar-en-la-endi>, fecha de consulta: 25/4/2018.

⁸ Ver nota al pie N° 3.

Es decir, se desprenden obligaciones estatales referidas a:

- Acceso a programas de salud sexual y salud reproductiva, incluyendo planificación familiar.
- A no ser víctima de esterilizaciones forzadas.
- A decidir si tener hijos/as o no, y en cuáles condiciones (en igual sentido que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16) y el concepto de “*libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia*” de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995).
- A poder acceder a las “relaciones personales” (quizás como una fórmula producto del eufemismo o la negociación diplomática con el fin de incluir las relaciones sexuales).

No obstante, y más allá de las normas específicas, desde hace años existen documentos generales que, a mi entender, han sido inaplicadas en relación con las mujeres con discapacidad. Por ejemplo, conceptos tales como, en materia de salud sexual y reproductiva, los “...derechos a la autonomía [...] al consentimiento informado y a la libre elección...” contenidos en la Recomendación General N° 24 del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer. En el mismo sentido, decía en su Informe ante la Comisión de DD.HH. de la ONU en 1999 la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, que “el derecho a la salud reproductiva supone el derecho a la sexualidad y a la autonomía sexual”.

El concepto mismo de “consentimiento informado” (contenido en nuestra Ley de Derechos del/a Paciente 26.529) es plenamente aplicable, ya que no podría decirse, por ejemplo, que un consentimiento es verdaderamente informado y libre si lo que se *informa* son los riesgos y beneficios de una práctica a una tercera persona (curador/a) cuyo cuerpo no va a estar involucrado en la práctica.

No obstante, existe un régimen paralelo para las mujeres con discapacidad donde todo esto se soslaya. Dicho ordenamiento constituye un hecho de discriminación y, posiblemente y atento a sus consecuencias gravosas, de violencia institucional.

En 2010 el Estado argentino reconoció ante el Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁹

“que no se respetan plenamente los derechos de las [...] las mujeres con discapacidad y que estas mujeres son a menudo víctimas de la discriminación” por lo que se instó “...al Estado parte a que asegure la plena protección de los derechos de las mujeres mayores, las mujeres migrantes, las mujeres con discapacidad y las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero,

⁹ Documento ONU “CEDAW/C/ARG/CO/6”. Fuente: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/CD_Concl_Obs_2010/CEDAW/46th%20session/CEDAW-C-ARG-CO-6%20\(s\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/CD_Concl_Obs_2010/CEDAW/46th%20session/CEDAW-C-ARG-CO-6%20(s).pdf), fecha de consulta: 25/4/2018.

entre otras. Todas las mujeres mencionadas deben poder vivir sin ser discriminadas ni víctimas de violencia y estar en disposición de ejercer todos sus derechos, incluidos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como los derechos sexuales y reproductivos”.

Cabe destacar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento relativamente nuevo (data de 2006 y es la primera Convención de la ONU en el presente siglo) así como es reciente la puesta en funcionamiento del Comité de seguimiento de dicho tratado, lo cual ocurrió en 2009. Esto puede explicar el incipiente desarrollo de los conceptos convencionales en el que nos encontramos. Veamos a continuación un ejemplo.

En 2012, la OMS —agencia especializada en materia sanitaria de la ONU— publicó un informe relativo al acceso al aborto¹⁰. En relación con adolescentes dicho informe dedica un apartado titulado: “Autorización de un tercero” que se expresa en los siguientes términos:

Una mujer que busca un aborto es un adulto autónomo. Por autonomía se entiende que una persona adulta, mentalmente competente, no requiere la autorización de un tercero, como el marido, la pareja, el padre o el tutor, para acceder a un servicio de salud. Por lo tanto, los proveedores de salud no deben imponer como requerimiento la autorización de un tercero, a no ser que así lo requieran las leyes o las regulaciones relacionadas con esta materia.

Es posible que las adolescentes cambien de opinión respecto de concurrir a los servicios de salud que necesitan si creen que les exigirán que obtengan permiso de sus padres o tutores, lo que aumenta las probabilidades de que vayan a proveedores de aborto clandestinos. Por lo tanto, los proveedores de salud deben estar capacitados en cómo informar, asesorar y tratar a las adolescentes según sus capacidades evolutivas para entender los tratamientos y opciones de cuidado que se le están ofreciendo, y no según un corte de edad arbitrario. Los profesionales de la salud deben respaldar a las menores para identificar lo que es más conveniente para ellas; esto incluye la consulta a los padres u otros adultos de confianza sobre su embarazo, sin prejuicio, discriminación o coerción.

Vemos que existe un desarrollo específico que refiere que el acceso a la práctica sea consecuencia de una decisión autónoma, informada, libre de coerción y sin intervención de terceros. Asimismo, introduce el concepto de capacidad o autonomía progresiva, apartándose del antiguo régimen de incapacidad civil absoluta por minoría de edad. Se atiende a cuestiones que pueden surgir en el marco de la atención y se ofrecen líneas de acción.

¹⁰ OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición.*, OMS 2012, Montevideo, pp. 62-80.

En materia de discapacidad intelectual y psicosocial se afirma lo siguiente, bajo el título “Protección de las personas con necesidades especiales”:

Según el contexto, las mujeres solteras, las adolescentes, aquellas que viven en la pobreza extrema, las mujeres de minorías étnicas, las refugiadas y otras personas que han tenido que dejar su hogar por razones de fuerza mayor, las mujeres con discapacidades y aquellas que son víctimas de violencia doméstica pueden ser vulnerables al acceso desigual a los servicios de aborto sin riesgos. Los proveedores de servicios de aborto deben asegurarse de que se trate a todas las mujeres sin discriminación y con respeto. El estigma y la discriminación que se asocian con discapacidades físicas o mentales o con el estado de salud, por ejemplo, vivir con VIH, son muy comunes y pueden usarse para presionar a las mujeres a que se realicen un aborto. La coerción viola los derechos de las mujeres al consentimiento informado y la dignidad y no se debe tolerar. Por lo tanto, los proveedores de salud tienen una obligación fundada en los derechos humanos de garantizar que las mujeres no estén sujetas a coerción y de que reciban los servicios psicológicos, sociales y médicos necesarios para sustentar su elección.

Es decir, se incluye a la discapacidad en el difuso conjunto de las “necesidades especiales” (que de hecho se presta a confusión con la variante eufemística para referirse a las personas con discapacidad) y queda englobado en el marco de lo “diverso” o lo “vulnerable”. Pero recurrir generalmente al principio de igualdad y no discriminación, y soslayar derechos consagrados de un colectivo —a excepción de una mera mención en tanto víctima— no es suficiente.

La referida publicación no incluye mención alguna al sistema de apoyos o desarrollo alguno sobre la Convención (más allá de enumerarla como normativa aplicable). Consideraron que no era necesario incluir en dicha guía ninguna profundización en torno a los pasos a seguir ante el caso de una mujer con discapacidad que se acerca sola o acompañada a un servicio de salud requiriendo —ella o su acompañante— el acceso a una práctica interruptiva de su embarazo sobre su cuerpo. No hay buena o mala práctica alguna.

Por el contrario, la versión actualizada en el año 2015 de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles¹¹ del Ministerio de Salud de la Nación (a diferencia de su versión del año 2010¹²) incluye un apartado específico sobre mujeres con discapacidad que establece criterios de actuación compatibles con la Convención.

¹¹ Disponible en: http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000875cnt-protocolo_ile_octubre%202016.pdf, fecha de consulta: 22/4/2018.

¹² Dicho documento admitía la sustitución de la voluntad. Si bien incluía una pauta de intervención específica para Adolescentes (Nº 4), en relación con las mujeres con discapacidad solo se incluía en la pauta de consentimiento informado (Nº 3) lo siguiente: “En el caso de la mujer con enfermedad o discapacidad mental, se debe seguir el mismo procedimiento con su representante legal”.

1.4. Acceso a la anticoncepción

La ley 26.130 del año 2006 admite que se practiquen intervenciones de contracepción quirúrgica a una mujer declarada judicialmente “incapaz” con la autorización judicial solicitada por su “curador/a”, sin garantizarse que la misma pueda decidir sobre dicha práctica.

Sobre este punto, el Comité CDPD expresó en 2012 su “(...) preocupación por la existencia de prácticas de esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado. 32. El Comité recomienda al Estado parte a que modifique [...] el art. 3º de la ley 26.130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, de conformidad con la Convención...”.

Rutherford¹³ consideraba la “libertad ante la esterilización forzada o consentimiento mal informado” como una de las nueve libertades reproductivas. La norma en cuestión coarta dicha libertad para las mujeres con discapacidad.

2. LA CUESTIÓN DEL ABORTO NO PUNIBLE Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO A TENER SEXO

El Código Penal argentino (1921) penaliza el aborto, pero cuando es “practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible (...)” “...[s]i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto” (conf. art. 86.2).

Una primera nota que podemos hacer es que este artículo del Código Penal requiere para los casos donde una mujer “incapaz” desea acceder a la interrupción del embarazo el asentimiento de su “representante legal”, lo cual, como ya vimos, contradice a todas luces lo dispuesto por la Convención. Una interpretación restrictiva de esta cláusula podría incluso permitir que la mujer cuyo cuerpo esté involucrado sea totalmente ajena a esa decisión, lo cual podría implicar una práctica forzada sobre su cuerpo (sea la prosecución de un embarazo o la realización de un aborto).

Durante décadas se debatió en torno a dos interpretaciones de este inciso. Una restrictiva del derecho al acceso al aborto y una amplia. La restrictiva afirmaba que la permisión solo abarcaba a las mujeres con discapacidad. La amplia establecía que el aborto ante la violación de toda mujer —con o sin discapacidad— era igualmente no punible.

A fin de dirimir esta cuestión, distintas/os juristas han sentado su posición. En el presente artículo haré mención a un artículo de doctrina del año 2012. La he escogido dado que entiendo que desarrolla el argumento que había adoptado

¹³ RUTHERFORD, Charlotte, “Reproductive freedoms and African American Women”, *YJLF*, vol. 4, N° 2, 1991, pp. 258-259.

la Corte Suprema de Justicia de la Nación meses antes al dictar el señero precedente “F.A.L.” que resolvió la mencionada discusión hermenéutica del art. 86.2. Veamos a continuación ambos documentos.

2.1. *El artículo de doctrina*

Javier Augusto De Luca sostiene lo siguiente sobre la causal referida del art. 86.2 del Código Penal:

En el caso de las deficientes mentales e incapaces (que no pueden consentir el acto sexual) se requiere, para el aborto, la autorización de sus representantes legales, y no el del violador pese a ser el padre, ni el de los profesionales que habrán de realizarlo, ni de los jueces o cualquier otra autoridad pública¹⁴.

En primer lugar, se destaca la confusión entre lo que denomina “deficiente mental” y el concepto “incapaz” que pareciera referirse a la incapacidad civil del Código Civil derogado¹⁵. Sigue el artículo:

Pero también existe otros casos en la ley argentina (que se llaman de violación impropia, para distinguirlos), y ello ocurre cuando no existe violencia o intimidación, pero los/as sujetos pasivos de esa penetración son menores de 13 años o cuando por razones mentales no hayan dado su consentimiento (no tienen capacidad para comprender el significado de lo que les están haciendo). Parece claro que si el acceso carnal no violento con una mujer idiota o demente es considerado una violación (impropia) y que si de un abuso sexual sin penetración (los viejos abusos deshonestos, los actuales abusos sexuales simples gravemente ultrajantes) nadie puede quedar embarazada, es evidente que “violación” y “atentado al pudor” en el art. 86 Código Penal se refieren a dos supuestos diferentes de los cuales pueden provenir los embarazados. De lo contrario, la ley estaría repitiendo el concepto en la misma oración.

En otras palabras, el razonamiento del autor sería el siguiente:

1. El primer supuesto del art. 86.2 se refiere a las violaciones “propias”. Se requiere violencia y contempla a mujeres mayores de edad y sin discapacidad.
2. El segundo supuesto del art. 86.2 se refiere a las violaciones “impropias”. No se requiere violencia (se asimila a la mera comprobación de

¹⁴ DE LUCA, Javier A., “Abortos justificados. El fallo de la Corte y las mismas viejas discusiones (comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, del 13/3/2012, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, año II, N° 4, mayo de 2012, p. 23.

¹⁵ A mayor abundamiento, véase nota al pie N° 5 del presente artículo.

que la víctima tiene discapacidad intelectual o psicosocial, asimilándolo a tener menos de 13 años de edad¹⁶).

3. Por ende, esta es la justificación de la distinción entre *violación y atentado al pudor* realizada por el art. 86.2 Código Penal y se echa por tierra la interpretación restrictiva que excluía los casos de violaciones de mujeres sin discapacidad.

Como vemos, aquí queda clara la intención del autor de inscribirse en la interpretación amplia que había receptado nuestro Máximo Tribunal. No obstante, entiendo que al hacerlo —y en la creencia de buena fe de ampliar la garantía de derechos de todas las mujeres— soslaya los derechos de las mujeres con discapacidad en particular. Pasemos a analizar sus argumentos. El art. 119¹⁷ del Código Penal claramente veda la posibilidad de que cualquier persona mantenga relaciones sexuales con niñas menores de 13 años. También se penalizan actos cuyas víctimas por cualquier motivo no consientan. Pero de ninguno de estos dos supuestos se desprende la grave inferencia que hace el autor de que una mujer con discapacidad no puede consentir nunca una relación sexual. Es decir, si bien pueden darse casos de falta de consentimiento (es decir, de voluntad de mantener relaciones sexuales), entender que *toda* mujer clasificada como “idiota o demente” no puede brindar dicho consentimiento es una privación de capacidad jurídica inaceptable.

Llama la atención la liviandad con la que se llega a una conclusión de este tipo. Aún si delimitáramos la acepción del término a mujeres declaradas “incapaces”: ¿cómo es que el autor infiere que de dicha declaración de incapacidad civil se desprende su incapacidad para consentir todo acto sexual?

Lo primero que podemos observar es una preocupante asociación entre reproducción y sexualidad. El autor parece inferir que de una supuesta indispo-

¹⁶ Asimilar a las personas con discapacidad con niños/as es una tristemente célebre y repetida tradición, alimentada seguramente por los regímenes de incapacidad civil clásicos.

¹⁷ “Art. 119.— Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incs. a), b), d), e) o f)”.

nibilidad de la mujer sobre el curso de su embarazo¹⁸ se desprende una supuesta indisponibilidad de la mujer sobre su vida sexual.

Esta línea de razonamiento implicaría, en última instancia, que las relaciones sexuales que involucren a mujeres con discapacidad deben ser “consentidas” por terceras personas. O que su “curador/a” o “cuidador/a” deberá consignar de alguna manera su aprobación de determinadas prácticas sexuales con determinados sujetos, instrumentadas debidamente a través de una suerte de contrato suscripto entre “curador/a” y el/a otro/a interviniente. Y eso redundaría claramente en una violación.

La otra opción, quizá menos absurda pero igualmente trágica, es que el sexo en los hechos se encontraría absolutamente vedado para las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial. Y no así para los hombres con discapacidad.

En otro intento por refutar la interpretación restrictiva, el autor recurre a los archivos de la Comisión del Senado de 1919 y, considera que el argumento eugenésico allí vertido es “inatendible” hoy día, lo cual “(...) nos obliga a buscar otro fundamento constitucional y democrático. Y ese fundamento es que el embarazo no fue consentido válidamente”. Es decir, en el intento de apartarse de una teoría discriminatoria contra las personas con discapacidad —eugenesia— se avala otra variante de la discriminación al mismo colectivo —la privación de la capacidad—. Y los sujetos —estas mujeres— siguen siendo tratadas como meros objetos.

Este problema parece confirmar aquella afirmación de que el derecho penal —incluso su teorización— no debe ser llamado a abordar cuestiones sociales que exceden su campo de actuación.

Lo antedicho sería simplemente un comentario a un artículo doctrinario, si su argumentación no hubiera sido receptada en idénticos términos por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal por medio de la declaración del 2 de septiembre de 2010¹⁹ (cuando el autor del artículo reseñado se desempeñaba como su presidente) y, en lo que nos ocupa, por la Corte Suprema de Justicia.

2.2. La sentencia “F.A.L.”

Comienza el voto mayoritario haciendo una referencia al grupo de personas con discapacidad intelectual o psicosocial:

¹⁸ Atento a que su curador/a decidiría si continuar o terminar con el embarazo, sustituyendo su voluntad, tal y como se desprende de una posible interpretación del art. 86.2 del Código Penal. Atento a que no comparto dicha interpretación es que califico a la indisponibilidad como “supuesta”.

¹⁹ Extractos: “Como todo acceso carnal sobre una mujer con dichas deficiencias mentales es considerada ya una forma de violación (la impropia...)”. Disponible en: <http://www.aadp.com.ar/material/declaracion-de-la-asociacion-argentina-de-profesores-de-derecho-penal-01-sept-2010/>, fecha de consulta: 25/4/2018.

...corresponde recordar lo dicho oportunamente por esta Corte (Fallos: 331:211, considerando 6º) al afirmar que “la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea verdaderos ‘grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales”, lo que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz. Sin embargo, ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma en trato ya que esta delimitación de su alcance, no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos.

Con anterioridad, la Corte Suprema ya había hecho referencia al grupo de personas con discapacidad como un colectivo con especial protección de derechos. En otros precedentes tales como “S.Y.Q.C.” del 24/4/2012, la Corte ha reconocido un derecho prestacional a una persona con discapacidad por su condición de tal.

Por su parte, el voto de la Dra. Argibay destaca que “la voluntad de nuestro Estado por dar al tema de la discapacidad una atención primordial, que se traduce en brindarle a las personas con esta característica una protección especial en términos constitucionales que implica una tutela más acentuada que los coloque en una posibilidad efectiva de ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con quienes no padecen discapacidad”.

No obstante, es un eje de este artículo que esa “debilidad jurídica” denunciada por la Corte se acrecienta con la privación de “capacidad jurídica” que consagra. En otras palabras, ante la pertenencia a un grupo desaventajado la única respuesta imaginable es el paternalismo legal.

En la misma línea del artículo doctrinario y de la declaración citada, la Corte afirma lo siguiente:

Pero, además, a esta conclusión también se arriba analizando esta norma de modo conjunto con las disposiciones relativas a los hechos ilícitos que pueden causar embarazos no consentidos por las niñas, adolescentes o mujeres que son sus víctimas. En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiota o demente”. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el “atentado al pudor” no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. *Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice “violación” también se refiera al mismo tipo de víctima.* Es evidente que, por exclusión, “violación” se refiere al acceso carnal violento o coactivo

sobre mujeres no “idiotas ni dementes”. Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia) (el destacado no forma parte del original).

El fallo criminaliza en los hechos todo “acceso carnal” “sobre” una “mujer con deficiencias mentales”. Y de esa manera se desconoce a la mujer con discapacidad como sujeto de derechos²⁰. Se asimila al caso de la niña menor de trece años que no es mencionado porque “la ley descarta la validez de su consentimiento”.

Continúa la Corte:

Por ello, este análisis sistemático del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo, dan lugar a su aplicación, corrobora que cualquier víctima de éstos que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales. Esto se confirma teniendo en cuenta, además, que, al formularse esta norma refiriéndose a la violación y al atentado al pudor, se tradujo —inadecuadamente, atento que esta última figura por definición no implica acceso carnal— la correlativa previsión del Anteproyecto del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental que era denominado “profanación” (el destacado es nuestro).

²⁰ El voto de la Dra. Argibay tampoco problematiza este hecho. Parece dar a entender que ser mujer con discapacidad y estar embarazada es prueba de la existencia de una violación. Una relación sexual sería automáticamente un “ataque a su integridad sexual”: “...el criterio de diferenciación que propone la defensa para justificar esta última afirmación [la interpretación restrictiva que brinda autorización solo a mujeres con discapacidad] se apoya exclusivamente en que la mujer ‘idiotas o dementes’ carece de capacidad para prestar consentimiento a una relación sexual, lo que permitiría presuponer que cualquier embarazo que acontezca en estos casos resulta necesariamente producto de una violación. 12) En primer lugar, debe afirmarse que este último argumento del recurrente no puede aceptarse a fines de ponderar la razonabilidad de la norma permisiva, pues sólo atiende a la mayor o menor necesidad de probanzas para determinar la existencia de la violación que pueden darse según que la víctima padezca o no una incapacidad mental. Este extremo no resulta admisible para justificar constitucionalmente que se deje fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no presentan deficiencias psíquicas, pues más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. Por otra parte, el apelante tampoco explica por qué la diferencia que él alega como determinante debería tener preponderancia con respecto a la mentada característica común que otorga a unas y a otras la condición de sujetos de la ‘norma permisiva’” (el destacado no forma parte del original).

Asimismo, el Máximo Tribunal incluye expresamente a las “deficientes mentales” (no solo a las “incapaces”) entre quienes expresamente “no pueden consentir el acto” (el aborto).

Cabe preguntarnos si este camino argumentativo era el único que podía tomar la Corte.

2.3. Interpretaciones alternativas posibles

Creo que hubiera sido suficiente con que la Corte se limitase a la siguiente justificación que luego incluye:

...reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas).

Sin más, de esta manera se podría haber resuelto el asunto, sin incurrir en la anterior explicación.

Asimismo, el propio fallo sostiene que la especificidad semántica del artículo del Código Penal se debe al hecho de que las mujeres con declaración judicial de incapacidad poseían un/a curador/a (representante legal):

...no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta. Es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz, que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto previsto, se tuvo que establecer en forma expresa que “en este caso” —referencia que sólo puede aludir al caso del atentado al pudor y que obliga a distinguirlo, desde la sola semántica, del de violación— “el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”²¹ (el destacado no forma parte del original).

La Corte también podría haber dicho que se trataba de un caso donde el consentimiento de la mujer —sin importar la regulación judicial del ejercicio de su capacidad jurídica— es imprescindible y que, además (conforme el texto

²¹ Este párrafo presenta igualmente otros problemas. En primer lugar, la Corte reduce su expresión a la “mujer incapaz” sin distinguir si se refiere al término civil o a un diagnóstico. En todo caso —e incluso en caso de indeterminación intencional— la interpretación falla en no poder aclarar los términos del tipo penal (que habla tanto de “demencia” como de “idiocia”, con lo cual parecería extenderse más allá de la declaración de incapacidad civil). De cualquier forma, se generaliza que una “mujer incapaz” no puede consentir la práctica de un aborto. Esto es dicho luego de la entrada en vigor del art. 12 de la Convención.

expreso del art. 86), era necesaria la participación del representante legal en los casos de “incapacidad” declarada judicialmente. O, mejor aún, bien podría haber determinado que el artículo era inconstitucional solamente en tanto obliga a la intervención del/a curador/a y priva a las mujeres con discapacidad de la posibilidad de decidir autónomamente sobre su propio cuerpo.

La Corte podría haber considerado que ambos supuestos se referían a violaciones, tengan o no las víctimas discapacidad. Se podría haber interpretado que la mención específica a las mujeres con discapacidad respondía, en primer lugar, a un motivo histórico repudiable (en línea con la “profanación” del Código Suizo) en términos igualmente deleznable (mujer idiota o demente). Y, en segundo lugar, a la necesidad instrumental de incluir el “consentimiento del representante legal” conforme al modelo de incapacitación vigente a comienzos del siglo XX²².

En definitiva, una interpretación dinámica del Código Penal podría haber garantizado el acceso amplio a la práctica sin entregar los derechos a las mujeres con discapacidad como moneda de cambio.

2.4. Desarrollos posteriores

Pocos meses después del fallo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (de aquí en más “Comité CDPD”) trató este asunto en los siguientes términos: “El Comité lamenta que el representante legal de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de la mujer con discapacidad”.

Y recomendó que el Estado: “(...) tome medidas para ofrecer los apoyos necesarios a las mujeres sometidas a un régimen de tutela o curatela para que sean ellas mismas las que den su consentimiento informado para acceder a la práctica del aborto no punible o esterilización”.

...urge [...] a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, lo insta a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. El Comité le recomienda además la puesta en marcha de talleres de capacitación sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad dirigida a jueces con la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo en la toma de decisiones en lugar de la tutela y la curatela.

²² También se podría haber justificado la mención expresa al “atentado al pudor” definiéndolo como una práctica involuntaria que provoque un embarazo no deseado, como ser una inseminación artificial forzada, tal y como De Luca menciona en su artículo.

Un avance verdaderamente destacable en esta materia, en este caso desde la sociedad civil, fue la “Declaración del Primer Encuentro Nacional de la Alianza de Abogad@s por los Derechos Humanos de las Mujeres”. En dicho documento se identifica como uno de los

...puntos de mayor preocupación para la Alianza...” en relación con la exigibilidad del derecho al aborto no punible la “...obligatoriedad del consentimiento del representante legal para la práctica del aborto a mujeres con discapacidad intelectual/mental, como sucede con todos los protocolos;...” y se recomienda que se “...reconozca la personalidad jurídica de las mujeres con discapacidad intelectual/psico-social para brindar el consentimiento informado para el aborto sin límites de edad, a través del uso de apoyos para la toma de decisión y la eliminación del consentimiento del representante legal, según lo estipulado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Otro avance significativo ocurrió en la Ciudad de Buenos Aires. La resolución 1252/2012 del Ministerio de Salud porteño —y su predecesora derogada del año 2007— referidas al aborto no punible sustituían la voluntad de las mujeres con discapacidad y no abordaban los sistemas de apoyo²³.

La resolución del gobierno porteño impedía que una mujer con discapacidad consienta (o no) la práctica del aborto no punible al requerir exclusivamente la intervención de su curador/a, aun contra su voluntad expresa²⁴.

Esta resolución fue dictada cuando se discutía en la Legislatura una ley que fue finalmente aprobada, aunque vetada luego por el entonces Jefe de Gobierno. Dicha resolución contenía problemas²⁵ pero también previsiones en torno al sistema de apoyos, lo cual es destacable.

El 27 de marzo de 2013 la jueza del Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA Patricia López Vergara dictó una medida cautelar en el marco de un amparo colectivo conjunto iniciado en forma inédita por organizaciones de derechos de mujeres y de derechos de personas con discapacidad²⁶.

²³ La resolución en cuestión incluía el “derecho a ser oída y a recibir información” pero esto no es suficiente, ya que el derecho implica requerir o no lo práctica, tomar la decisión y que la expresión de la voluntad de la interesada sea vinculante.

²⁴ Asimismo, la norma solicitaba la presentación del certificado de discapacidad, extendiendo la actuación sustitutiva por parte de algún referente de la persona, quien pasaría a decidir por la mujer aún sin haber sido esta declarada “incapaz” judicialmente. Este es un caso de confusión entre discapacidad e incapacidad civil declarada judicialmente, tal y como vimos antes.

²⁵ Disponía que “cuando no sea posible” articular el sistema de apoyos, la decisión la tomará “el representante legal”. Dicha “imposibilidad” expresada en términos tan amplios echa por tierra la innovación y permite que se pueda justificar una sustitución de la voluntad.

²⁶ REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad), la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA).

En la resolución judicial se destaca que, si no se cuenta con su consentimiento personal,

...la voluntad de la mujer discapacitada intelectual/psico-social se vería sustituida por la de su representante legal”. Asimismo, se sostiene que “los apoyos no pueden ser equiparados a un curador, un tribunal o un equipo técnico perteneciente a este último” y estableció el “requisito de que el sistema se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad”. Por último, ordenó al Gobierno porteño a “crear un sistema que sirva de apoyo y salvaguarda para las mujeres con discapacidad intelectual/psico-social que pretendan se les practique un aborto, en los términos previstos en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal²⁷.

En paralelo, ciertos documentos especializados han ido receptando la figura de los apoyos sanitarios administrativos los cuales son, por definición, no sustitutivos. Ejemplo de ello es la Nota Técnica 8/17 titulada “Atención de la salud sexual y reproductiva de personas con discapacidad”²⁸ del Programa de Salud Sexual y Reproductiva del Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires.

COMENTARIOS FINALES

No me consta que existan en nuestro país normas que impidan explícitamente que las mujeres con discapacidad tengan relaciones sexuales. A todas luces, sonaría como una restricción terrible e imposible de sostener. No obstante, y como vimos, cierta interpretación de la regulación penal puede implicar (o contribuir a implicar) una prohibición indirecta a dicha posibilidad.

Ser mujer en Argentina implica no tener reconocido por parte del Estado la capacidad de decidir sobre el propio cuerpo en materia de interrupción del embarazo. Ser mujer pobre en Argentina implica un riesgo cierto de muerte o lesión grave a la salud al verse obligada a recurrir a abortos clandestinos inseguros. Y ser mujer con discapacidad en Argentina implica que cualquier decisión en relación con un embarazo en curso en su propio cuerpo la puede tomar una tercera persona, pudiendo derivar tanto en un embarazo forzado como en un aborto forzado. Y también implica que el Máximo Tribunal del país criminalice indirectamente sus relaciones sexuales.

La falta de políticas públicas en materia de protección de los derechos de las mujeres con discapacidad en nuestro país ha sido denunciada por el Comité

²⁷ También el juez Roberto Gallardo resolvió en igual sentido al declararse la conexidad con otro amparo. Las resoluciones en cuestión se encuentran actualmente vigentes, aunque apeladas.

²⁸ Véase: <http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/srpr/files/2017/03/NT-8-Discapacidad-y-SSR-VF-13062017.pdf>, fecha de consulta: 25/4/2018.

CDPD²⁹. Dicho órgano ha destacado la necesidad de adoptar el enfoque de género en la temática de discapacidad y de adoptar el enfoque de discapacidad en temas de género.

Entiendo que a lo largo de este trabajo quedó comprobado que un fallo histórico y señero en materia de derechos de las mujeres no consideró debidamente la autonomía de decisión de las mujeres con discapacidad. Y se trata, ni más ni menos, que lo decidido por el Máximo Tribunal Federal, intérprete último de la Constitución.

Pese a esto, existen avances en los últimos años que nos permiten ser optimistas sobre lo que vendrá, incluyendo la despenalización y legalización del aborto. No obstante, se impone profundizar y acelerar el proceso de transversalización de la perspectiva de género en materia de discapacidad, y viceversa.

BIBLIOGRAFÍA

- De LUCA, Javier Augusto, “Abortos justificados. El fallo de la Corte y las mismas viejas discusiones (comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa ‘F., A. L. s/medida autosatisfactiva’”, del 13 de marzo de 2012, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, Año II, N° 4, mayo de 2012, p. 23.
- MOTTA, Cristina - SÁEZ, Macarena (comp.), *La mirada de los jueces*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008, pp. 267-366 (citado como Jaramillo, 2008).
- OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda edición.*, Montevideo, OMS, 2012, pp. 62-80.
- ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos*, ONU, 1999.

²⁹ “Mujeres con discapacidad (art. 6°). 13. El Comité observa con preocupación la precariedad de medidas que han sido adoptadas por el Estado parte para hacer frente a las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad, y lamenta la falta de una protección adecuada de sus derechos (véase CEDAW/C/ARG/CO/6, párrs. 43 y 44). Le preocupa, en particular, la ausencia de una estrategia de transversalización del enfoque de género y discapacidad, en la legislación y en los programas específicos para las mujeres; entre otros, en lo que respecta a violencia, acceso a la justicia, derechos sexuales y reproductivos y acceso al mercado laboral. 14. El Comité insta al Estado parte a adoptar una estrategia específica dirigida a las mujeres y las niñas con discapacidad que garantice la plena protección y goce de sus derechos, contando con su participación efectiva en los procesos de toma de decisiones. El Comité recomienda además al Estado la inclusión de la perspectiva de discapacidad en todas las políticas y programas de igualdad de género, garantizando la plena participación efectiva de las mujeres con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás mujeres”.

Asimismo, el Comité CDPD observó “...con preocupación que [...] la ley 26.485 sobre la Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, [...no tome] en consideración la situación específica de las mujeres [...] con discapacidad...”.

- ONU, *IV Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU*, Beijing, ONU, 1995.
- PALACIOS, Agustina - ROMANACH, Javier, *El modelo de la diversidad*, Valencia, Ediciones Diversitas, 2006, pp. 52-60.
- REDI, *El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad como instrumento para la participación social*, Buenos Aires, REDI, 2011.
- RUTHERFORD, Charlotte, "Reproductive freedoms and African American Women", *YJLF*, vol. 4, N° 2, 1992, pp. 258-259.
- STANG ALVA, María Fernanda, *Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real*, Santiago de Chile, CEPAL-ONU, 2011, p. 18.

Recepción: 30/5/2018

Aceptación: 7/7/2018

NEUROCIENCIAS Y ABORTO: REINTERPRETANDO EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA DESDE UNA EPISTEMOLOGÍA FEMINISTA

Por LUCÍA CICCIA*

Resumen:

Dos hechos explican el título del presente trabajo. El primero de ellos es que con el advenimiento de la ciencia moderna, se creó un sistema de valores dicotómicos, esencialmente sexista y androcéntrico, que explica las actuales nociones de vida y de muerte. El segundo es que el criterio de muerte clínica se centra en el cese de la actividad cerebral. Tales hechos suponen que los fundamentos normativos que revisten el concepto jurídico de persona se legitimen en descripciones biológicas, a su vez interpretadas como objetivas, neutrales, y universales. Desde una epistemología feminista que sitúe el conocimiento, en el presente trabajo se reinterpretarán los conceptos de vida y de muerte. Extrapolándolos al ámbito clínico, se propondrá un criterio de vida clínica desde el cual se evidenciará que, empleando un lenguaje “cerebro-centrista”, no existe sujeto de derecho hasta la semana 26 de gestación.

Palabras clave:

Neurociencias, aborto, feminismo, muerte, vida.

NEUROSCIENCE AND ABORTION: REINTERPRETING THE LEGAL CONCEPT OF PERSON FROM A FEMINIST EPISTEMOLOGY

Abstract:

The title of the present work is explained by two facts. The first one is that with the appearance of modern science, a system with dichotomic values was created – an

* Doctora en Estudios de Género Por la Universidad de Buenos Aires. Es Licenciada en Biotecnología por la Universidad de Quilmes (UNQUI), su investigación se centra en el análisis crítico del discurso científico acerca de la diferencia sexual desde una perspectiva interdisciplinar, utilizando como marco teórico la epistemología feminista que trata del conocimiento parcial y situado. E-mail: luly_2309@hotmail.com.

essentially sexist and male-centered system that explains the current notions of life and death in the medical field. The second fact is that the criteria used to determine clinical death focuses on the ceasing of brain activity. Both facts assume that the normative fundaments of the legal concept of "person" are to be legitimized by biologic descriptions, which are seen and interpreted as objective, neutral and universal. We intend to reinterpret the concepts of life and death through a feminist epistemological perspective. Extrapolating such concepts to the clinical field, we will propose a notion of clinic life through which it will become evident that, in "brain-centered" terms, the legal person does not exist until the 26th week of gestation.

Keywords:

Neuroscience, abortion, feminism, death, life.

INTRODUCCIÓN

La discusión en torno a la legalización del aborto se encuentra inextricablemente unida al concepto de persona. Si bien tal concepto no se trata de *un hecho* científico, sino de constructos éticos, morales, filosóficos, etc., se desarrolla en —y dentro de— un orden social que legitima el discurso científico como autoridad epistémica para respaldar dicha concepción. En particular, desde una perspectiva jurídica la información acerca de si un organismo cumple —o deja de cumplir— con los atributos necesarios para darle el estatus de persona, suele basarse en descripciones biológicas.

En otras palabras, en la cultura occidental la concepción jurídica de persona queda reducida a una interpretación biológica de la existencia humana que implica un inicio de vida, nacer, y un fin, morir. Por tal razón, sea explícita o implícitamente, la acción de abortar abraza la disyuntiva simbólica, en relación con el feto, de *hacer morir* o *dejar vivir*. Dicha disyuntiva refleja la manera en que el mundo fue descrito con el advenimiento de la ciencia moderna. Esta descripción implicó la creación de un sistema de valores dicotómicos, sexistas y androcéntricos, dentro del cual se inscribieron las nociones de vida y muerte.

Por otro lado, actualmente el diagnóstico de muerte clínica equivale a la muerte encefálica. En otras palabras, el concepto jurídico de persona se encuentra ligado a una concepción cerebro-centrista de nuestra existencia: el cese de las funciones cefálicas *vitales*, es actualmente sinónimo del cese de la vida humana.

Sobre la base de estos hechos, el presente trabajo tiene tres objetivos. El primero será, partiendo de las nociones actuales de muerte y vida en el marco legal argentino, historizar tales nociones. Específicamente, describiré cómo fue mutando el criterio de muerte en relación con el avance tecnológico, no solo en tanto su efecto sobre la producción de conocimiento, sino también respecto de las nuevas políticas de salud pública que supuso.

En relación con el primer objetivo, el siguiente será demostrar que las actuales nociones de vida y muerte son el resultado de un sistema de valores sexista y androcéntrico. Consideraré una manera de reinterpretar el concepto de muerte a la luz de una epistemología feminista que sitúa el conocimiento, relativizando y humanizando su significado. Diluyendo la falsa dicotomía entre muerte y vida, evidenciaré su inexistencia como *eventos precisos*. En contraste, caracterizaré que tales conceptos conforman un sistema binario, existiendo entre ellos una dependencia ontológica. Por tal razón, una reinterpretación de la noción de muerte supone hacerlo en *relación con* la idea de vida.

Impactando tal reinterpretación en la práctica clínica, el tercer objetivo será mostrar otra manera de definir la muerte clínica vigente en la cultura occidental, depurada de sesgos sexistas y androcéntricos. A su vez, propondré un *concepto clínico de vida* congruente con dicha definición. En este sentido, concluiré que el plano jurídico en el cual se sitúa la discusión acerca del aborto, en términos de persona y sujetos de derecho, carece de sentido. Fundaré este hecho al caracterizar que, al ser el concepto jurídico de persona regido por criterios normativos, los conceptos de muerte clínica y vida clínica propuestos, *ajustados a tales criterios*, no habilitan a plantear la existencia de sujetos de derecho sino hasta la semana 26 de gestación.

1. CRITERIOS DE VIDA Y DE MUERTE EN CONTEXTO

1.1. Situación legal en Argentina

El art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”¹. Aunque el término es vago, en el sentido de que carece de precisión técnica y reviste un tinte más religioso que científico, la idea de “concepción” nos remite actualmente a un acontecimiento de origen biológico. Es decir, supone discutir en torno a las nociones de “implantación”, “embrión”, “material genético”, etc., a fin de dar algún tipo de especificidad a la arbitrariedad contenida en la expresión *comienza con la concepción*. Sin embargo, un hecho es innegable; según sugiere dicho artículo, habría un evento preciso donde comenzaríamos a ser sujetos de derecho, y definiciones provenientes de la embriología y la biología reproductiva son empleadas para legitimar la existencia de dicho evento.

Por otro lado, la única definición jurídica de muerte se encuentra en el art. 23 de la ley 24.193 de Trasplante de Órganos y Tejidos. Dicho artículo asume que la muerte encefálica, entendida como el cese irreversible y com-

¹ Art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>. Fecha de consulta: 26/6/2018.

pleto de todas las funciones ceefálicas, equivale a la muerte de una persona. Específicamente,

[E]l fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos ceefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI)².

La verificación de los signos referidos en el inc. d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible. En caso de diagnosticar muerte encefálica, o cerebral, a personas con funciones cardiorrespiratorias sostenidas artificialmente, existe un “Protocolo Nacional para certificar el diagnóstico de muerte bajo criterios neurológicos (muerte encefálica)”. El mismo, aprobado en el año 2010 por el Ministerio de Salud de la Nación, describe detalladamente cómo debe procederse³.

Una vez certificada la muerte de acuerdo con los criterios contenidos en dicho protocolo, y debiendo haber sido subscripta por dos médicos, al menos uno de los cuales neurólogo o neurocirujano, se deja de ser persona, o sujeto de derecho, y el cuerpo se transforma en un *potencial donante de órganos*.

Si bien con diferentes protocolos respecto de la implementación, o no, de pruebas instrumentales, y en relación con qué estructuras cerebrales son interpretadas vitales (en Argentina se considera necesaria la muerte de todo el encéfalo, mientras que en otros países basta con la afectación funcional irreversible solo del tronco encefálico), en la cultura occidental la muerte encefálica hoy equivale a la muerte individual.

Tal como describiré en la sección 1.2.2, la introducción del concepto de muerte encefálica como criterio de muerte individual fue el resultado del avance tecnológico y la consecuente necesidad de nuevas políticas de salud pública.

Al remitir a la idea de existencia, el art. 19 del Código Civil y Comercial vincula la noción de vida al concepto jurídico de persona. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el criterio de muerte descrito por la Ley de

² Art. 23 de la ley 24.193, recuperado de <https://www.terras.edu.ar/jornadas/120/recursos/4IRED-DONAR-2009-RECURSO-Ley-24193-y-su-actualizacion.pdf>. Fecha de consulta: 26/6/2018.

³ Protocolo Nacional para certificar el diagnóstico de muerte bajo criterios neurológicos (muerte encefálica), recuperado de http://www.incucai.gov.ar/files/docs-incucai/Legislacion/02-ResMsal/01-resolucion_msal_275_10.pdf. Fecha de consulta: 26/6/2018.

Trasplante de Órganos y Tejidos, la idea de vida no se encuentra definida desde una perspectiva clínica. Tal como desarrollaré a lo largo del presente trabajo, este hecho se debe a que una elaboración clínica del concepto de vida dejaría sin efecto el art. 19. Asimismo, las consecuencias de dicha elaboración no se restringen al marco legal argentino. En cambio, supone reinterpretar las propias nociones de vida y muerte, diluyéndolas del sistema dicotómico, esencialmente sexista y androcéntrico, que actualmente las contiene. En consecuencia, en la sección 3 describiré el origen de tal sistema y sus implicancias en el ámbito clínico. Previamente, es fundamental realizar un breve recorrido histórico a través de los criterios de vida y de muerte, a fin de visibilizar que no se tratan de descripciones biológicas unívocas y trascendentales.

1.2. Historizando los criterios de vida y de muerte

1.2.1. La muerte y la vida como eventos precisos

Podemos distinguir dos etapas en relación con el criterio de muerte y su proceso histórico. La primera etapa se basó en detectar signos positivos de muerte: rigidez cadavérica y putrefacción. Este hecho supuso problemas de orden higiénico y epidemiológico, por un lado⁴, y el horror ante la putrefacción de los seres queridos, por otro⁵.

Los conflictos asociados a un criterio de muerte centrado en los signos positivos de muerte dieron paso a lo que podemos calificar de una segunda etapa: el criterio de muerte comenzó a basarse en los signos negativos de vida. La ausencia de respiración y el cese del latido cardíaco equivalían a la muerte individual. Para la escuela hipocrática el fin de la vida lo informaba la ausencia del latido cardíaco⁶.

El invento del estetoscopio, por el médico francés René Laënnec en el año 1816, posibilitó que posteriormente se expandiera y sistematizara el cese cardiorrespiratorio como criterio de muerte. En efecto, durante el siglo XIX se creó la noción de “muerte clínica”, que significó comenzar a requerir de la intervención de una figura médica a fin de emitir un certificado legal que habilitara enterrar a la persona fallecida. Este hecho puede explicarse por “Los miedos con respecto a la posibilidad de un error en el diagnóstico de muerte y la experiencia de que en algunos casos, especialmente coincidiendo con los enterramientos masivos de guerras y epidemias, se han producido enterramientos con vida (...)”, dando lugar “a la implantación de leyes para los enterramientos,

⁴ GRUPO DE ESTUDIOS DE ÉTICA CLÍNICA DE LA SOCIEDAD MÉDICA DE SANTIAGO, “Diagnóstico de Muerte”, *Rev. Méd. Chile*, 132, 2004, pp. 95-107.

⁵ TRUEBA, Juan, “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio”, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 30 (Supl. 3), 2007, pp. 57-70.

⁶ SARMIENTO, Pedro J., “¿Es la muerte cerebral realmente la muerte del individuo? Análisis de una compleja situación clínico-bioética y de sus consecuencias”, *Persona y Bioética*, vol. 7, N°. 18, enero-abril, 2003, pp. 25-46.

a los periodos de espera antes de proceder a la inhumación y especialmente a la necesidad de una certificación médica de la muerte”⁷.

De esta manera, la noción de muerte clínica se introdujo en el marco de los criterios científicos de la ciencia moderna y por razones de salubridad pública; dejando a un lado preceptos religiosos, la gestión de la muerte humana se reinterpretó en términos de diagnóstico clínico.

Por otro lado, a comienzos del siglo XIX aún predominaba la explicación que daba el vitalismo acerca de la vida. De acuerdo con ella, era la existencia de una misteriosa fuerza, por lo tanto, “inaccesible de análisis”, lo que distinguía a los seres vivos de la materia inanimada. Predominaba la teoría preformista, de tinte religioso más que científico, que sostenía que los seres se encontraban preformados desde la eternidad.

En términos gráficos, hasta mediados del siglo XIX, la interpretación acerca de la vida y la muerte podría esquematizarse de la siguiente manera:

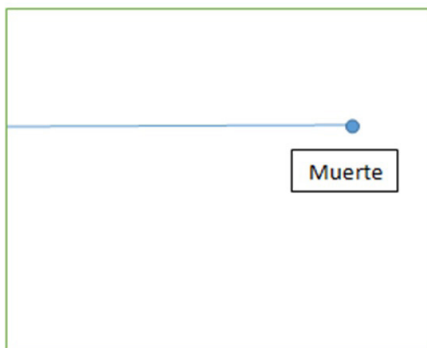


Figura 1

El punto representa un evento preciso de muerte, primero sobre la base de signos positivos de muerte, luego centrado en los signos negativos de vida. En contraste, acorde con la teoría preformista, los seres se encontraban “formados” desde la eternidad y la vida no era caracterizada por presentar un punto preciso de origen. Este hecho cambiaría a partir del año 1858, con la publicación de la obra *Patología celular* de Rudolf Virchow. Tal publicación dio legitimidad a la teoría celular. Dicha teoría posibilitó que, incorporando la mejora tecnológica adquirida en microscopía, el biólogo estonio Ernst Von Baer diera fin a la teoría preformista que, incluso él mismo, previamente había postulado en sus trabajos; “Lo que Von Baer observa tras la fecundación del huevo no es el crecimiento de un pequeño ser preformado, sino una sucesión de fenómenos complejos de

⁷ TRUEBA, Juan, “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio”, An. Sist. Sanit. Navar, 230 (Supl. 3), 2007, pp. 57-70.

los que emergen progresivamente las formas y estructuras del futuro organismo adulto”⁸.

La confluencia de la teoría celular con la nueva hipótesis embriológica dio origen al término “*reproducción*” para describir la formación de un nuevo ser. Tal término implicaba que, a partir de una célula ajustada a un plan de desarrollo, bien ejecutado, dicho plan era el que garantizaba la constitución *normal* del individuo al nacer⁹.

La nueva visión respecto de la vida implicada en los postulados de Von Baer, considerado el fundador de la embriología moderna, supuso conceptualizar *un inicio* de vida, es decir, un evento preciso de comienzo. De esta manera, hacia la segunda mitad del siglo XIX, los criterios tanto de vida como de muerte comenzaron a basarse en descripciones biológicas que eran susceptibles de observación. Siguiendo la lógica del esquema anterior, ambos podían precisarse en el tiempo.

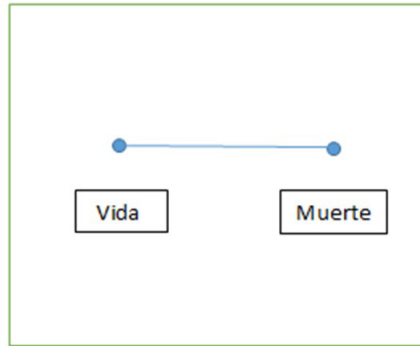


Figura 2

Me gustaría resaltar que, si bien la muerte en tanto evento preciso precedió a la ciencia moderna, será a partir de la concepción mecanicista del mundo introducida por ella, y en el marco del nuevo concepto de vida emergido tras los postulados de Von Baer, que vida y muerte serán nociones inscriptas en un sistema de valores dicotómico. En tal contexto, dichas nociones fueron interpretadas como eventos *puros*, identificables a través de signos “objetivos”. Desarrollaré esta idea en la sección 2.1.

1.2.2. La necesidad de un nuevo criterio de muerte clínica

Hasta adentrado el siglo XX, la muerte cardiorrespiratoria se sostuvo como sinónimo de muerte individual. Sin embargo, el avance tecnológico facilitó el

⁸ JACOB, Francis, *La lógica de lo viviente, una historia de la herencia*, (trad. J. Senent), Barcelona: Tusquets Editores, 1990 (original en francés, 1970), p. 120.

⁹ *Ibid.*, p. 125.

soporte artificial a través de la ventilación mecánica y el empleo de drogas vasoactivas. En consecuencia, pacientes con graves lesiones del sistema nervioso central podían permanecer “vivos” por un período de tiempo prolongado. Este hecho supuso dos problemas. El primero, que esta extensión de la vida, aparentemente de muerte irreversible, significaba dejar que los órganos perdieran funcionalidad y no fuesen aptos para utilizarlos en un trasplante posterior. El segundo conflicto eran los costos económicos en relación con las tecnologías implementadas para la manutención y el uso de camas que impedían ser ocupadas por otros pacientes que tenían posibilidad de sobrevivir.

En 1959 dos profesores del Hospital de París, Mollaret y Goulon, introdujeron el concepto de “coma depasse” (coma sobrepasado) para describir un estado más allá del coma, en el cual un cerebro muerto se encontraba asociado a un cuerpo vivo¹⁰. En el año 1967, el neurocirujano sudafricano Christian Bernard realizó el primer trasplante de corazón del que se tiene registro; extrayéndoselo, aún latiendo, a Oenise Anne Oaval, que tras sufrir un accidente, su masa encefálica había quedado destruida, se lo trasplantó exitosamente a Louis Waskanky¹¹.

A partir de estos hechos, en 1968 un Comité de la Escuela de Medicina de Harvard (Ad-hoc Committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death) redefinió el coma irreversible como muerte encefálica, proponiendo que la muerte encefálica correspondía al cese irreversible y completo de todas las funciones cefálicas; que la muerte encefálica podía ser diagnosticada; y un paciente con muerte encefálica podía ser considerado muerto¹². La justificación para tal propuesta versaba sobre dos argumentos principales:

(1) Las mejoras en las medidas de resucitación y de apoyo han llevado a un aumento de los esfuerzos para salvar a los heridos de gravedad. A veces, estos esfuerzos solo tienen un éxito parcial, de modo que el resultado es un individuo cuyo corazón continúa latiendo pero cuyo cerebro está irreversiblemente dañado. La carga es grande en pacientes que sufren una pérdida permanente de intelecto, en sus familias, en los hospitales y en aquellos que necesitan camas de hospital ya ocupadas por estos pacientes en estado de coma. (2) Los criterios obsoletos para la definición de muerte pueden generar controversia en la obtención de órganos para trasplante¹³.

¹⁰ MOLLARET, Pierre - GOULON, Maurice, “Le coma depassé”, *Revue Neurologique*, 101, 1959, pp. 3-151.

¹¹ RODRÍGUEZ del POZO, P., “La determinación de la muerte. Historia de una incertidumbre”, *Jano*, XLIV, 1036, 1993, pp. 23-29.

¹² REPORT AD-HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH, 205, *A Definition of Irreversible Coma*, 1968, pp. 337-340.

¹³ *Ibid.*

La estandarización de los criterios para el diagnóstico por muerte encefálica se produjo en los EEUU en el año 1981, cuando se formuló una Declaración de Consenso emitida por una Comisión Presidencial (President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. Defining death). En ella se afirmaba que "La muerte individual es muerte cerebral. Muerte cerebral significa el cese irreversible de toda función del cerebro como totalidad, incluyendo el tronco cerebral"¹⁴.

Es interesante notar que, cuando en la Antigüedad se consideraba que el corazón era el órgano central, su falla o cese de actividad significaba la muerte. Es decir, este signo negativo de vida se interpretaba como suficiente para considerar que una persona *dejaba de serlo*. Considero que no fue solo el avance tecnológico respecto del apoyo cardiorrespiratorio lo que planteó la necesidad de un cambio de paradigma en la concepción de muerte. También, se trató de un cambio de paradigma en relación con la forma de conceptualizar la vida.

En este sentido, en 1959, la inauguración de la neuroendocrinología como disciplina científica dio comienzo a la elaboración sistemática de hipótesis que proponían que una programación cerebral dada por los niveles de testosterona durante el estadio fetal, explicaba la diversidad de conductas de la especie humana, incluyendo los roles sociales generizados. Es decir, el género, en tanto la construcción social de *lo femenino* y *lo masculino*, fue interpretado como una consecuencia inherente al sexo, es decir, a la constitución biológica. Tal interpretación continúa vigente en los presupuestos que guían las hipótesis de aquellos estudios neurocientíficos orientados a la búsqueda de diferencias entre los sexos¹⁵.

En definitiva, hacia la mitad del siglo XX, incurrimos en un discurso científico cerebro-centrista respecto de las capacidades cognitivas-conductuales humanas. No es de extrañar entonces que el cerebro comenzara a ser el órgano que marcara la frontera entre la existencia y la muerte clínica. En otras palabras, el cerebro se convirtió en una guía para definir cuando dejamos de ser sujetos de derecho.

2. VIDA VS. MUERTE, UNA FALSA DICOTOMÍA

2.1. La creación de un sistema sexual dicotómico

Anteriormente señalé que las nociones de vida y muerte sugieren que se trata de eventos precisos, tal como asume nuestro marco legal actual. Esta vi-

¹⁴ PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *Defining Death*, Washington DC, Government Printing Office, 1981.

¹⁵ CICCIA, Lucía, *La ficción de los sexos: hacia un pensamiento neuroqueer desde la epistemología feminista* (tesis doctoral), Facultad de Filosofía y Letras, Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género (IIEGE), Universidad de Buenos Aires, 2017.

sión temporal de la existencia humana pierde el eje espacial necesario para contextualizar, y entender la propia noción acerca de *un supuesto punto biológico de origen y otro de fin*. Para visibilizar dicho eje, primero, es necesario retornar al siglo XVII.

La incipiente ciencia moderna propuso un nuevo método para *acceder a una forma fiable de conocimiento del mundo natural*. Liderado inicialmente por Francis Bacon, dicho método supuso abandonar la teoría y el mundo de las formas abstractas propuesto por Platón, considerando la experimentación y el mundo concreto como ideal de conocimiento. Mediante metáforas sexuales, Bacon planteó que la naturaleza, pasiva, debía ser *penetrada* por *el sujeto* cognoscente, es decir, el hombre¹⁶.

Con la institucionalización de la ciencia en el año 1662, a través de la creación de la Royal Society en Londres, y la publicación de la obra de Newton, *Principia*, en 1687, el mundo vivo fue incorporado a la lógica mecanicista, habilitando la secularización de la naturaleza. Dicha secularización permitiría intervenirla, indispensable en una sociedad en vías de industrialización. Asimismo, posibilitó interpretar el cuerpo humano como *máquina*, al mismo tiempo que el organismo completo, incluso el cerebro, hasta ese entonces órgano divino, se convirtió en objeto de estudio.

Además de la necesidad de intervenir la naturaleza, las sociedades preindustriales requirieron polarizar los roles sociales. Por tal razón, lo que hasta ese entonces había sido una lectura jerárquica de los sexos en términos cuantitativos, dado que solo existía un cuerpo unisex con una única genitalidad (donde la vagina se interpretaba como un pene invertido), dio lugar a un proceso de jerarquización en términos cualitativos: hacia el siglo XVIII el sistema reproductor de la mujer cobraría nombre propio¹⁷. De esta manera, el orden social emergente creó un sistema de valores dicotómicos que proyectó en los cuerpos, estableciendo un discurso acerca de la diferencia sexual basado en “anatomías opuestas y complementarias”¹⁸.

Como sostiene Diana Maffia, la dicotomía presenta dos características fundamentales. La primera es que es excluyente, se está de uno o del otro lado. Desde una perspectiva sexual, se es hombre *o* se es mujer. La segunda característica es que es exhaustiva. Es decir, no existe nada más entre esos conceptos o categorías. De esta manera, los cuerpos, leídos en sí mismos bajo la lupa dicotómica, encarnaban diferentes capacidades que, a su vez, se encontraban

¹⁶ FOX KELLER, Evelin, *Reflexiones sobre Género y Ciencia* (trad. A. Sánchez), Valencia, Alfons el Magnànim, 1991 (original en inglés, 1985), p. 27.

¹⁷ LAQUEUR, Thomas, *La construcción del sexo, cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, (trad. E. Portela), Madrid: Ediciones cátedra, 1994 (original en inglés, 1990), pp. 275-276.

¹⁸ SCHIEBINGER, Londa, *¿Tiene sexo la mente? Las mujeres en los orígenes de la ciencia moderna* (M. Cándor), Madrid, Ediciones Cátedra, 2004 (trabajo original publicado en 1989), p. 311.

jerarquizadas: abstracto vs. concreto; objetividad vs subjetividad; neutralidad vs. valor; universal vs. particular; actividad vs. pasividad. El primer lado del par se asoció a “lo masculino”, mientras que la segunda columna a “lo femenino”¹⁹.

Las capacidades asociadas a lo masculino, casualmente las más valoradas, fueron las requeridas para hacer *buena ciencia*. De esta manera, objetividad, neutralidad y universalidad serían a partir de entonces, hasta el día de hoy, los criterios sobre los cuales se legitimaría el discurso científico. La constitución anatómica, actualmente traducida en términos genéticos-hormonales-cerebrales, sería garante respecto del lado del par al cual cada persona pertenecía.

Sobre la base de estos hechos, me gustaría desarrollar por qué las actuales nociones de vida y muerte responden a este sistema dicotómico, sexista y androcéntrico. En primer lugar, dicho sistema se legitimó sobre un discurso esencialmente biologicista que proyectó en los cuerpos la lectura jerárquica de los sexos, justificando en ellos la incapacidad intelectual de la mujer, y relegándola al ámbito privado. La ciencia moderna fue la autoridad epistémica usada para respaldar tal proyección. En este sentido, un concepto jurídico de persona que remite, sea de manera explícita o implícita, a descripciones biológicas para reconocernos como sujetos de derecho, reproduce el esencialismo del discurso científico que respaldó la división sexual del trabajo en el contexto de las sociedades pre-industriales, funcionales al capitalismo emergente.

En segundo lugar, las nociones de objetividad, neutralidad y universalidad fueron conceptos creados para expulsar explícitamente a la mujer de la producción de conocimiento. Sin embargo, tales conceptos responden a sesgos androcéntricos que han tenido, y tienen, efectos negativos en tanto la delimitación de problemas, la elaboración de hipótesis, y la interpretación de resultados que suponen para la práctica científica²⁰.

Asimismo, la continua reproducción de dichos sesgos se refleja en la manera en la que interpretamos el mundo que, a su vez, atañe cómo interpretamos los conceptos de vida y de muerte; *el cuerpo es concebido como máquina, desde la mirada de un sujeto cognoscente desencarnado, por fuera de aquello que es su objeto de estudio*. Tal sujeto se nos presenta como alguien que intenta acceder a la verdad. Una verdad que aparece como inmutable, rígida, trascendente, porque es el propio método científico el que *crea* la ilusión de verdad, objetiva, neutral y universal.

Desde esta perspectiva, las nociones de vida y de muerte se convierten en puntos finitos, delimitados, susceptibles de una descripción biológica exacta, cuasi en lenguaje físico-matemático, e interpretadas como categorías dicotómicas: se está vivx o muertx, y nada más existe en medio; vida y muerte se

¹⁹ MAFFÍA, Diana, “Contra las dicotomías: feminismo y epistemología crítica”, 2008, pp. 1-9. Recuperado de <http://dianamaffia.com.ar/archivos/Contra-las-dicotom%C3%ADas.-Feminismo-y-epistemolog%C3%ADa-cr%C3%ADtica.pdf>. Fecha de consulta: 26/6/2018.

²⁰ HARDING, Sandra, *The Science Question in Feminism*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 1986.

transforman en hechos capaces de ser aprehendidos de modo objetivo, neutral, y universal.

Sin embargo, a lo largo del texto, describí cómo la noción de muerte fue mutando en relación con las nuevas tecnologías y las exigencias implicadas en términos de salud pública. En este sentido, es prudente caracterizar que en la primera etapa del criterio de muerte, basada en signos positivos de muerte, estábamos ante un punto definido, de certeza absoluta; efectivamente la muerte era un evento preciso.

¿Podemos apelar a la misma certeza en relación con los criterios de muerte basados en signos negativos de vida? Es decir, mediante el propio concepto de muerte clínica, cuyo objetivo es establecer un diagnóstico lo más pronto posible a fin de garantizar la utilidad de los órganos para trasplante, por un lado, y minimizar los costos económicos, por otro, ¿puede realmente *diagnosticarse* la muerte clínica? ¿Representa el avance tecnológico la posibilidad de garantizar este hecho?

En la siguiente sección, me propongo describir los límites del actual diagnóstico clínico de muerte, en relación con la posibilidad de poder corroborar a “ciencia cierta” la muerte encefálica. Asimismo, caracterizando dicho diagnóstico de contingente, propio de este momento histórico, evidenciaré que el concepto de “irreversibilidad” también es coyuntural, como podemos imaginar que lo fue el paro cardíaco cuando no existían tecnologías de reanimación ni terapias de manutención.

2.2. La aparición de signos negativos de vida como un pronóstico de muerte clínica

Para determinar clínicamente la muerte cerebral se requiere establecer la etiología del coma irreversible, la ausencia de reflejos del tallo cerebral, y apnea. Existen numerosas variables que afectan la realización del examen clínico completo de muerte cerebral por parte de el/la clínicx y, más aún, que pueden afectar los resultados clínicos, impactando en la validez, que requiere ausencia de ambigüedad, de los mismos²¹. Los factores de confusión incluyen:

Shock no resucitado; hipotermia (definida como una temperatura central <34 0 C); trastornos metabólicos graves o anomalías con glucosa, fosfato, calcio y magnesio; disfunción hepática y renal que puede ser capaz de causar un coma reversible; disfunción del nervio periférico o muscular, o bloqueo neuromuscular; intoxicaciones significativas por drogas (p. ej., alcohol, barbitúricos, sedantes e hipnóticos); complejos reflejos espinales; activación falsamente positiva del ventilador; prueba de apnea no válida

²¹ MACDONALD, Derek *et al*, “The Role of Neuroimaging in the Determination of Brain Death”, *Journal Neuroimaging*, 2018, pp. 1-6. DOI: 10.1111/jon.12516.

como con retenedores de dióxido de carbono alto; y lesión o traumatismo de la médula cervical alta en los ojos, el medio o el oído interno²².

La complejidad que supone controlar tales variables explica una gran cantidad de trabajos orientados a evaluar cómo puede perfeccionarse el diagnóstico de muerte encefálica. En la actualidad, los test de imágenes auxiliares se presentan como una ayuda prometedora: “El establecimiento de una muerte cerebral temprana y precisa mediante una prueba auxiliar de neuroimagen reduce el riesgo de un diagnóstico incorrecto, mejora el trasplante de órganos y ahorra algunos de los valiosos recursos de atención médica”²³.

Sin embargo, lo cierto es que aumenta la expectativa de vida, crece la demanda de órganos, y el diagnóstico clínico de muerte continúa representando un problema de salud pública. En efecto, existe cierto escepticismo respecto de poder lograr certeza absoluta en dicho diagnóstico.

Por tal razón, se ha sugerido que, más que de un diagnóstico, la muerte encefálica se trata de un pronóstico: ante ausencia de paro cardiorrespiratorio, se predice que, de haber muerte cerebral, la misma terminará provocando el cese de las funciones cardiorrespiratorias. En otras palabras, “el sujeto, probablemente, morirá en plazos variables, pero no nos dice que está muerto”²⁴. En este sentido, la llegada inminente del cese de las funciones cardíacas y respiratorias ocurre solo en la medida que nada se haga por evitarlo. Asimismo, se ha observado que

Entre el 22 y el 100% de los pacientes con dicho diagnóstico han evidenciado control y balance hidroelectrolítico, así como regulación de la secreción hormonal. Más del 40% de los pacientes presentan actividad cerebral. En muchos casos, esa actividad es compatible con la actividad cortical. De otra parte, muchos de los pacientes con este diagnóstico responden al dolor, como el propiciado por una incisión quirúrgica, lo que afirma cierto grado de integración cerebral “alta”, y muchos refieren movimientos espontáneos o reflejos, que para ser considerados como “residuales” se requiere del dogmatismo²⁵.

Por “residuales” el autor se refiere a cómo se interpreta la actividad cerebral observada en pacientes que han sido diagnosticados con el criterio de muer-

²² SHERMIE, Sam *et al.*, *International guideline development for the determination of death*. *Intensive Care Med*, 40 (6), 2014, pp. 788-97.

²³ MACDONALD, Derek *et al.*, “The Role of Neuroimaging...”, *cit.*

²⁴ GRUPO DE ESTUDIOS DE ÉTICA CLÍNICA DE LA SOCIEDAD MÉDICA DE SANTIAGO, “Diagnóstico de muerte”, en *Revista Médica Chile*, 132, 2014, pp. 95-107.

²⁵ SARMIENTO, Pedro José, “¿Es la muerte cerebral realmente la muerte del individuo? Análisis de una compleja situación clínico-bioética y de sus consecuencias”, *Persona y Bioética*, vol. 7, nro. 18, enero-abril, 2003, pp. 25-46.

te cerebral. En efecto, lejos de ser estos casos excepcionales, se ha reportado que muchas de las personas que han sido diagnosticadas con muerte cerebral continúan con actividades cerebrales de regulación²⁶. Este hecho explica el lanzamiento del proyecto The ReAnima Project, llevado adelante por la compañía estadounidense Bioquark, cuyo fin es lograr aumentar esta actividad con fármacos y neuroestimulación²⁷.

La existencia de este tipo de proyecto evidencia que la noción de irreversibilidad debería considerarse como una forma transitoria de describir ciertos estados fisiológicos, potencialmente susceptibles de ser revertidos en función del avance científico-tecnológico. Más aún, conociendo los cambios que en este sentido ocurrieron en relación con otros órganos vitales, ¿por qué no pensar que el día de mañana puede ser factible la *reanimación cerebral*?

Al día de hoy, no sólo existen reemplazos y terapias para las funciones cardiorrespiratorias. Tal como sugiere el objetivo del proyecto The ReAnima Project, existen también reemplazos terapéuticos para ciertos neuro-ejes dañados. Un caso emblemático es la terapia de sustitución hormonal continua que se aplica a mujeres embarazadas a las que se les diagnostica muerte cerebral, a fin de llevar la gestación fetal a término²⁸.

En definitiva, parece que solo puede garantizarse la pérdida total e irreversible de las funciones cerebrales cuando se encuentra destruida la masa encefálica. Algunxs autorxs sugieren que la definición “destrucción total del cerebro” solo puede corroborarse mediante autopsia. Resulta paradójico que una condición que solo puede ser corroborada luego de la muerte se use justamente como criterio para dar a alguien el diagnóstico de muerte clínica²⁹.

Los dilemas éticos implicados en el diagnóstico clínico de muerte plantean la urgencia de reinterpretar la propia noción de muerte. Quizás sea tiempo de abandonar la idea acerca de la muerte como un evento preciso, y caracterizarla como un proceso que³⁰, a su vez, se enmarca según el contexto histórico en cual se define dicho proceso. En otras palabras, un punto claro y delimitado para representar la muerte, es solo válido si centráramos el diagnóstico clínico en los signos positivos de muerte: putrefacción y rigidez cadavérica y putrefacción.

Sin embargo, el avance tecnológico y la necesidad de nuevas políticas sanitarias produjeron un cambio conceptual donde tales signos fueron caracterizados como “seguidos a la muerte”. La muerte, entonces, se redefinió en relación

²⁶ TROUG, Robert, “Organ transplantation without brain death”, *Annals of the New York Academy of Science*, 913, 2000, pp. 229-39.

²⁷ <https://reanima.tech/about/>.

²⁸ GOPČEVIĆ, Aleksandar *et al.*, “Ethical and medical management of a pregnant woman with brain stem death resulting in delivery of a healthy child and organ donation”, *International of Obstetric Anesthesia*, 32, 2017, pp. 82-86. doi: 10.1016/j.ijoa.2017.06.007.

²⁹ GRUPO DE ESTUDIOS DE ÉTICA CLÍNICA DE LA SOCIEDAD MÉDICA DE SANTIAGO, “Diagnóstico de Muerte”, *Rev. Méd. Chile*, 132, 2004, pp. 95-107.

³⁰ MORISON, Robert, “Death: Process or event?”, *Science* 1971; 173: 694-8.

con los signos negativos de vida. Desde entonces, la pérdida *progresiva* de tales signos dará muerte a un cuerpo cuya rigidez cadavérica y putrefacción pueden caracterizarse como *signos post-muerte*.

Al tratarse de una acumulación progresiva de signos negativos de vida, resulta más acertado referirnos a un pronóstico de muerte; a partir de cierto cuadro clínico, que varía históricamente en relación con el avance tecnológico y la necesidad de las nuevas políticas de salud pública que dicho avance trae aparejado, se evalúa si una persona está ante un proceso de muerte clínica, que *probablemente* llegará a término, pero no necesariamente.

En efecto, así lo demostró recientemente el caso de una persona que cumplía con los criterios clínicos, e incluso con los test de neuroimágenes auxiliares, aceptados para la muerte cerebral en el contexto de una encefalopatía hipóxica isquémica post-paro cardíaco (CA-HIE). Con la continuación del soporte ventilatorio y nutricional, este paciente no solo sobrevivió, sino que con el tiempo mostró cambios inconsistentes con el diagnóstico de muerte cerebral³¹.

Sobre la base de estos hechos, propongo el siguiente esquema:

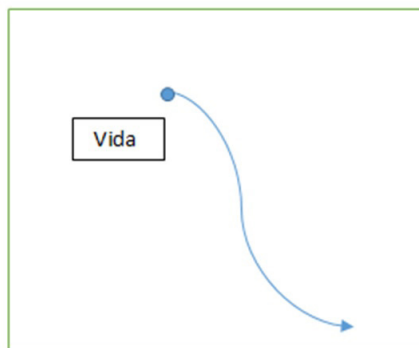


Figura 3

Donde la muerte como evento preciso se desvanece, y la caída de la curva representa el aumento progresivo de los signos negativos de vida. Notar que en la representación, esa caída tiende al “infinito”, es decir, no hay un punto al final porque equivaldría a un diagnóstico de muerte que, como anteriormente describí, solo es posible ante los signos post-muerte. En la próxima sección expondré esquemáticamente dónde quedaría representado un pronóstico de muerte, y discutiré acerca de la noción de vida en tanto evento preciso.

³¹ JOHNSON, Robert, “The Death Debate: Penumbra Conundrum”, in *American Journal Hospice & Palliative Care*, 2018, Jan 1:1049909118778288. doi: 10.1177/1049909118778288.

2.3. Desde un pronóstico de muerte clínica hacia un pronóstico de vida clínica

Definir la muerte como un proceso, situado históricamente, que implica la acumulación de signos negativos de vida, a la vez que conceptualizar el criterio clínico de muerte como un pronóstico en relación con el devenir de dicho proceso, tiene dos implicancias fundamentales. En primer lugar, es reinterpretar la noción de muerte depurándola de los sesgos sexistas y androcéntrico que la revisten como un hecho objetivo, neutral, y universal. La segunda implicancia es que tal reinterpretación diluye la dicotomía creada entre muerte y vida: dejan de ser conceptos excluyentes, dejan de ser leídos como eventos precisos, aislados uno de otro por “nada” en medio.

En contraste, muerte y vida comienzan a tener puntos de contacto: conformando un sistema binario que implica dependencia ontológica, existen solapamientos donde un término se define en función de otro. En mi opinión, tal reinterpretación se extrapola directamente en la clínica: si existe un criterio clínico de muerte, también existe un *criterio clínico de vida*.

En otras palabras, si la muerte clínica se define como la acumulación de una serie de signos negativos de vida, podemos definir el concepto de *vida clínica* como la *pérdida progresiva* de los signos negativos de vida. En línea con el marco médico-legal respecto del criterio de muerte clínica, debería crearse un criterio de vida clínica estandarizado.

En este sentido, la pérdida progresiva de signos negativos de vida llegaría a su punto de inflexión con el *comienzo* de la actividad cerebral, o vida encefálica. Subrayo nuevamente que, al introducir el término de “progresión”, asumo que los conceptos clínicos se definen a la luz de la reinterpretación hecha para las propias nociones de muerte y vida, es decir, como procesos.

El interrogante que surge entonces es cuándo comienza la actividad cerebral. Anteriormente caractericé que las descripciones biológicas que asumen la existencia de eventos precisos son propias de la reproducción de una forma mecanicista de interpretar el mundo, acorde con un sistema dicotómico sexista y androcéntrico. Por tal razón, sería contradictorio sostener que existe un momento preciso en el cual comienza la actividad cerebral. Sin embargo, aun caracterizando el comienzo de dicha actividad como un proceso, podemos identificar tiempos estimativos en los que puede registrarse actividad cerebral.

A saber; se registra actividad en la corteza, indicando que la conexión funcional entre corteza y periferia se inicia a partir de entonces, entre las semanas 26 y 28; según recientes hallazgos, la respuesta cortical al dolor se registra alrededor de la semana 25. Sin embargo, en este punto hay controversias, dado que se ha propuesto que incluso después de la semana 25 el feto no es capaz de sentir dolor por las altas concentraciones endógenas de sustancias sedantes y analgésicas; la aparición de patrones sueño-vigilia, como resultado de la ma-

duración del tronco cerebral, se registran a través de EEG en la semana 30 de gestación³².

Sobre la base de estos hechos, y desde un plano netamente clínico, podemos caracterizar los procesos de vida y muerte como un continuo donde el proceso *hasta llegar a la vida*, siendo hoy definido desde una lectura cerebrocentrista, equivale al registro de actividad encefálica. Es decir, a partir de la semana 26. Aunque es controversial la actividad registrada en la semana 25 de gestación, podría incluso tomarse como “inicio”.

Remito a un inicio dado que, afirmar la existencia de vida humana equivale a decir que se es sujeto de derecho. Es decir, estando la concepción jurídica de persona fundada en criterios normativos, y no *naturales*, los límites establecidos para determinar cuándo se es persona, y cuándo no, son arbitrarios. Por lo tanto, la propia noción de persona se convierte en EL evento preciso sobre el que versan las nociones de vida y muerte. Sin embargo, tales nociones no existen como hechos finitos y objetivos, con un origen y un fin determinado. Más bien, se trata de procesos que son ajustados a la luz de los criterios normativos usados para definir el concepto jurídico de persona; las descripciones biológicas son usadas para respaldar dichos criterios.

En vistas de lo desarrollado anteriormente, un esquema que dé cuenta de estos hechos sería el siguiente:

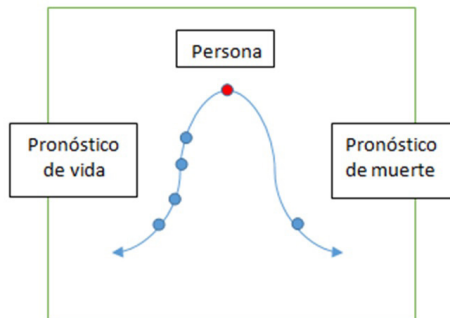


Figura 4

El único evento preciso y delimitado, al fundarse en criterios normativos, es el concepto jurídico de persona. A partir de que *se es persona*, la acumulación progresiva de los signos negativos de vida se encuentra representada por la parte descendente de la curva. El extremo tendiente al infinito no representa la trascendencia, o el paso a la eternidad. Como describí en el esquema anterior,

³² SALIHAGIC-KADIC, Aida - KURJAK, Asim, “Cognitive Functions of the Fetus”, *Ultraschall in Med.*, 38, 2017, pp. 181-189.

refleja que la muerte es un proceso, y la certeza absoluta del fin de la vida trataría de signos post-muerte.

El punto que indica un pronóstico de muerte es contingente, históricamente situado, y arbitrario; representa qué condición es suficiente hoy para decretar la muerte clínica. En el actual contexto, se trata de la muerte encefálica. Nuevamente, la muerte clínica no es sinónimo de muerte, en el sentido de no poder asegurar que, una vez hecho dicho pronóstico, indefectiblemente aparecerán los signos post-muerte. En cambio, *pronostica* el devenir de tales signos.

En el mismo sentido, la vida clínica, sinónimo de persona en términos jurídicos, sería equivalente a la semana número 26 de gestación. En otras palabras, cuando desaparece el signo negativo de vida que al otro lado de la curva sirve para trazar un límite, arbitrario, entre persona y muerte clínica, deberíamos considerar que se *llega a ser* persona. Por el contrario, anterior a esa semana de gestación, todos los puntos presentes del lado ascendente de la curva representan *pronósticos de vida*. En otras palabras, no existe vida clínica. En contraste, es probable que se llegue a cumplir con los requisitos para ser sujeto de derecho, *pero no es factible dar un diagnóstico de vida clínica a partir de dicha probabilidad*.

En efecto, podría ocurrir cualquier evento que impida llegar a la semana 26. De esta manera, la semana 26 trazaría un límite entre pronóstico de vida y persona jurídica (o vida clínica). El hecho de que no exista un evento preciso que dé inicio a la vida, por fuera del criterio de vida clínica, no es el retorno a la teoría preformista. Más bien, tal como sucede al otro lado de la curva, refleja que no existe un inicio puntual de vida. Sin embargo, es evidente que, a diferencia de la noción de muerte, que es seguida de signos post-muerte, *la vida no es precedida por descripciones biológicas que den cuenta de signos pre-vida*.

CONCLUSIONES

Los criterios de objetividad, neutralidad y universalidad, usados para describir las nociones de vida y muerte suponen describir tales nociones como hechos biológicos ahistóricos. Una reinterpretación a la luz de una epistemología feminista que las depure de sesgos sexistas y androcéntricos permite situarlas y conceptualizarlas como definiciones dinámicas.

Desde esta perspectiva es posible una nueva conceptualización del criterio de muerte clínica, a la vez que habilita introducir un criterio de vida clínica. Dado el actual discurso cerebro-centrista respecto de la existencia humana, la actividad encefálica se convierte en la frontera que divide el mundo de las personas jurídicas, del mundo de las que no. En este sentido, a lo largo del presente trabajo, demostré por qué el art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, que afirma que se es persona desde la concepción, se encuentra obsoleto. En otros términos, y remitiendo al último esquema descripto, se evidencia que, sea cual sea “el momento de la concepción”, se trata de un punto que se encuentra

antes que el concepto jurídico de persona. Es decir, que tal momento se convierte en un pronóstico de vida; *sin la desaparición del signo negativo de vida que hoy es considerado suficiente para pronosticar muerte clínica (actividad encefálica), no existe sujeta de derecho.*

Finalmente, considerando que la noción de muerte clínica encuentra su origen en la emergencia de nuevas políticas de salud pública, el concepto de vida clínica se vuelve necesario, y debe ser interpretado, en el mismo sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- CICCIA, Lucía, “La ficción de los sexos: hacia un pensamiento neuroqueer desde la epistemología feminista” (tesis doctoral), Facultad de Filosofía y Letras, Instituto interdisciplinario de Estudios de Género (IIEGE), Universidad de Buenos Aires, 2017.
- FOUCAULT, Michel, *El nacimiento de la clínica: una arqueología de la mirada médica*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- FOX KELLER, Evelin, *Reflexiones sobre género y ciencia* (trad. A. Sánchez), Valencia, Alfons el Magnánim, 1991 (original en inglés, 1985).
- GOPČEVIĆ, Aleksandar, *et al.*, “Ethical and medical management of a pregnant woman with brain stem death resulting in delivery of a healthy child and organ donation”, *Int J Obstet Anesth.*, Nov. 32, 2017, pp. 82-86. doi: 10.1016/j.ijoa.2017.06.007.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE ÉTICA CLÍNICA DE LA SOCIEDAD MÉDICA DE SANTIAGO, “Diagnóstico de Muerte”, *Rev Méd Chile*, 132, 2004, pp. 95-107.
- HARAWAY, Donna, *Ciencia, ciborgs y mujeres, la reinención de la naturaleza*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1995.
- HARDING, Sandra, *The Science Question in Feminism*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 1986.
- JACOB, Francois, *La lógica de lo viviente, una historia de la herencia* (trad. J. Senent), Barcelona, Tusquets Editores, 1999 (original en francés, 1970).
- JOHNSON, Robert, “The Death Debate: Penumbra Conundrum”, *American Journal of Hospice & Palliative Care*, 2018 Jan 1:1049909118778288, doi: 10.1177/1049909118778288.
- LAQUEUR, Thomas, *La construcción del sexo, cuerpo y género desde los griegos hasta Freud* (trad. E. Portela), Madrid, Ediciones Cátedra 1994 (original en inglés, 1990).
- LEWIS, Ariane *et al.*, “Pregnancy and Brain Death: Lack of Guidance in U.S. Hospital Policies”, *Am J Perinatol*, (14) 2016 Dec, pp. 1382-1387.
- MACDONALD, Derek *et al.*, “The Role of Neuroimaging in the Determination of Brain Death”, *J Neuroimaging* 2018, pp. 1-6, doi: 10.1111/jon.12516.

- MAFFÍA, Diana, “Contra las dicotomías: feminismo y epistemología crítica”, 2008, pp. 1-9, recuperado de <http://dianamaffia.com.ar/archivos/Contra-las-dicotom%C3%ADas.-Feminismo-y-epistemolog%C3%ADa-cr%C3%ADtica.pdf>.
- MORISON, Robert, “Death: Process or event?”, *Science* 1971, 173, pp. 694-8.
- MOLLARET, Pierre - GOULON, “Le coma dépassé”, *Rev. Neurol.*, 101, 1959, pp. 3-15.
- PÉREZ, Diana, “¿Pueden las neurociencias enseñarnos cómo vivir mejor?”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, XLII, 1, 2016, pp. 95-108.
- PRESIDENT’S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *Defining Death*, Washington DC, Government Printing Office, 1981.
- REPORT AD-HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH 205, *A Definition of Irreversible Coma*, 1968, pp. 337-340.
- RODRÍGUEZ DEL POZO, “La determinación de la muerte. Historia de una incertidumbre”, *Jano*, XLIV, 1036, 1993, pp. 1993.
- SALIHAGIC-KADIC, Aida - KURJAK, Asim, “Cognitive Functions of the Fetus”, *Ultraschall in Med*, 38, 2017, pp. 181-189.
- SARMIENTO, Pedro José, “¿Es la muerte cerebral realmente la muerte del individuo? Análisis de una compleja situación clínico-bioética y de sus consecuencias”, *Persona y Bioética*, vol. 7, N° 18, enero-abril, 2003, pp. 25-46.
- SCHIEBINGER, Londa, *¿Tiene sexo la mente? Las mujeres en los orígenes de la ciencia moderna* (M. Córdor), Madrid, Ediciones Cátedra, 2004 (trabajo original publicado en 1989).
- SHEMIE, Sam *et al.*, “International guideline development for the determination of death”, *Intensive Care Med*, 40, 2014, pp. 788-97.
- TROUG, Robert, “Organ transplantation without brain death”, *Annals of the New York Academy of Science*, 913, 2000, pp. 229-39.
- TRUEBA, Juan, “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio”, *An. Sist. Sanit. Navar*, 30 (Supl. 3), 2007, pp. 57-70.

Recepción: 14/5/2018

Aceptación: 20/7/2018

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA: UN ESTUDIO EXPLORATORIO SOBRE SU REGULACIÓN

Por SONIA ARIZA NAVARRETE^{*,**}

Resumen:

La objeción de conciencia es el instrumento jurídico que permite el incumplimiento de un deber legal cuando este contradice profundas convicciones morales de la persona obligada. Tradicionalmente, la OC fue presentada y aceptada en relación con el servicio militar obligatorio, con fundamento en mandatos morales pacifistas, laicos o religiosos. Sin embargo, desde hace varias décadas, la objeción de conciencia alcanzó la esfera sanitaria, en particular se resiste la realización de prácticas de salud sexual y reproductiva, así como las relacionadas con el fin de la vida. Aunque existe una diferencia fundamental en estos casos, y es que la objeción de conciencia supone un riesgo para los derechos e intereses de terceras personas, especialmente mujeres, niñas y adolescentes. La objeción de conciencia sanitaria ha demostrado ser un obstáculo para el acceso a los servicios de salud objetados cuando no existe una política pública que evite dichos resultados. En este trabajo me propongo explorar algunas de las

* Agradezco a todo el equipo de abogadas feministas del Núcleo de Abogacía Feminista (NAF) y en particular a Agustina Ramón Michel y a Paola Bergallo. A Cathy Green por le edición de este artículo para su primera publicación en 2017. Agradezco a Marcelo Alegre y a quienes integran el UBACyT sobre OC en la Universidad de Buenos Aires, especialmente a Romina Faerman, Nahuel Maisley, Tamara Tenebaum y Ezequiel Monti, por sus comentarios y la oportunidad para discutir este trabajo. Agradezco a Beatriz Kohén por su atenta lectura del primer borrador de este trabajo y por sus valiosos comentarios. Así como a Mariela Puga y Juan Marco Vaggione, por el intercambio sobre este tema en distintos contextos. Nota aclaratoria. En el texto se usará la primera persona como forma de reafirmar que las opiniones vertidas y los sesgos en la investigación son responsabilidad exclusivamente mía. Esto no debe leerse bajo ningún concepto como una falta de reconocimiento de que este escrito fue producto del trabajo en equipo y de la interacción con las personas mencionadas y muchas otras con las que fui construyendo estas ideas. Primera publicación: versión extendida en Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina (Comp.). La reproducción en cuestión: Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto. Vol. 1. EUDEBA, 2018.

** Sonia Ariza, abogada de la Universidad Externado de Colombia, cursó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo el máster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, en donde fue docente, investigadora y coordinadora del Programa de Investigación y abogacía Feminista hasta 2015 y actualmente es doctoranda. Es magister en derecho comparado por el Instituto Universitario Europeo (Florencia, Italia). Fue asesora externa de los programas de Salud Integral en la Adolescencia, del Ministerio de Salud de la Nación y del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable tanto de Nación como de la Provincia de Buenos Aires. Es investigadora externa en el Centro de Estado y Sociedad (CEDES) en el área de Salud, Economía y Sociedad.

diferentes posturas tanto doctrinales como regulatorias que se han asumido en el último tiempo para el abordaje de un fenómeno tan complejo. El estudio se centra en el análisis de las principales características de las regulaciones en una muestra de 53 países. A modo de cierre se resalta la importancia de contar con evidencia empírica que permita desarrollar estrategias de política pública relacionada con la OC sanitaria acordes con la realidad local.

Palabras clave:

Objeción de conciencia, salud sexual y reproductiva, derechos sexuales y reproductivos.

SANITARY CONSCIENTIOUS OBJECTION: AN EXPLORATORY
STUDY ON ITS REGULATION

Abstract:

The implementation of Sexual and Reproductive rights (SSR) still faces systematic barriers worldwide. A recurrent obstacle identified by recent studies is the use of conscientious objection (CO) by healthcare professionals to restrict access to SSR. That is, the use of the individual privilege to be exempted from the legal duty to perform a SRHP based on religious or moral beliefs that represent a conflict with the legal obligation to provide access to healthcare, e.g. abortion, In Vitro Fertilization, emergency contraception or transgender assistance. This chapter explores a set of national regulations on CO across the western world from a comparative perspective in order to tackle the insidious effects of the institution's misuse. The study presents an analytical distinction of the main legal features of regulations deployed to address CO in 53 countries. The first section portrays a range of scholarly and regulatory perspectives on this complex phenomenon. The second section analytically distinguishes the main characteristics of CO regulations within the selected samples. By way of conclusion, the chapter reflects on the importance of having empirical evidence to develop public policy strategies related to OC in the context of healthcare, which are aligned with local realities.

Keywords:

Conscientious objection, sexual and reproductive health, sexual and reproductive rights.

INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia (en adelante OC) es el instrumento jurídico que permite el incumplimiento de un deber legal cuando este contradice profundas convicciones morales de la persona obligada¹. En otras palabras, se trata de la

¹ ALEGRE, Marcelo, “Opresión a conciencia. La OC en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *Derecho y sexualidades*, SELA, 2009; DICKENS, Bernard, “Servicios de salud re-

exención de responsabilidad frente a la inobservancia de un deber jurídico, previo cumplimiento de las formalidades legales establecidas².

Tradicionalmente, la OC fue presentada y aceptada en relación con el servicio militar obligatorio, o la realización de ritos —religiosos o civiles— en diferentes situaciones que no representaban riesgo para derechos ajenos³. No obstante, en el último tiempo se ha presentado en escenarios más complejos, como el caso de la salud, en donde las/os profesionales buscan eximirse de la realización de ciertas prácticas que les corresponden por especialidad y relación funcional⁴. Se ve con particular intensidad la resistencia a prácticas relacionadas con la salud sexual y reproductiva⁵, así como con las que involucran el fin de la vida. En este trabajo me concentraré en el abordaje del primer tipo de objeción, es decir, frente a prácticas de salud sexual y reproductiva.

En el caso de la salud, la diferencia con la OC “tradicional” se da por el peligro que representa para la salud y los demás derechos de las/os pacientes, especialmente de las mujeres y otros grupos subordinados como adolescentes, personas LGTBIQ, entre otras. Es, por ello, que la validez de la OC en estas circunstancias ha sido ampliamente discutida en la doctrina⁶, sin embargo, existe acuerdo en que, de ser aceptada, debe ser regulada para neutralizar, o al menos mitigar, sus efectos adversos.

A partir de la década del setenta, aparecen regulaciones nacionales e internacionales sobre la OC sanitaria que la aceptan de manera explícita como expresión de los derechos humanos a la libertad de culto y de conciencia. Sin embargo, todos los organismos internacionales de derechos humanos coinciden en aceptar que no existe un derecho humano a la OC como tal⁷, pero que esta

productiva y el derecho y ética de la OC”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 2009a, vol. 13, pp. 2-9.

² GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Obediencia al derecho y OC”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1990, p. 249.

³ Como sugiere Alegre (2009) para indicar que, en sus orígenes, la OC no se aplicó a situaciones en las que derechos de personas individualizables estuvieran en riesgo por el incumplimiento del deber objetado.

⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General N° 22: comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, Artículo 18 - *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, 48° período de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993.

⁵ Se trata de prácticas médicas vinculadas, especialmente, con la anticoncepción temporal y permanente, la prevención de ITS, la información sobre aspectos vinculados con el placer sexual, aborto, entre otros.

⁶ ARIZA, Sonia - RÁMON MICHEL, Agustina, “OC y aborto”, en RAMOS, S. *et al.*, *Investigación sobre aborto en América Latina y El Caribe: una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Centro de Estudios de Estado y Sociedad-CEDES, México, DF, Population Council, Lima, Promsex, 2015, Libro digital, PDF, pp. 191 y ss.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva 10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 (libertad religiosa y de culto) de la Convención Americana sobre De-*

puede ser permitida en tanto no atente contra los derechos de otras personas⁸. A nivel nacional, aun cuando la OC sanitaria no está reconocida expresamente en la Constitución de la mayoría de países se puede rastrear su fundamento constitucional, además de los derechos a la libertad de conciencia y de culto, en el derecho a la autonomía, que en general si lo están⁹. De manera que, como derivación del derecho a la autonomía, la OC también tiene importantes límites. Por un lado, su ejercicio no puede lesionar el interés general o el bien público y, por otro, no puede afectar los derechos y/o bienes de otras personas¹⁰. En ese sentido, los Estados han implementado diferentes estrategias regulatorias para garantizar el derecho a la OC y mitigar los riesgos para terceras personas que pueden derivarse del ejercicio de la OC, tal y como se han comprometido en el marco nacional e internacional de los derechos humanos.

En este trabajo me propongo explorar algunas de las diferentes posturas tanto doctrinales como regulatorias que se han asumido en el último tiempo para el abordaje de un fenómeno tan complejo como la OC sanitaria, particularmente la frente a prácticas de salud reproductiva. Con ese objetivo presentaré analíticamente un panorama de diferentes alternativas regulatorias, en materia de reconocimiento, alcance y procedimiento para el ejercicio de la OC sanitaria en el mundo. Cabe aclarar que la discusión acerca de la entidad jurídica o la justeza de su reconocimiento en el ámbito sanitario no será tratada en este trabajo. Partiré, entonces, del dato empírico de que en la gran mayoría de los países de occidente se reconoce en alguna medida, para revisar las diferentes regulaciones y posturas adoptadas frente a la OC siguiendo el diseño metodológico descrito a continuación.

rechos Humanos, julio de 1989; FISCHER, Meghan Grizzle, “The United Nations and the Right to Conscientious Objection in the Health-Care Field”, *Tex. Rev. L. & Pol.* 21, 2016: 201; MC-CAFFERTY, Christine, “Women’s access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection”, Council of Europe Social, Health and Family Affairs Committee Report, doc 123, 2012.

⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Casos 9647, “James Terry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos”, informe 3/87 (22/08/1987); “Caso 2137 Testigos de Jehová c. Argentina”, informe 02/79 (5/3/1979); Caso 9903, “Rafael Ferrer-Mazorra c. Estados Unidos”, informe 51/01 (04/04/2001); Así como el informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000.

⁹ ALEGRE, Marcelo, “Opresión a conciencia...”, cit.

¹⁰ En 2001, en la sentencia del caso “Pichon and Sajous vs. France” la Corte Europea de Derecho Humanos reconoció como límite de la OC, la afectación de derechos de terceras personas. En este caso un farmacéutico se negó a vender anticonceptivos por considerar que esta actividad atentaba contra sus creencias religiosas. La Corte finalmente falló en contra del farmacéutico afirmando que “la venta de anticonceptivos es legal y se produce por prescripción médica, el demandante no puede imponer sus creencias religiosas como justificación para negar la venta de medicamentos, en este caso anticonceptivos”- Es decir, no puede lesionar el derecho al acceso a la anticoncepción de otras personas. Eur. ct. HR (3ra sección), “Pichon and Sajous v. France” (exp. N° 49853/99) decisión (inadmisibilidad) de 2/10/2001.

✓ *Diseño de la investigación*

La presente investigación se desarrolló en dos etapas. La primera, una revisión de fuentes secundarias sobre OC sanitaria frente a prestaciones de salud sexual y reproductiva. Las fuentes se clasificaron en teóricas/conceptuales y regulatorias/jurisprudenciales. Como resultado se pudieron identificar diferentes posturas sobre OC sanitaria, así como un panorama de los países que cuentan con regulaciones y/o políticas públicas sobre el tema.

La segunda etapa se dio la selección de países y regulaciones para este estudio. Esta actividad se vio restringida por dos criterios: primero, accesibilidad *online*, se incluyeron leyes nacionales que estaban disponibles en las páginas *web* oficiales de los diferentes Estados y órganos internacionales. Se pudo verificar, por fuentes secundarias, que muchas de las regulaciones sobre el tema son administrativas, y por ser regulaciones de nivel jerárquico bajo (como circulares u órdenes intrahospitalarias) el texto de la norma no está disponible *online*. En segundo lugar, la accesibilidad por idioma. Solo se tomaron normas disponibles en español, inglés, francés, portugués e italiano, ya sea como idioma original o porque contaban con traducciones oficiales o realizadas en fuentes secundarias en alguno de los idiomas mencionados. Por lo anterior, esta no se trata de una revisión sistemática de las regulaciones, sino más bien una selección de distintos modelos regulatorios que pretenden dar cuenta de factores relevantes a tener en cuenta a la hora de regular la OC sanitaria reconocida a trabajadores de la salud.

Como resultado, se consultaron las regulaciones de 50 países, dentro de los cuales 10 no permiten la OC sanitaria¹¹ y los 40 restantes regulan de alguna manera la OC¹². También se tomó una muestra de *soft law* compuesta por regulaciones de colegios médicos, farmacéuticos, de enfermería; así como algunos pronunciamientos sobre OC de órganos internacionales sobre el tema.

En este trabajo las regulaciones consultadas han permitido categorizar las alternativas de regulación que se presentan analíticamente, con el objetivo de proporcionar a la lectora herramientas regulatorias para pensar en una política pública de salud sexual y reproductiva, que pueda incorporar la OC de forma que sirva para garantizar el acceso a los servicios de salud de todas las personas, y especialmente de las mujeres.

¹¹ Bulgaria, Finlandia, Islandia, Letonia, Macedonia, Malta, Montenegro, República Checa, Suecia y Venezuela.

¹² Alemania, Andorra, Argentina (se incluyeron 4 regulaciones subnacionales: Buenos Aires, Santa Fe, San Luis y Mendoza), Australia, Austria, Belice, Bolivia, Bosnia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, Ecuador, España (se incluyeron 2 autonomías: Castilla-La Mancha y Valencia), Estonia, Francia, Ghana, Gran Bretaña, Guyana, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Luxemburgo, Madagascar, México (se incluyeron 4 estados: Querétaro, Jalisco, México y la Ciudad de México), Noruega, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Singapur, Sudáfrica y Uruguay.

✓ *Hoja de ruta*

En el artículo se encuentra en primer lugar, la presentación de las *posiciones frente a la OC en el mundo*, divididas en tres categorías: i) *inadmisibilidad* de la OC sanitaria; ii) *admisibilidad protegida*, que concibe la OC como un derecho fundamental (absoluto ¿?) y se opone a casi todas sus limitaciones; y iii) *aceptación condicionada*, compuesta por una serie de posturas que proponen distintos tipos de limitaciones a la OC.

En la segunda sección, dada la gran cantidad de regulaciones y doctrina dentro de este último grupo, el estudio se concentra en la presentación y análisis de las principales *estrategias de regulación sobre OC*, caracterizándolas de acuerdo con los rasgos comunes, haciendo referencia a los matices que adquieren en diferentes latitudes.

A modo de cierre presento algunas conclusiones, relacionadas con la necesidad de realizar un diagnóstico y evaluación local de los servicios de salud sexual y reproductiva, especialmente para las prácticas de aborto legal por ser las más resistidas actualmente. Se resalta la importancia de contar con evidencia empírica que permita desarrollar estrategias de política pública relacionada con la OC sanitaria acordes con la realidad local. Lo anterior por cuanto la conclusión más importante de este estudio es la imposibilidad de desarrollar “fórmulas mágicas” aplicables a cualquier país en relación con la OC en sentido amplio, y en particular con la OC sanitaria.

1. POSICIONES FRENTE A LA OC SANITARIA EN EL MUNDO: ALGUNOS EJEMPLOS

Como se adelantó, la mayor resistencia de las/os profesionales de la salud al cumplimiento de sus deberes profesionales, se da en torno a prácticas de salud sexual y reproductiva, seguida por prácticas relacionadas con el fin de la vida (eutanasia). Estas resistencias afectan de manera desproporcionada a colectivos subordinados como las mujeres y la población LGBTIQ, así como aquellas que se encuentran en situación de desprotección de acuerdo con su situación como las personas jóvenes, las más pobres, las personas con enfermedades graves y/o crónicas, etc. De la misma forma, la OC puede suponer un mayor o menor riesgo de lesión de derechos de terceras personas de acuerdo con el contexto institucional, social y las características propias de la población usuaria de los servicios. Frente a esta situación, la doctrina legal y los Estados (y también la filosofía moral) han desarrollado diferentes posturas sobre la legitimidad de permitir la OC en materia sanitaria, así como un gran número de opciones regulatorias para lidiar con este problema.

En el cuadro 1 se muestran las tres posturas identificadas frente a la OC, y se resalta la potencialidad de cada una para proteger derechos y libertades en tensión. Ello no quiere decir que cualquier posición específica dentro de cada

una de las tres grandes posturas identificadas resulte igualmente protectora o lesiva a derechos e intereses en juego.

Tabla 1. Posturas frente a la OC en el mundo

Posiciones Criterios	Inadmisibilidad	Regulación	Admisibilidad protegida
Protección de la libertad de culto	*	✓	✓
Protección a la autonomía personal del/a profesional	*	✓	✓
Protección a la autonomía del/a paciente	✓	✓	*
Protección de los demás derechos del/a paciente	✓	✓	*

Referencias de cuadro: ✓ Protección Fuerte * Protección débil

En esta sección presentaré, por un lado, someramente los principales argumentos que han llevado a defender las otras dos posturas mencionadas en la introducción: la de la *inadmisibilidad* y la *admisibilidad protegida*; por el otro, analizaré especialmente la postura que he llamado de *aceptación condicionada* de la OC, además de ser más extendida entre los países consultados en esta investigación, presenta una mayor riqueza para una descripción analítica de las regulaciones estudiadas.

1.1. Inadmisibilidad

Dentro de esta postura se considera la OC en materia sanitaria inadmisiblemente absolutamente. En primer lugar, por cuanto el riesgo de vulneración de los derechos de las/os usuarias de los servicios de salud tiene un efecto de veto frente a la posibilidad de ejercer la OC. Es decir, cuando la OC no se encuentra en el ámbito exclusivo de autonomía del/a objetor/a, sino que su ejercicio implica el menoscabo de derechos de terceros, la OC deviene imposible, el derecho no puede aceptarla o no debería hacerlo¹³.

En segundo lugar, se argumenta que el ejercicio de las profesiones de la salud involucra deberes especiales derivados tanto de su monopolio sobre conocimiento médico (generalmente, los Estados certifican, otorgan permisos para ejercer esta profesión a quienes cumplen con ciertos requisitos),

¹³ ALEGRE, Marcelo, "Opresión a conciencia...", ob. cit.

como de los privilegios que la sociedad les otorga por la función que cumplen (estatus, derechos, confianza pública, etc.). Estos deben ser compensados poniéndose al servicio del interés del/as pacientes con lealtad, buena fe y resolviendo los conflictos éticos a favor de la persona contratante, es decir, cumpliendo con la provisión de todas las prácticas médicas que les corresponden sin excepción¹⁴.

Las/los profesionales de la salud, además, eligieron libremente el ejercicio de esa profesión y especialidad, conociendo desde el momento de elegirlos las prestaciones que implica, o las que podría razonablemente implicar¹⁵. Por esa razón, no es posible eximirse de una prestación que sabían era parte del catálogo de sus obligaciones y que en sentido eligieron libremente. Ahora bien, probablemente un/a profesional especialista en ginecología graduado hace 40 años, no imaginaba que podría verse en la obligación de colocar un implante hormonal subdérmico, ya que no existía en ese momento¹⁶. Sin embargo, sí sabía que la anticoncepción es una de las tareas que le correspondería en su labor profesional con lo cual, aunque el método cambie, la sustancia de la prestación es la misma, por lo tanto, de acuerdo con esta postura, no habría lugar para invocar la OC. El mismo razonamiento se seguiría en el caso del aborto, si al momento de su graduación como ginecóloga/o era una práctica ilegal. Este/a profesional, como hecho de público conocimiento, sabía que las mujeres mueren por esa causa, y que esas muertes son evitables con la intervención de personal capacitado que lo lleve adelante en condiciones seguras, por lo que es esperable que el gobierno tome medidas que impliquen que las/os profesionales intervengan para evitar dichas muertes, al menos en algunos casos¹⁷.

¹⁴ VEATCH, Robert, *A Theory of Medical Ethics*, New York, Basic Books, 1981. MAY, William, "The composition and function of ethical committees", *Med Ethics journal*, N° 1, vol. 1, abril de 1975, pp. 23-29. RHODES, Rosamond, "Molding Professional Character", NUALA, Kenny - WAYNE, Shelton (ed.), *Lost Virtue: Professional Character Development and Medical Education*, Elsevier Press, 2006, pp. 99-115.

¹⁵ Este conocimiento, por supuesto, deriva de una combinación entre el marco legal vigente en un país (las prestaciones legales y las que no lo son) y el avance de la ciencia (desarrollo de nuevos procedimientos o campos de aplicación médica), que son dinámicos, por tanto, la proyección del alcance de las prestaciones posibles debe ser realizado por quienes ejercen cada especialidad en la medicina. Ver, ALEXANDER, John, "Promising, professional obligations, and the refusal to provide service", *HEC*, Forum, 2005, N° 17, vol. 3, pp. 178-195.

¹⁶ Si bien los implantes sub-dérmicos fueron inventados en 1967, solo hasta 1975 se estableció el tipo de hormona que podría resultar adecuada para estos dispositivos y las pruebas médicas para su aprobación en los Estados Unidos se completan en 1983 (Norplant) y recién en 1993 comienza su distribución efectiva. Asociación de Profesionales de la Salud (ARHP), "The Single-Rod Contraceptive Implant", 2008, <http://www.arhp.org/publications-and-resources/clinical-proceedings/Single-Rod/History>, fecha de consulta: 30/5/2016.

¹⁷ El aumento del riesgo de muerte derivada de las prácticas inseguras de aborto sería solo una de las razones que llevarían a la legalización del aborto, no es objeto de este escrito analizar las demás razones, que son incluso más potentes, sino únicamente señalar una de ellas a manera de ejemplo.

En tercer lugar, aparece un argumento fuerte acerca de la legalidad de la OC de una persona con posición de garante¹⁸. Las/os profesionales frente a sus pacientes, a la sociedad y a su profesión tienen un deber especial de protección de la vida, la integridad física y psíquica de sus pacientes¹⁹. Por los cuales no les es dable sustraerse al cumplimiento de deberes derivados de su profesión, ya que pueden afectar los derechos y la salud de sus pacientes.

Un cuarto argumento, se deriva de la relación médico-paciente, que implica un deber especial de respeto por la autonomía y los demás derechos del paciente. Este argumento lo ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia de Canadá²⁰, afirmando que se trata de una “relación fiduciaria”²¹, en donde una de las partes debe poner a disposición de la otra su fuerza y sus conocimientos para realizar todo aquello que resulte en el *mejor interés* de la otra parte. En este sentido, la ley debe proteger, primordialmente, a la parte más débil de la relación, aquella que se acerca al/a profesional de la salud para evitar o para tratar una afectación a su salud biopsicosocial.

Un quinto argumento rechaza la OC sanitaria por sus consecuencias discriminatorias, ya que afecta de manera más gravosa a los sectores pobres y las minorías en situación de vulnerabilidad, en particular a las mujeres²². Fiala, por ejemplo, califica a la negativa de realizar una práctica médica como una “desobediencia deshonrosa”²³. Considera el autor que si se presentara una objeción frente a la atención de personas negras, judías o musulmanas, la OC sería claramente inaceptable, pero como en general afecta a mujeres, personas jóvenes (de 10 a 25 años), personas trans, gais y lesbianas, resulta aceptable y se puede discutir su reconocimiento. Es, entonces, la OC el reflejo de las estructuras opresivas de nuestras sociedades que se traslada explícitamente al ordenamiento jurídico para perpetuar la subordinación de algunos grupos. El ejemplo de la salud sexual y reproductiva y, en particular, la anticoncepción y el aborto es paradigmático en este sentido, ya que la objeción a estas prestaciones tiene el

¹⁸ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia “La Posición de Garante para el médico consiste en el deber de encausar debidamente el peligro hallado en la integridad física o psíquica del paciente para buscar —por todos los medios posibles— su pronta cura o alivio y evitar que ese peligro se convierta en un resultado nefasto”. Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 8 de noviembre de 2007, N° 27.388. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁹ VEATCH, Robert, *A Theory of Medical Ethics*, New York, Basic Books, 1981.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de Canadá, “Norberg v. Wynrib”, File N° 21924, 1991: June 19; 1992: June 18, [1992a] 2 SCR 226.

²¹ Es importante resaltar que la Corte en este caso no se expide en relación con la OC directamente sino sobre la relación médico-paciente y los deberes especiales que esta supone. Este argumento sirve perfectamente para justificar la prohibición de la OC sanitaria.

²² ALEGRE, Marcelo, “Opresión a conciencia...”, ob. cit.

²³ FIALA, Christian - ARTHUR, Joyce, “Dishonourable disobedience’Why refusal to treat in reproductive healthcare is not conscientious objection Woman”, *Psychosom Gynaecol Obstet*, 2014, <http://dx.doi.org/10.1016/j.woman.2014.03.001>, fecha de consulta: 30/5/2016.

potencial de afectar de modo diferencial a las mujeres, y particularmente a las de bajos recursos.

Esta posición, inadmisibilidad de la OC sanitaria, la sostienen países como Suecia y Venezuela, en donde se ha prohibido la OC en materia sanitaria. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su art. 59, sobre libertad de religión y de culto, establece que “Nadie podrá invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de la ley ni para impedir a otro u otra el ejercicio de sus derechos” y agrega en el art. 61, sobre libertad de conciencia, que “la OC no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos”²⁴.

En Suecia, constitucionalmente se rechaza la posibilidad de incumplir un deber legal, la figura jurídica de la OC no existe. Por lo tanto, la regla general en Suecia es que las convicciones morales/religiosas no son tomadas como criterio de organización de los servicios de salud, se privilegia la legalidad, sin embargo, por razones prácticas se ha reconocido que los/as directores/as de hospitales pueden reconocer situaciones análogas, es decir, es posible utilizar mecanismos para relevar de ciertas prácticas a quienes vean afectadas profundamente sus convicciones morales, aunque deberán realizarlas en caso de que no exista otra/o profesional disponible²⁵.

1.2. Admisibilidad protegida

En una posición opuesta, están los sectores que creen que la OC es un derecho esencial, e inderrotable²⁶. Por tanto, su restricción debe ser excepcional y establecida por ley del más alto rango. Esta postura, en general, es defendida por sectores conservadores, que defienden un absolutismo ético, que suele relacionarse con el cumplimiento de deberes religiosos²⁷. Algunos defensores de esta postura, incluso, consideran que en algunos supuestos es obligación de los creyentes eximirse de la realización de algunas prácticas como el aborto y la anticoncepción²⁸. Aunque no se encontró dentro de la muestra estudiada ningún

²⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 61. “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte la personalidad o constituya delito. La OC no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos”.

²⁵ NAVARRO-VALLS, Rafael, “La OC al aborto: Derecho comparado y Derecho español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1986, N° 2, pp. 47-48.

²⁶ WICCLAIR, Mark, *Conscientious objection in health care: an ethical analysis*, Cambridge University Press, 2011. Falta indicación de página/as.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ PUGA, Mariela - VAGGIONE, Juan, “La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos”, en *Peripecias en la lucha por el derecho al aborto*, Ferreyra Editor, 2013, pp. 93-138.

Estado que sostenga esta postura, distintas autoridades religiosas, asociaciones privadas de profesionales de la salud, impulsan fuertemente esta postura²⁹.

Ahora bien, es evidente que esta concepción favorece el uso abusivo de la OC, ya que, al impedir la restricción de la OC, le da un alcance más amplio que el que tienen los demás derechos, incluso los derechos humanos. Además, se presenta en sectores que han usado esta figura como mecanismo de presión para desarticular las políticas públicas que protegen grupos desaventajados, por ejemplo, mujeres, niñas/os, adolescentes, personas mayores, sexualidades diversas, personas viviendo con VIH, etc. Es el caso de lo ordenado por el Papa Juan Pablo II y reiterado por la Congregación para la Doctrina de la Fe del Vaticano que, en 2008, se pronunció en la encíclica *Dignitas Personae* instigando a los feligreses de la religión católica a que recurran a la OC para evitar la práctica de abortos legales en sus respectivos países³⁰.

1.3. Posición de aceptación condicionada o de regulación

Esta es una posición que podría ser considerada intermedia y presenta una variación interna importante. No pretendo asegurar que las anteriores posturas descritas son homogéneas, pero es evidente que dentro del amplio gris que representa esta aceptación condicionada, hay una mayor variedad de matices. Dentro de este grupo se busca, con diferente grado de intensidad, conciliar la tensión que se reconoce entre las libertades de conciencia y de culto con los derechos humanos de las y los pacientes, ya que es claro que el potencial de afectación de derechos no es equiparable a otras OC³¹. Se entiende, además, que

²⁹ Ejemplos de este tipo de organizaciones son: Federación Internacional de Médicos Católicos (FIAMC); Asociación Médica Católica Americana (CMA); la Asociación de Médicos Católicos del Reino Unido; en la Argentina el Consorcio de Médicos Católicos (CMC).

³⁰ De la misma forma el papa Benedicto XVI, instó al uso de la OC para evitar la práctica de abortos legales (Servicios de prensa del Vaticano), valiéndose del pronunciamiento del Consejo de Europa (resolución 1763 de 2010) que reconoce la OC, condicionada a la garantía del derecho las/os pacientes al acceso a las prestaciones. En definitiva, el papa hace un llamado a la *desobediencia civil*, que es una práctica ilegal, en donde el incumplimiento del deber legal tiene un objetivo político, impedir la implementación de una política pública o el ejercicio de un derecho. Sobre diferencias entre desobediencia civil y OC. PECES BARBA, Gregorio, "Desobediencia civil y OC", *Anuario de Derechos Humanos*, Ed., Universidad Complutense, Madrid, 1988-89, N° 5, pp. 159-176.

Servicio de Prensa del Vaticano, "OC, educación sexual y libertad religiosa", s.a., publicado en Catholic.net, discursos papales, <http://www.es.catholic.net/op/articulos/11091/cat/484/objecion-de-conciencia-educacion-sexual-y-libertad-religiosa.html>, falta fecha de consulta: 30/5/2016.

³¹ Este ha sido el reclamo de diversas organizaciones de la sociedad civil y organismos de defensa de los derechos humanos que alertan sobre el uso no regulado de la OC y los peligros que esto supone. Uno de ellos es la utilización sistemática de la OC como instrumento de desarticulación de políticas públicas de salud sexual y reproductiva. El caso más referido tiene que ver con el aborto y es detallado por el Informe del Relator especial para el derecho a la salud (2011).

en todos los casos la prioridad es el acceso al derecho a la salud y los demás derechos de las/os pacientes.

Sin embargo, conserva un importante componente de protección de las libertades de los profesionales, fundamentada en la garantía de la estabilidad del “mercado moral”, como sugiere Jarosch³². Según este autor, la regulación de la OC aparece como una garantía tanto para las conciencias disidentes³³, como para las beneficiarias de la norma objetada que, en teoría, serían las conciencias de la mayoría³⁴.

De acuerdo con esta postura la OC, por un lado, permite que las personas cuyas convicciones morales chocan de manera irreconciliable con la carga impuesta por la norma (no aquellas personas que sientan incomodidad o disgusto moral) puedan apartarse de su cumplimiento. Por otro lado, a través de la regulación pública, se garantiza que se respeten tanto la conciencia como los derechos que aquellas personas que tienen derecho a la atención médica, a través de la imposición de deberes individuales y, sobre todo, institucionales.

En la siguiente sección se presentarán analíticamente las principales características observadas en las regulaciones comparadas en este trabajo y las diferentes alternativas de abordaje de la OC sanitaria. Como se adelantó, solo se abordan los aspectos de las regulaciones que se relacionan con la OC individual. De la misma forma, vale aclarar que se trata de un análisis normativo y no de políticas públicas, por tanto, los aspectos contextuales de las regulaciones y su inserción en las políticas de protección de los derechos y la salud sexual y reproductiva han quedado sustancialmente afuera de este análisis.

³² JAROSCH, Jeffrey Paul, “Finding space for opposing consciences: Rehabilitating the moral Market place for the emergency Contraception debate”, *USA Northwestern University Law Review*, N° 3, vol. 103, 2009, pp. 231-233.

³³ Que en este caso serían las de quienes presenten OC, aunque por supuesto es muy discutible que representen una minoría, tanto en términos cuantitativos, como relacionales, en palabras de Puga y Vaggione. Esto, por cuanto, al menos en el caso de las prestaciones de salud sexual y reproductiva, su objeción muestra una alineación con la postura mayoritaria de las religiones canónicas y de los sectores más conservadores de la esfera laica (si es que existen de forma separada). PUGA, Mariela - VAGGIONE, Juan Marco, *La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos*, 2012 (no publicado).

³⁴ Es muy importante tener en cuenta que en estas situaciones no hay solo una conciencia en juego, también está involucrada la conciencia de quien solicita la práctica, tras una evaluación de sus propias creencias morales. Quien solicita la práctica es porque considera que es lo moralmente correcto en su situación, ya sea anticoncepción transitoria, permanente de emergencia, un aborto, una vasectomía, etc. Además, se debe tener en cuenta que se presenta otro conflicto adicional con la moral pública, que si bien no es una conciencia, es un conflicto moral importante a la hora de considerar el ejercicio de la OC. Esa moral pública en el caso concreto es expresada en la norma que impone el deber jurídico que se pretende objetar. También defrauda la moralmente a la sociedad quien objeta el cumplimiento de un deber legal.

2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS REGULACIONES

Como resultado del análisis de las regulaciones de los 40 países relevados, se identificaron ocho características comunes, aunque con diferente alcance, en la mayoría de los países. Las reglas identificadas para el ejercicio de la objeción de conciencia fueron clasificadas en las siguientes categorías analíticas: legitimación, explicación, motivación, presentación formal, validación, plazo, presentación y mecanismo de gestión. La tabla 2 presenta una descripción de cada una de dichas categorías.

Tabla 2. Principales características de las regulaciones sobre OC

Características	Descripción
Legitimación	Establece quiénes están habilitados para ejercer la OC. En general, pueden presentar OC las/os profesionales que realicen personalmente la práctica objetada (reconocimiento estricto). En algunos casos se extiende la habilitación a personal auxiliar, administrativo, etc. (reconocimiento amplio).
Explicitación	La forma en la que se debe expresar la OC frente a las autoridades sanitarias o administrativas correspondientes. En general, debe expresarse personalmente de forma verbal o escrita.
Motivación	Las razones que son aceptables para el ejercicio de la OC, estas pueden ser morales o religiosas. Algunas regulaciones solo reconocen razones religiosas. En general, se debe explicar cuáles son las razones morales centrales para el/la objetor/a que impiden el cumplimiento del deber legal.
Presentación formal	Formalidades exigidas para la validación de la OC. La expresión de la calidad de objetor se puede realizar frente a una autoridad designada para tal fin. Puede ser: director/a del servicio, autoridad sanitaria, autoridad específica como un consejo de OC.

Características	Descripción
Validación	Procedimiento de evaluación de la motivación para la aceptación de la objeción. Algunas regulaciones permiten la validación automática de las objeciones, la mayoría, sin embargo, exigen distintos tipos de constatación de la veracidad o el cumplimiento de los requisitos para ejercerla. Los requisitos pueden ir desde la evaluación por un juez, alguna autoridad administrativa (comité o encargada) o la superiora jerárquica, entre otros.
Plazo	Para la presentación de la OC. Puede ser desde el momento de solicitud de la matrícula profesional, en el momento de solicitar un cargo en un servicio, al momento del ingreso a un servicio o desde que la regulación entre en vigencia. En general, es de 30-90 días, una vez vencido el plazo no se puede alegar la calidad de objetor/a. En la mayoría de las regulaciones solo se acepta la OC presentada antes de una solicitud concreta de la prestación objetada, ya que hacerlo de forma concomitante aumenta los riesgos tanto de afectación a la salud como de vulneración de derechos de las/os pacientes, en todo caso algunas regulaciones siguen esta opción.
Publicidad e información	Presenta las obligaciones que las/os profesionales objetores tienen en el momento de recibir una consulta sobre la prestación objetada, así como sobre el tipo de información que debe ser entregada a las/os pacientes y la forma en deben hacerlo.
Mecanismo de gestión	Se requiere la confección de mecanismos para neutralizar el riesgo generado para las/os pacientes por la condición de objetor/a de un/a profesional tratante. Ej., registro de objetores/as, reglas de contratación y movilidad del personal sanitario en función de la calidad de objetores/as, sistemas de estímulos para profesionales que cumplen con sus deberes profesionales, entre otras.

Las siguientes secciones profundizan en cada una de las categorías comunes identificadas. Se presentarán los rasgos centrales, con los diferentes alcances y restricciones establecidas para cada una.

2.1. Legitimación

Este requisito se refiere a la determinación de las personas que tienen autorización legal para presentar OC. Las regulaciones reconocen legitimación amplia o restringida. La primera (*amplia*) implica que cualquier profesional de la salud o integrante del personal sanitario vinculado de alguna forma con las prácticas objetadas puede eximirse de participar en ellas. La *restringida* implica que solo un/a profesional de salud que este obligada/o, de acuerdo con su especialidad y cargo a realizar de propia mano las prácticas de salud objetadas, puede ejercer la OC.

La mayoría de las regulaciones consultadas permiten únicamente la OC de quienes participen directamente en la práctica, excluyendo la objeción de quienes tengan labores de preparación o atención posterior. Es decir, acogen una legitimación restringida de la OC. En el caso del aborto quirúrgico, por ejemplo, las pruebas previas y la recuperación posterior no pueden ser rehusadas legítimamente, entendiendo que la conciencia de quienes participan de esta forma no se puede ver afectada de forma profunda³⁵. Este es el caso de Colombia, en donde de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional,

deja en claro que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. *Contrario sensu*, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención (Sentencia T-388/09).

En el Reino Unido³⁶, por ejemplo, se reconoce una legitimación amplia que incluye las etapas previas y posteriores a la práctica, ya sea de la fertiliza-

³⁵ Ejemplos de esta postura son: Australia, Belice, Bélgica, Canadá, Colombia, Ghana, Guayana, Italia, Sudáfrica, México, entre otros.

³⁶ Dos casos fallados por la Corte Suprema de Justicia británica (House of Lords) confirman esta postura de reconocimiento de legitimación amplia para la OC, tanto para el personal médico como para las formas de intervención en la práctica. La primera es el caso del *Colegio Real de Enfermeros c/ Departamento de Salud y Seguridad Social del Reino Unido*. La demanda alegaba que cualquier intervención, tanto en las etapas previas como posteriores a la práctica de un aborto legal, podría resultar lesiva a la moralidad de las enfermeras y enfermeros que debían tomar parte. La Corte, en una decisión muy dividida, concluyó que la autorización normativa para la objeción incluía todas las etapas de la práctica de la intervención del embarazo, aceptando una legitimación amplia, que incluye etapas previas y posteriores a la terminación en sí misma. *Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security*, Great Britain, England, House of Lords, Jan 1981, [1981] AC 800, [1981] 1 All ER 545 CA and HL(E), [1981] 2 WLR 279, [1980] UKHL 10. <http://swarb.co.uk/royal-college-of-nursing-of-the-united-kingdom-v-department-of-health-and-social-security-hl-1981/>. Fecha de consulta: 1/6/2016. El otro caso, esta vez una administrativa fue despedida por incumplimiento de funciones después de rehusar la realización de una carta de derivación a una paciente que solicitaba la terminación de un embarazo, para que pudiese acceder a la práctica. La demandante, alegaba su derecho a la OC,

ción asistida, el aborto, etc. Pero se limita a las prácticas médicas propiamente dichas, las cuestiones administrativas o de suministro de medicamentos no están contempladas como pasibles de ser objetadas.

El caso de farmaceutas, y su legitimación para objetar la provisión de medicamentos (con o sin receta médica de acuerdo con la legislación local), ha sido muy discutido³⁷. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones consultadas acuerdan en que no es posible presentar OC por parte de estas/os profesionales. Como ejemplo, el caso de Alemania, en el que la negación de provisión de medicamentos puede generar la suspensión de la matrícula profesional (§§ 1 Abs. 2, 2 and 4 ApoG). Contrariamente, el código de ética del Colegio de Farmacéuticos de Gran Bretaña, reconoce a sus asociadas/os la posibilidad de objetar la entrega de anticonceptivos postcoitales y píldoras abortivas, obviamente con la carga de asegurarse de entregar toda la información necesaria para que la persona que solicita el medicamento pueda recibirlo sin demoras, por un/a profesional no objetor/a³⁸.

En Italia, por ejemplo, a pesar del activo reclamo de la Asociación de Farmaceutas Católicos para lograr el reconocimiento de la OC a sus profesionales, se mantiene vigente la regulación (ley 194/1978 y su reforma ley 40/2004) que prohíbe la OC a profesionales que no estén implicados directamente en la práctica del aborto³⁹.

Esta característica resulta fundamental para delimitar el alcance de la OC y permitir la planeación de la gestión de los servicios. Dado que, dependiendo

en este caso la Corte entendió que si bien el proceso de interrupción incluye las etapas previas y posteriores a la práctica, el reconocimiento de la OC se limita las intervenciones médicas, no puede extenderse a las cuestiones administrativas. Por tanto niega la legitimación para la OC y por tanto la terminación de su contrato laboral estaba justificada. Corte Suprema de Justicia de Gran Bretaña (House of Lords, Great Britain). “Janaway v. Salford Health Authority”, Great Britain, House of Lords, 1988, Dec 1 [1988] 3:1079-84.

³⁷ En España, por ejemplo, aunque la norma no permite expresamente este tipo de OC, recientemente el Tribunal Constitucional español (2015) reafirmó el derecho de farmaceutas a rehusarse a dispensar medicamentos cuando esta acción les represente un conflicto entre “valores constitucionales” únicamente, no así cuando se trate de conflictos con otro tipo de valores. En consecuencia, revoca la decisión que sancionaba a un farmacéuta que se negó a comprar y vender anticoncepción de emergencia y preservativos. El fallo resulta muy discutible, ya que hace una distinción sin fundamento atendible entre tipos de anticoncepción, en contra de toda la evidencia científica sobre el mecanismo de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia. Sin embargo, nos sirve para mostrar cómo algunos Estados refuerzan la ampliación de la legitimación para el ejercicio de la OC sanitaria. Tribunal Constitucional español, sentencia del 25 de junio de 2015, en el recurso de amparo avocado Nº 412-2012. http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_052/2012-00412STC.pdf. Fecha de consulta: 1/6/2016.

³⁸ Sociedad Farmacéutica real de Gran Bretaña, (Royal Pharmaceutical Society), *Código y estándares de ética (Code of Ethics and Standards)*, 2007, <http://www.rpharms.com/code-of-ethics-pdfs/coeppt.pdf>. Fecha de consulta: 30/5/2016.

³⁹ Decreto Real del Ministerio de salud Nº 1706 del 30 de septiembre de 1938. Detalles sobre la aplicación de esta norma en el Informe del Consejo de Ministros de Italia sobre OC de farmacéuticos (2011). Disponible en <http://www.palazzochigi.it/bioetica/eng/pdf>. Fecha de consulta: 30/5/2016.

de si se trata de una legitimación amplia o restringida, las estrategias de garantía del acceso a los servicios tendrán que ser diferentes, y estar adaptadas a la variedad de profesionales habilitados para ejercer la OC.

2.2. Explicitación

En la mayoría de las regulaciones es necesario que se explicita el conflicto moral de forma que el Estado, las instituciones, la comunidad y sus pacientes puedan conocer esta situación. Es decir, la OC no opera automáticamente. En general, este requisito se impone como condición previa al ejercicio de la OC sanitaria. La objeción debe ser manifestada y expresada explícitamente para que pueda ejercerse. La explicación debe darse frente a una autoridad sanitaria para que tenga efecto, de acuerdo con la regulación se asigna esta responsabilidad de autoridades de distintos niveles, nacional, estadual, o incluso de cada servicio. La forma en la que se debe presentar también está, generalmente, reglada para que se presente de forma escrita u oral.

Un ejemplo de este requisito aparece claramente en la regulación de Noruega (The Act N° 50, 13 June 1975, reformada en 2001) en donde se requiere presentación por escrito tanto al/a director/a del hospital como al/a jefe/a de servicio. Requisito de presentación por escrito se puede ver también en las regulaciones de un número importante de países, como España, Portugal y Alemania.

2.3. Motivación/justificación

La justificación de la OC debe darse con base en razones morales centrales para quien pretende hacerse valer como objetor/a. Debe ser articulada de forma que, tanto la comunidad como el Estado, mediante sus poderes, puedan verificar la concurrencia de fundamento suficiente y validar su ejercicio. La intensidad con la que se presenta este requisito varía según las legislaciones, algunas presumen la motivación y, por tanto, no la requieren. Otras exigen cartas, documentos y/o pruebas de la centralidad del deber moral en que se sustenta la OC. Algunas más incluso establecen un comité que puede pedir documentación y escucha en audiencia formal a quienes alegan ser OC antes de decidir sobre la aceptación de dicha objeción.

En México, por ejemplo, la regulación nacional no requiere una justificación amplia de la objeción, sino que es suficiente la invocación de la OC por razones morales o religiosas⁴⁰. Noruega resulta un buen ejemplo de este requisito. Su regulación explícitamente indica que se debe entregar una “carta de motivación” adjunta a la solicitud de la OC. En Lituania (Decreto Ministerio de salud, 1994), por ejemplo, solo se aceptan motivos religiosos para la OC sanitaria.

⁴⁰ NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención. Art. 6.4.2.7. Tratamiento de la violencia sexual.

ria, por ello, la justificación debe ser sustentada tanto en un deber o norma religiosa comprobable, como en la centralidad de esa norma para el/la profesional. En Singapur (Termination of Pregnancy Act 1974, modificado en 1984), por su parte, se debe realizar una motivación de la OC acompañada de un juramento solemne de la veracidad de su contenido.

Este requisito de motivación de la OC ha sido disputado por algunos sectores, que están en desacuerdo con el requisito de expresión explícita⁴¹. De acuerdo con sus detractores, este requisito vulnera el derecho a la privacidad de las creencias, ideología y religión de las personas, que, en general, se protege constitucionalmente. Sin embargo, en la mayoría de las regulaciones sobre OC se ha aceptado que la expresión de la calidad de objetor/a opera como garantía del ejercicio de la excepción. Por lo tanto el conflicto que se presenta es aparente, ya que no es posible mantener fuera del conocimiento público, o como mínimo de las autoridades sanitarias, la calidad de objetor/a y a la vez ejercer dicha objeción en el servicio de salud.

2.4. Presentación formal

Este requisito se deriva de los dos anteriores, pero merece ser tratado por separado por cuanto la formalidad, es una de las garantías del cumplimiento de los requisitos antes mencionados para la aceptación de las OC. La formalidad de la presentación varía desde la presentación por escrito (simple, en formulario especial o en trámite judicial), hasta la presentación oral (simple, ante una autoridad sanitaria, o en audiencia formal, en general, frente a un comité o tribunal de evaluación de la OC).

En España, Portugal e Italia, por ejemplo, debe presentarse por escrito⁴²; mientras que en Holanda y México⁴³, se prevé la expresión oral frente a la autoridad sanitaria designada. En la Argentina, algunas provincias como Santa Fe⁴⁴ y Mendoza⁴⁵ han desarrollado formularios para la presentación de la OC

⁴¹ Es el caso, entre otros, de la organización religiosa “Médicos por la vida” en la provincia de Santa Fe en la Argentina, que se ha dedicado a persuadir a profesionales de la salud para que presenten OC frente a las prácticas de salud sexual y reproductiva. El objetivo que han expresado tiene que ver con impedir la implementación de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva en dicha provincia.

⁴² España, art. 19.2 de la ley 2 de 2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo; Portugal, art. 4º de la Lei Nº 6 11.5 de 1984 Exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez; Italia, art. 9º de la L. 22 de mayo de 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

⁴³ Holanda, Ley del 1 de noviembre de 1984. Termination of pregnancy act; México, NOM-046-SSA2-2005, ob. cit.

⁴⁴ Resolución 843/10. Registro de objetores de conciencia. Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe.

⁴⁵ Resolución 933 de mayo 13 de 2011. Crea el registro de objetores de conciencia en todo el sistema sanitario provincial.

por escrito, y la provincia de San Luis consagró la demanda judicial de amparo como mecanismo para este fin⁴⁶.

2.4.1. Presentarse ante las autoridades designadas

Este requisito se refiere a que la expresión de las objeciones de conciencia en el sistema sanitario debe realizarse frente a una autoridad competente que se encargará de relevar y validar las objeciones, así como de archivar la información, ya sea en listas, registros de objetores o la forma que sea), y dictar medidas para garantizar la disponibilidad de personal no objetor para la realización de las prácticas en todo momento.

La presentación de la OC puede hacerse ante una autoridad sanitaria, una entidad privada (colegios profesionales), una autoridad administrativa (Comisión de conciencia) o una autoridad judicial, designada especialmente para ese fin.

Algunas regulaciones han establecido a la administración hospitalaria como la receptora de las objeciones de conciencia de su personal⁴⁷. En este caso cada centro de atención auto-gestiona sus objeciones; generalmente es el/a director/a quien debe asumir esta responsabilidad. Como ejemplos, los casos de Colombia (sentencia C-355/06), México (NOM -046-SSA2-2005) e Italia (ley 194 de aborto de 1978), en los que las objeciones de conciencia son administradas por el director/a de cada entidad prestadora de salud, asegurándose de que las prestaciones sean garantizadas en todo momento a las/os pacientes. Con este fin, cada prestadora debe establecer sus mecanismos autónomamente como se verá más adelante.

Otras regulaciones designan una autoridad sanitaria de mayor jerarquía. Así, por ejemplo, España (ley 2/2010) instituye como la autoridad encargada de las objeciones de conciencia a la Gerencia de Atención Especializada que corresponda a cada profesional. Por su parte, en el nivel subnacional, por ejemplo, la comunidad autónoma de Navarra, en España, estableció que la gestión de las objeciones de conciencia estará también en cabeza de Servicio Navarra de Salud, la máxima autoridad sanitaria de la comunidad foral. En la Argentina, la provincia de Santa Fe (resolución 988/2010) fijó al Ministerio de Salud provincial como el ente que llevará a cabo las tareas de relevamiento y administración de las objeciones de conciencia.

Otra alternativa identificada, aunque menos usada, separa del sistema de salud la validación de las objeciones. En el caso de la provincia de San Luis en Argentina, se establece que será la autoridad judicial, mediante el recurso de amparo, quien determine la validez de la OC, y habilite su ejercicio en cada caso

⁴⁶ Ley I-0650-2008. Regula al estilo de la OC frente al servicio militar que consagraba la Constitución española de 1978 (art. 30.2) que ordenaba el procedimiento judicial del amparo para su ejercicio (art. 53.2).

⁴⁷ Es el caso de las regulaciones de Noruega, Luxemburgo, Sudáfrica, Canadá, Brasil, Bosnia, Australia, Ghana, Irlanda, Hungría, entre otras.

concreto. Por supuesto, este sistema requiere una articulación con el sistema de salud para organizar los servicios de modo que se respeten los derechos de las/os pacientes. En la provincia de San Luis las objeciones se tramitan inicialmente ante el poder judicial local, y una vez han sido aceptadas la información se traslada a un órgano especial, creado dentro del Poder Ejecutivo, el “comité consultivo de OC”, que se encarga de la evaluación de las objeciones y de articular con el sistema de salud para garantizar la realización de las prestaciones objetadas (ley I-0650-2008 y decreto 3024/09).

2.5. Validación de la OC

Esta característica se refiere al juicio informado por parte de la autoridad designada, acerca de la sinceridad de las alegaciones acerca de la centralidad de las convicciones que llevan a presentar la OC. Como lo explica White⁴⁸, este análisis es necesario por cuanto permite determinar más que la veracidad de los contenidos morales alegados, la racionalidad de la objeción y descartar que existan motivos encubiertos, o desconocimiento por parte de quien pretende objetar⁴⁹. Por ello, es necesario realizar un juicio estricto de proporcionalidad (“balancing of interests”) entre la centralidad de la creencia, el grado de conflicto en que se halla con la norma o con el deber legal y finalmente, la ausencia de alternativas menos lesivas para conciliar los demás intereses en conflicto. Esto con el objetivo de asegurar que la OC responda a las características y condiciones aceptadas por la legislación local, así como que la persona objetora conoce las cargas y obligaciones a que se compromete como consecuencia del ejercicio de la OC.

Se han adoptado diferentes mecanismos para la evaluación de la justificación presentada por el/la objetor/a. Las alternativas van desde la validación automática de la objeción por el solo hecho de presentarlo como en la legislación mexicana; hasta estrategias como las de la provincia de San Luis que establecen que debe recurrirse a un proceso judicial de amparo para determinar la validez de la OC. Esta opción regulatoria ha mostrado efectividad en otros países, en el caso de la OC a la conscripción obligatoria⁵⁰. Ahora bien, en la OC sanitaria,

⁴⁸ WHITE, James, “Processing conscientious objection claims: a constitutional inquiry”, *California Law Review*, mayo de 1968, N° 3, vol. 56.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 1953. Este fallo establece la carga para el/la objetor/a (en ese caso al servicio militar obligatorio) de demostrar la veracidad de la creencia y la centralidad de su cumplimiento en su vida, por medio de pruebas que puedan ser avaladas por la autoridad designada.

⁵⁰ En relación con el servicio militar obligatorio la mayoría de países iniciaron el reconocimiento de la objeción por vía judicial (OC propia) y algunos posteriormente la reconocieron por vía legislativa (OC impropia) asignándole, en algunos casos, una vía administrativa para su declaración. AJANGIZ, Rafael, “The European farewell to conscription?”, in MJØSET, Lars - van HOLDE, Stephen, (ed.), *The Comparative Study of Conscription in the Armed Forces Comparative Social Research*, vol. 20, Emerald Group Publishing Limited, 2002, pp. 307-333; BURK,

actores/as informados, como los/as profesionales de la salud, se presentarían ante autoridades que cuentan con mecanismos adecuados para hacer valoración de pruebas (testimoniales, documentales, etc.), tanto sobre la sinceridad de las razones alegadas, como sobre la racionalidad de las mismas, dependiendo del contexto.

Otra estrategia identificada contempla la creación de una instancia administrativa de las OC. La finalidad de estos procesos apunta a la instrucción de quienes se consideran objetoras/es para que, además de presentar la OC y su motivación, conozcan las obligaciones atadas a la OC y las condiciones en que puede ser ejercida tal excepción. De igual, son estas autoridades las que conceden la autorización para el ejercicio de la OC en las condiciones que los servicios de salud lo permitan. Se trata, pues, de una garantía tanto para el/la profesional, respecto de la legitimidad de su reclamo de incumplimiento de un deber legal asegurando que no pueda ser objeto de sanciones por ese hecho y, a la vez, de una garantía para los servicios de salud, ya que podrán organizar su planta de prestadores de forma tal de lograr cumplir con las prestaciones ordenadas por la ley.

En esta línea se encuentra la regulación holandesa (Abortion Act del 1 noviembre de 1981) que contempla la evaluación de la objeción por medio de un comité *ad hoc*, ante el cual las/os objetores/as deben presentarse y fundamentar su OC tanto de manera escrita como oral. Este comité evalúa los “hechos de base” que sustentan los motivos de la OC, estos pueden ser la pertenencia y práctica asidua de una religión, la participación activa en grupos civiles en contra de determinadas prácticas, etc. El comité también evalúa OC sustentadas en juicios morales que no tengan base en actos verificables. La evaluación de cada caso es determinante para la aceptación o autorización de la OC.

La regulación danesa (ley 350/1973, con su enmienda ley 389/1995), por su parte, establece “comités de conciencia” para la evaluación de la OC. En Colombia existe un proyecto de ley, que no ha sido aprobado que incluye también esos comités, y asigna la responsabilidad de la gestión de la OC a las personerías municipales. De acuerdo con el procedimiento previsto en este proyecto, la objeción debería presentarse por escrito, y la autoridad tendría un plazo de 30 días para evaluarla, dentro de los cuales podría citar al/la solicitante para que aclare o amplíe su fundamentación de manera oral o escrita, caso en el cual tendría 10 días para allegar las acreditaciones solicitadas por el comité en caso de no fijarse audiencia oral.

En la Argentina, por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, se realizó un proceso de validación de las objeciones de conciencia presentadas con base en lo ordenado en la res. 340/10, que incluyó dos etapas: una primera de relevamiento de las objeciones, y una segunda de confirmación/ratificación de

James, “Citizenship Status and Military Service: The Quest For Inclusion by Minorities and Conscientious Objectors”, *Armed Forces & Society* Summer, N° 21, 1995, pp. 503-529.

aquellas que no superaron el examen de validación⁵¹. Esta última etapa incluyó la capacitación del personal sanitario en relación con el contenido y los deberes que conlleva la OC⁵².

2.6. Plazo para expresar la condición de objetor/a

La mayoría de las regulaciones establecen un término para presentar la OC, fuera del cual las OC presentadas no pueden ser ejercidas.

La mayoría de las fuentes consultadas coinciden en que la OC debe ser presentada de manera previa a la solicitud de la práctica objetada. Ello por cuanto la más importante limitación para el ejercicio de la excepción es la afectación de los derechos de las/los pacientes. En este sentido, la presentación previa opera como garantía de doble vía: por un lado, permite a las/os pacientes acudir a profesionales no objetoras/es cuando solicitan una práctica pasible de ser objetada, o ser derivadas sin dilaciones a personal no objetor. Por otro lado, asegura que las/os profesionales objetores no se vean obligados a realizar la práctica objetada, ya que los servicios de salud podrán ser organizados para que se encuentre en servicio personal no objetor.

En países como España (ley 2/2010) e Italia (ley de aborto 194 de 1978)⁵³, la OC debe presentarse desde el mismo momento de recibir habilitación para el ejercicio profesional o, en su defecto (para el caso de practicantes), desde que comienza labores en un servicio. Los profesionales que estaban ya en servicio en el momento de entrada en vigencia de la regulación tuvieron un plazo de treinta días para expresar su objeción. En la Argentina, en la provincia de Mendoza (res. 933/11) y en la provincia de Santa Fe (res. 843/02), se sigue este mismo sistema de plazo para la OC.

Algunas regulaciones prevén la posibilidad de presentar la objeción ante la solicitud de la práctica, garantizando que la prestación se realice dentro del plazo legal establecido. Es el caso de países como Croacia, Portugal, Francia, Ho-

⁵¹ Los criterios tenidos en cuenta para la validación se refirieron particularmente a la motivación de la OC. En primer lugar, para asegurar que se tratara de convicciones morales centrales, basadas en evidencia científica actualizada y aceptada por la comunidad médica nacional e internacional. Es común que profesionales de la salud con errores o falta de información sobre algunos aspectos de la práctica objetada, cambien su decisión una vez actualizan su conocimiento. También es necesario el análisis de la objeción para evitar errores sobre la motivación aceptable para la OC, se ha detectado que profesionales con sobrecarga de trabajo o con prácticas médicas privadas prefieren eximirse de la realización de ciertas prácticas para realizarlas solo bajo determinadas circunstancias, estos casos, como es lógico, deben ser detectados e invalidadas las pretendidas objeciones, por no ser tales.

⁵² Este proceso aún se está llevando adelante por el Ministerio de Salud provincial.

⁵³ Regulaciones de Argentina (tanto el protocolo nacional de interrupción voluntaria del embarazo de 2015, como algunas regulaciones provinciales), Canadá, Colombia, Irlanda, Reino Unido, Singapur, Uruguay, entre otras.

landa, y Hungría, así como algunos estados de México⁵⁴, y España⁵⁵. En este último caso la objeción debe darse siete días antes de la fecha indicada para la práctica, con el fin de asegurar la prestación en tiempo y forma por personal no objetor. Sin embargo, esta estrategia podría exponer al/a profesional objetor/a a la realización de la práctica, si no se tiene un procedimiento para la derivación y personal no objetor disponible. De igual forma, esta estrategia dificulta la garantía del derecho a la información y a la elección del/a profesional tratante de las/os pacientes.

2.7. Información sobre la OC

Una cuestión conexas al plazo de presentación de la OC es el plazo para informar al/a consultante sobre la OC de su médica/o tratante. Las regulaciones contemplan reglas que especifican las obligaciones sobre el momento, el tipo de información que debe ser entregada a las/os pacientes y la forma en que se debe hacer. De igual forma se establece la obligación de informar a las/os pacientes sobre las prácticas, la forma en la que pueden acceder a ellas y las garantías que el/la profesional objetor tiene que tomar para que no se obstaculice el acceso.

Este requisito es especialmente importante, ya que, como lo reconoció el Colegio de Médicos y Cirujanos de Ontario, Canadá (2014), este momento se puede convertir en un juicio moral sobre la decisión del/a paciente, por ello, se establece la obligación de no entregar razones de la objeción, sino únicamente asegurar que se trata de razones “de conciencia” o “personales” y no de razones “clínicas” o “médicas” por la que desaconsejaría la práctica objetada.

En relación con este punto, la legislación Belga establece la obligación de informar a todas las personas sobre la OC desde la primera consulta (art. 348, inc. 2º, CP #6). En el mismo sentido la legislación francesa (ley 75/75 mod. 1979). Sin embargo, se constató que la mayoría de las legislaciones no prevén mecanismos específicos para dar información acerca de la calidad de objetor/a de los profesionales.

Algunas estrategias para asegurar el acceso a la información sobre la OC de cada profesional han sido la ubicación de carteles de aviso en la puerta de los consultorios en los que se aclare las prácticas objetas; la ubicación de listados de objetores/as en las zonas de ingreso de los servicios o habilitación de páginas web en las que se dé acceso amplio a los datos sobre las prácticas objetadas,

⁵⁴ Estado de México, art. 16.7 de la Ley de Salud, aprobada en Toluca de Lerdo, México, 18 de diciembre de 1986; Jalisco, art. 18 ter de la Ley estatal de Salud, aprobada el 16 de diciembre de 1986; Querétaro, art. 45 de la Ley de Salud del estado de Querétaro, publicada en el periódico oficial del Estado “La Sombra de Arteaga” el día 30 de enero de 2010 (Nº. 07).

⁵⁵ Castilla la Mancha, Orden de 21/6/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento de OC a realizar la interrupción voluntaria del embarazo. Con su modificatoria Orden de 14/10/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se modifica la Orden de 21/6/2010.

los lugares y horarios de atención de esos/as profesionales. En la provincia de Santa Fe, por ejemplo, se habilitó una pestaña en la página web del Ministerio de Salud para acceder a la información sobre el personal objetor de conciencia. Allí se puede consultar tanto el nombre, el servicio, los turnos del/a profesional objetor/a, así como las prestaciones que objeta, con el fin de que todas las personas puedan acceder a la información y elegir su profesional tratante de manera informada⁵⁶.

2.8. Administración de las objeciones de conciencia: el registro de objetores/as

Como se ha dicho, la OC es un privilegio que se reconoce a las/os profesionales de la salud. Su ejercicio supone cargas asociadas tanto a nivel individual⁵⁷, como institucional para que no afecte los derechos de quienes requieren las prácticas objetadas. Es, por ello, que su reconocimiento debe estar insertado en una política pública más amplia que garantice las condiciones para el adecuado acceso los servicios de salud, particularmente en el caso de la salud sexual y reproductiva, por tratarse de prácticas altamente objetadas y de uso regular o rutinario de las personas, especialmente de las mujeres. En la mayoría de las regulaciones consultadas se ve un abordaje muy precario de los aspectos relacionados con la gestión sanitaria: organización de la planta de personal en función de su disposición a realizar las diferentes prácticas ordenadas por las normas locales, garantía de oferta de servicios, reaseguros operativos para garantizar la accesibilidad a las prácticas objetadas, entre otras. En general, las regulaciones se limitan a diseñar estrategias para la presentación de las objeciones de conciencia. Una excepción muy loable es la de Noruega, cuya regulación se ocupa de los aspectos laborales (contratación de personal, justa causa de despido, opción de reacomodación de la planta de personal, etc.), administrativos (quién y cómo se garantiza tanto el ejercicio de la objeción como la realización de las prácticas sin cargas adicionales para las/os pacientes) y operativos (cómo, ante quién y cuáles son las cargas asociadas a la OC sanitaria).

Aunque existen variadas estrategias para lograr operativizar tanto las objeciones, como los servicios de salud que tienen personal objetor; uno de los mecanismos más recurridos en las regulaciones consultadas es el registro de objetores. Se trata de un registro oficial del personal que presenta válidamente OC.

⁵⁶ Registro de objetores/as, [http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/126120/\(subtema\)/93802](http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/126120/(subtema)/93802), fecha de consulta: 1/6/2016.

⁵⁷ Se trata de los deberes de *información, derivación, atención de emergencia y ante la ausencia de personal no objetor*, y garantía del acceso a la prestación objetada por parte de la/el solicitante. Es decir, ante una consulta en la que se requiera o sea recomendable una de las prácticas objetadas es su deber informar y derivar al/a solicitante con un/a profesional no objetor/a. Así mismo, debe prestar atención en casos de emergencia o en los que no exista personal no objetor disponible. Además de los deberes generales de beneficencia, no maleficencia, respeto de la autonomía, justicia y no discriminación. Ver. COOK, Rebecca - DICKENS, Bernard, "Access to emergency contraception", J. Obstet Gynaecol, Canada, 2004, N° 26, vol. 8, pp. 706 y ss.

Los registros en general, y en particular el de objetores/as de conciencia, son herramientas para el manejo de información relevante para la gestión pública o privada en diferentes niveles. Permiten garantizar el acceso a bienes y servicios, controlar la calidad de estos y planificar estrategias para mejorar, ampliar, especializar las actividades. Las fuentes consultadas muestran que por razones prácticas y políticas los registros han recibido importante resistencias, y en muy pocos casos han resultado implementados adecuadamente. De cualquier forma es importante resaltar las funciones para las que fueron previstos, con el fin de aportar para el diseño de mejores estrategias que permitan asegurar al menos:

- La centralización de la información sobre la OC. Que las autoridades sanitarias cuenten con los datos suficientes para desarrollar una política pública de garantía del servicio. En este sentido, conocer los motivos y las objeciones y otras resistencias del personal sanitario es fundamental.
- Administración del personal. Es responsabilidad institucional y de la autoridad central sanitaria garantizar el acceso efectivo a las prácticas objetadas, por tanto, se requiere la formulación de una estrategia de gestión, que implique la reubicación, contratación, terminación de contratos y capacitación del personal sanitario, para asegurar la disponibilidad de profesionales comprometidos con la realización de las prácticas.
- Seguimiento y control del ejercicio de la OC, la oferta de servicios y el acceso afectivo. Una vez las/os objetores comienzan a ejercer su derecho es necesario vigilar el cumplimiento de los deberes, individuales e institucionales, asociados a la OC. Se trata de acciones continuadas que permitan la resolución inmediata y estandarizada de conflictos derivados de la OC, así como el relevamiento de buenas prácticas en la materia.
- Estadística aplicada. Es importante conocer la proporción y variaciones en la disponibilidad de personal sanitario para la prestación de las prácticas de salud sexual y reproductiva. De esta forma todas las tareas antes descriptas pueden realizarse con base en el análisis de evidencia local, cruzada con otros datos estadísticos sanitarios relevantes.

CONCLUSIÓN

En este artículo pasé revista a una serie de posiciones sobre el reconocimiento jurídico de la OC ante la realización de ciertas prácticas vinculadas a los derechos reproductivos y describí diversas posibles soluciones tendientes a garantizar derechos de pacientes y profesionales, a la vez que mencioné sus aspectos positivos y negativos.

Es fundamental que al momento de reflexionar sobre este tema, se tenga presente que los derechos sexuales y reproductivos son conquistas conseguidas especialmente por el movimiento de mujeres como resultado de importantes luchas. Las resistencias que históricamente se plantaron en su contra hacen que

la defensa y protección del acceso a las prestaciones que los hacen efectivos sea una prioridad. La OC, en materia de salud y especialmente salud sexual y reproductiva, puede ser una barrera importante para el acceso a las prestaciones legales. Por las características de la relación entre médicas/os y pacientes es necesario que la OC sea regulada, y su uso vigilado de manera estricta, para que no resulte un reconocimiento discriminatorio.

Como dije desde el inicio de este artículo, considero que la regulación de la OC garantiza que tanto el derecho a la libertad de culto de las/os profesionales de la salud como los derechos de las/os pacientes sean resguardados. Entiendo, por supuesto, que idealmente las/os profesionales de la salud deberían conocer las prestaciones que supone la especialidad que eligen desempeñar, así como los valores morales que les son centrales y, por tanto, tendrían que realizar la evaluación moral, profesional y como ciudadanos/as antes de optar por un área de la práctica que se verán obligados/as a defraudar. Sin embargo, en el estado de cosas actual, las estrategias adoptadas en cuanto a la regulación presentan aristas muy interesantes, como quedó indicado a lo largo de este trabajo, para pensar en la posibilidad de implementar regulaciones locales que respondan a las necesidades particulares de la población y de los servicios de salud.

Finalmente, considero que, sea cual fuere la estrategia de regulación que se adopte, y pese a que existen unas mejores que otras, lo central es que no se deje en la indeterminación el alcance y las formalidades necesarias para que el uso de la OC sea legítimo y pueda, de este modo, cumplir con la finalidad de protección de la autodeterminación y la conciencia de los/as profesionales al tiempo que se respete en todo sentido el derecho de quienes acuden a los servicios.

Una preocupación que continúa, aún después de la revisión de las estrategias de regulación comparadas, es la que se refiere a las estrategias para la publicidad de la calidad de objetor/a de las/os profesionales de manera que las pacientes lleguen a conocer efectivamente la calidad de objetor/a de su tratante, especialmente en el sistema público de salud en donde por supuesto existe menor capacidad de las usuarias/os de elegir libremente su profesional tratante. Propuestas no recogidas en las legislaciones, como la ubicación de carteles en la puerta del consultorio, o listados colgados en el área de recepción o mesa de entrada de los servicios, podrías ser una alternativa. En provincias como Santa Fe, se han habilitado espacios en la página web del Ministerio de Salud local en los que se puede consultar el listado provincial de objetores/as, sin embargo, considero que esta estrategia, si bien es un paso en dirección a garantizar el acceso a las/os usuaria/os a información tan relevante, no alcanza para asegurar los derechos de las pacientes consultantes, si no se acompaña de otras acciones de gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo, “Opresión a conciencia. La OC en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *Derecho y sexualidades*, SELA, 2009.
- ALEXANDER, John, “Promising, professional obligations, and the refusal to provide service”, *HEC*, Forum, 2005, N° 17, vol. 3, pp. 178-195.
- AJANGIZ, Rafael, “The European farewell to conscription?”, MJØSET, Lars - VAN HOLDE, Stephen (ed.), *The Comparative Study of Conscription in the Armed Forces Comparative Social Research*, Emerald Group Publishing Limited, vol. 20, 2002.
- ARIZA NAVARRETE, Sonia, “Resistencias al acceso al aborto (no punible): la OC”, en *Revista Derecho Penal*, Año I, N° 2, Buenos Aires, Argentina, Ed., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, septiembre 2012.
- ARIZA, S. - RÁMON MICHEL, A., *OC y aborto*, en RAMOS, S. et al., *Investigación sobre aborto en América Latina y El Caribe: una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Centro de Estudios de Estado y Sociedad-CEDES, México, DF, Population Council, Lima, Promsex, 2015, libro digital, PDF, pp. 191 y ss.
- ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DE LA SALUD (ARHP), *The Single-Rod Contraceptive Implant*. 2008, <http://www.arhp.org/publications-and-resources/clinical-proceedings/Single-Rod/History>. Fecha de consulta: 30/5/2016.
- BALAREZO FORTTINI, Juan, *La publicidad registral como mecanismo de seguridad jurídica en derecho registral*, t. I, 2ª ed., Gaceta Jurídica Eds., 1999, pp. 57-70.
- BLANCARTE, Roberto, *Laicidad y bioética. Aspectos sociales de la bioética*, México, Comisión Nacional de Bioética, 2009.
- BRIOZZO, Leonel, *Aborto provocado en condiciones de riesgo en Uruguay. Iniciativas Sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo (ISCAPCR) La experiencia del modelo de reducción de daños en aborto inseguro*, Clacai Digital, 2008.
- BURK, James, “Citizenship Status and Military Service: The Quest For Inclusion by Minorities and Conscientious Objectors”, *Armed Forces & Society Summer*, N° 21, 1995 pp. 503-529.
- CAVALLO, Mercedes - RAMÓN MICHEL, Agustina, “La OC frente al aborto legal (o la solución del sector salud frente al ‘problema’ del aborto legal)”, WOMEN’S WORLDWIDE (comp.), *Aproximaciones a la O.C. a partir de la experiencia de Colombiana con visión global*, Bogotá, 2013.
- COLLINS, Susan et al., “Current Status, historical Highlights and basic principles of harm reduction”, MARLAT, Alan et al. (comp.), *Harm Reduction. Pragmatic strategies for managing High-risks Behaviors*, Guilford Press, 2012.

- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción *Dignitas Personae*, 2008.
- CONSEJO DE MINISTROS DE ITALIA, *Informe sobre OC de farmacéuticos*, 2011 <http://www.palazzoChigi.it/bioetica/eng/pdf>.
- COOK, Rebecca - DICKENS, Bernard, “Access to emergency contraception”, *J. Obstet Gynaecol*, Canadá, 2004, Nº 26, vol. 8, pp. 706 y ss.
- DIRECCIÓN DE ESTADÍSTICAS E INVESTIGACIÓN EN SALUD (DEIS), *Estadísticas vitales. Información básica, año 2012*. Dirección de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud de la Nación, 2013 <http://www.deis.gov.ar/Publicaciones/Archivos/Serie5Nro56.pdf>. fecha de consulta: 30/5/2016.
- DICKENS, Bernard, “Servicios de salud reproductiva y el derecho y ética de la OC”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 2009a, vol. 13, pp. 2-9.
- “Legal protection and limits of conscientious objection: when conscientious objection is unethical”, *Medicine and Law* 28, 2009b, pp. 337-47.
- “Conscientious objection and professionalism”, *Expert Rev. Obstet. Gynecol.* 2009c, Nº 4, vol. 2, pp. 97-100.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 237.
- FIALA, Christian - ARTHUR, Joyce, “Dishonourable disobedience’ — Why refusal to treat in reproductive healthcare is not conscientious objection. Woman”, *Psychosom Gynaecol Obstet.* 2014, <http://dx.doi.org/10.1016/j.woman.2014.03.001>; fecha de consulta: 30/5/2016.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Obediencia al derecho y OC”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1990.
- HEINO, Anna, et al., “Conscientious objection and induced abortion in Europe”, *The European Journal of Contraception and Reproductive Health Care*, august 2013, vol. 18.
- JAROSCH, Jeffrey Paul, “Finding space for opposing consciences: Rehabilitating the moral Marketplace for the emergency Contraception debate”, *USA Northwestern University Law Review*, 2009, Nº 3, vol. 103, pp. 231-233 (doi:10.3109/13625187.2013.819848).
- MAY, William, “The composition and function of ethical committees”, *Med Ethics journal*, abril de 1975, Nº 1, vol. 1, pp. 23-29.
- MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto, “Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado”, *Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica*, t. 177, Lima, agosto 2008.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Protocolo para la Atención Integral de Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo*, 2015.
- NAVARRO-VALLS, Rafael, “La OC al aborto: Derecho comparado y Derecho español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1986, Nº 2, pp. 47-48.

- PECES BARBA, Gregorio, “Desobediencia civil y OC”, *Anuario de Derechos Humanos*. Ed., Universidad Complutense, Madrid, 1988-89, N° 5, pp. 159-176.
- PUGA, Mariela - VAGGIONE, Juan Marco, *La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos*, 2012.
- RHODES, Rosamond, “Molding Professional Character”, in KENNY, Nuala - SHELTON, Wayne (eds.), *Lost Virtue: Professional Character Development and Medical Education*, Elsevier Press, 2006, pp. 99-115.
- RODRÍGUEZ TORRES, José Enrique, “El derecho a morir dignamente y la objeción de conciencia”, en *Revista Colombia Médica*, Universidad del Valle, Colombia, 2015, N° 46, vol. 2, pp. 52-53.
- SANZ DIEZ, Bergoña, *Algunas reflexiones sobre el marco legal para la utilización de la información administrativa con fines estadísticos*, Instituto de Estudios Fiscales Madrid, 2006.
- SAUNDERS, Peter, “Abortion and conscientious objection”, en *Revista Nucleus*, enero de 1996, pp. 9-14.
- URIBE VILLEGAS, Oscar, “Consideraciones Preliminares para un Esbozo de Programa de Estadística Aplicada a la Política”, en *Revista Mexicana de Sociología*, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-abril de 1960, N° 1, vol. 22, pp. 129-206.
- VEATCH, Robert, *A Theory of Medical Ethics*, New York, Basic Books, 1981.
- WHITE, James, “Processing conscientious objection claims: a constitutional inquiry”, *California Law Review*, mayo de 1968, N° 3, vol. 56.
- WICCLAIR, Mark, *Conscientious objection in health care: an ethical análisis*. Cambridge University Press, 2011.

Documentos de asociaciones o colegios médicos:

- COLEGIO DE MÉDICOS Y CIRUJANOS DE ONTARIO (The College of Physicians and Surgeons of Ontario), *Professional Obligations and Human Rights. Policy draft*, 2014. <http://policyconsult.cpso.on.ca/wp-content/uploads/2014/12/Draft-Professional-Obligations-and-Human-Rights.pdf>.
- COLEGIO DE MÉDICOS DE MADRID, *Código de Deontología Médica*, cap. VI, art. 32 y ss., 2011.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DE ÓRDENES MÉDICAS, *Guía de Ética Médica Europea*, París, 1987.
- XXIV ASAMBLEA MÉDICA MUNDIAL, *Declaración de Oslo sobre el aborto terapéutico*, 1979.
- SOCIEDAD FARMACÉUTICA REAL DE GRAN BRETAÑA (Royal Pharmaceutical Society), *Código y estándares de ética (Code of Ethics and Standards)*, 2007. <http://www.rpharms.com/code-of-ethics-pdfs/coept.pdf>.

Documentos oficiales:

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe provisional preparado por Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, sexagésimo sexto período de sesiones, Tema 69 b). A/66/254, 3 de agosto de 2011.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 22, *comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, 48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Italia*, A/52/38/Rev.1 (Part II, Pars. 322-364), 12/8/1997.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual del año 2000*. EA/Ser./L/V/II.11, doc. 20 rev. 16 abril 2001.
- CONSEJO DE EUROPA, *Resolución 1763 de 2010. El derecho a la OC en los servicios de salud*. <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/FeaturesManager-View-EN.asp?ID=950>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva 10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 (libertad religiosa y de culto) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (14/7/1989).
- PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS DE ITALIA (Presidencia del Consiglio dei Ministri), *Nota sobre la OC de farmacéuticos frente a la venta de anticoncepción de emergencia (Note on the pharmacist's conscientious objection to the sale of emergency contraceptive products)*, 25 de febrero de 2011.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Informe Mundial sobre las Drogas*, 2012.

Jurisprudencia:

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-239/97, 1997.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C- 355/06, 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T -388/09, 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-970/14, 2014.
- CORTE DE APELACIONES DE ALBERTA, Australia, Zimmer v. Ringrose. 28 AR 69, 1981.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, “Pichon and Sajous vs. France”, (Exp. N° 49853/99) decisión (inadmisibilidad) de 2 octubre de 2001.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso 9647 James Terry Roach y Jay Pinkerton (Estados Unidos), informe 3/87 (22/08/1987).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso 2137 Testigos de Jehová c/ Argentina, informe 02/79 (5/3/1979).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra c/ Estados Unidos. Informe N° 51, 2001.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ascencio, José Hernán s/ amparo, 9/9/1982 - Fallos: 304:1293.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, FAL s/ medida autosatisfactiva (13/3/2012).
- CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Portillo, Alfredo, abril 18, 1989, JA 1989-II-657.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CANADÁ, Norberg v. Wynrib. File N°: 21924, 1991: June 19; 1992: June 18. [1992a] 2 SCR 226.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CANADÁ, Moore v. British Columbia (Ministry of social services), [BCHRC (1992b), 17 C.H.R.R. D/426].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, sentencia de 8 de noviembre de 2007, N° 27.388. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Dickinson V UU.EE, 346 U.S. 389 (1953).
- SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BAVARIA, del 3/7/1990. BayVGH DVB1. 1990, 880-82 (F.R.G.) (Estados Unidos), informe 51/01 (4/4/2001).
- CORTE DE APELACIONES (Court of appeal). Alberta, Canadá. Zimmer v. Ringrose (1981) 124 DLR (3d) 228-226.
- CORTE DE APELACIONES (Court of Appeal), Vancouver, Canadá. Moore v. British Columbia Ministry of Social services. Decision 24, Canadian Human Rights report Vol. 17, Vancouver.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GRAN BRETAÑA (House of Lords, Great Britan), Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security, Great Britain, England, House of Lords (Jan 1981) [1981] AC 800, [1981] 1 All ER 545 CA and HL(E), [1981] 2 WLR 279, [1980] UKHL 10. <http://swarb.co.uk/royal-college-of-nursing-of-the-united-kingdom-v-department-of-health-and-social-security-hl-1981/>.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GRAN BRETAÑA (House of Lords, Great Britan), Janaway v. Salford Health Authority, Great Britain, House of Lords, 1988 Dec 1; [1988] 3:1079-84.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencia del 25 de junio de 2015 en el recurso de amparo avogado N° 412-2012. http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_052/2012-00412STC.pdf.

Noticias

- ÁMBITO JURÍDICO, *Eutanasia: 15 años esperando reglamentación*. 20/7/2015. [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120221-02_\(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion\)/noti-120221-02_\(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion\).asp?print=1](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120221-02_(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion)/noti-120221-02_(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion).asp?print=1).
- DIARIO PERFIL, “¿Quién es Jorge Mario Bergoglio, el nuevo Papa Francisco?”. Publicado 13/3/2013. <http://www.adnpolitico.com/noticias/2013/03/13/quien-es-jorge-mario-bergoglio-el-nuevo-papa-francisco-i>.
- DIARIO LA ARENA DIGITAL, “Un repaso por las opiniones de Bergoglio”. Publicado 4/3/2013 http://www.laarena.com.ar/avances/un_repaso_sobre_las_opiniones_de_bergoglio-20596.html.
- EL PAÍS, “Legalizada la OC en la República Federal de Alemania”, Madrid, archivo El País, publicado 2/8/1977.
- LA PRENSA, “Eutanasia: Colombia regula muerte digna para pacientes terminales”, Sección Mundo. 22/4/2015. http://www.prensa.com/mundo/Colombia-regula-muerte-pacientes-terminales_0_4192080905.html#sthash.2xOeKonG.dpuf.
- MAR MARÍN, “Papa Francisco. En el libro sobre el cielo y la tierra”, *Diario El País*, publicado el 17/3/2013. <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/03/17/internacional/1363509888.html>.
- SCHNEIDER, Keith, “Dr. Jack Kevorkian Dies at 83”, *New York Times*, 3/6/2011.
- THE NEW YORK TIMES, “A Doctor Who Helped End Lives”, publicado 3/6/2011. <http://www.nytimes.com/2011/06/04/us/04kevorkian.html?pagewanted=all>.
- NATIONAL ABORTION FEDERATION, “More Italian Doctors Refusing to Provide Abortion Care”, publicado 4/8/2008. <http://www.prochoice.org/blog/2008/04/more-italian-doctors-refusing-to.html> y <http://blog.prochoice.org/2008/04/more-italian-doctors-refusing-to.html>.
- SERVICIO DE PRENSA DEL VATICANO, OC, “Educación sexual y libertad religiosa”, publicado en *Catholic.net*, discursos papales <http://www.es.catholic.net/op/articulos/11091/cat/484/objecion-de-conciencia-educacion-sexual-y-libertad-religiosa.html>.

Recepción: 3/4/2018

Aceptación: 6/6/2018

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA FACULTAD DE DERECHO

POR LORENA BALARDINI*, LAURA PAUTASSI**,
LILIANA RONCONI*** y MARTÍN SIGAL****

Resumen:

El presente artículo es la sistematización de una iniciativa conjunta del Programa de Género y Derecho y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UBA, que reunió a profesores y profesoras de la Facultad para elaborar un diagnóstico sobre el estado de situación de la transversalización del enfoque de género y derechos humanos en el ámbito académico, identificando los principales obstáculos y propuestas, que habiliten diseñar cursos de acción superadores. Se recogen, entonces, las principales ideas discutidas en tres espacios de debate organizados por ambas áreas y se profundiza en una primera batería de respuestas institucionales.

Palabras clave:

Enseñanza del Derecho, enfoque de género, transversalización, comunidad académica, Universidad de Buenos Aires.

THE INSTITUTIONALIZATION OF THE GENDER APPROACH IN THE FACULTY OF LAW

Abstract:

In this article we work the systematization of a joint initiative by two areas of the School of Law of the Buenos Aires University, the Gender and Law Program and

* Licenciada en Sociología y magíster en Investigación en Ciencias Sociales por la Facultad de Ciencias Sociales, UBA. Coordinadora del Programa Género y Derecho de la Facultad de Derecho, UBA. lbaldini@derecho.uba.ar.

** Doctora en Derecho (UBA), Investigadora CONICET, directora del Programa Género y Derecho de la Facultad de Derecho, UBA. laurapautassi@derecho.uba.ar.

*** Doctora en Derecho, Becaria PosDoctorado CONICET. Miembro del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, UBA. lrnconi@derecho.uba.ar.

**** Abogado. Director del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, UBA. martinsigal@derecho.uba.ar.

the Human Rights Center, which brought together a number of professors to prepare a diagnosis on the state of affairs of the main stream of the gender and human rights approach in the academic sphere, identify in the main obstacles and proposals that enable the design of overarching courses of action. The main ideas discussed in three debate spaces organized by both areas are then collected and a first set of institutional responses is deepened.

Keywords:

Law Teaching, gender focus, mainstreaming, academic community, University of Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

Este artículo fue elaborado en un esfuerzo conjunto entre el Programa de Género y Derecho (PGyD) y el Centro de Derechos Humanos (CDH) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a partir de la sistematización de las ideas recogidas durante tres encuentros organizados por ambos programas durante los meses de agosto y septiembre de 2018, cuyo objetivo fue promover un intercambio entre profesoras y profesores de la Facultad sobre la relevancia de la transversalización del enfoque de Género y Derechos Humanos en la enseñanza del Derecho.

Los encuentros contaron con la presencia de aproximadamente veinticinco docentes, de distintas cátedras y carreras que se dictan en la Facultad y constituyó un espacio óptimo para la realización de un diagnóstico del estado de situación actual. Cada participante pudo examinar desde su experiencia docente, las oportunidades como también los límites que existen a la hora de profundizar la enseñanza del derecho, a la vez de formular propuestas de corte general para avanzar sobre una efectiva transversalización de ambos enfoques. Esta información fue completada con entrevistas en profundidad realizadas a responsables de diversos departamentos de enseñanza y espacios de formación.

Cabe señalar que el PGyD es un programa institucional creado en 2011, que tiene como principal objetivo la transversalización del enfoque de género en los distintos ámbitos de la Facultad. Propone para ello el diseño de políticas universitarias que promuevan la igualdad, la no discriminación y la no violencia¹. Durante los primeros años de su creación el Programa asumió tareas de visibilización y sensibilización, mientras que durante 2018 se definió un Plan de Actividades y se ampliaron los objetivos y competencias del Programa (resolución 406/18), iniciando un trabajo conjunto con los distintos actores de las carreras que se dictan en la Facultad, en especial Abogacía y Traductor Públi-

¹ Ver para más información: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/programasinstitucionales/genero-y-derecho/>.

co, para implementar políticas de transversalización, tal como se verá en este artículo.

Por su parte, el CDH fue creado en el 2014 (resolución 3156/14) tiene como principal eje de trabajo profundizar la educación en Derechos Humanos, y debatir sobre los desafíos que la enseñanza en derechos humanos enfrenta en la actualidad en las facultades de derecho en particular y en la formación de operadores jurídicos en general². Como se verá en la sección siguiente, esta área había realizado una primera indagación empírica sobre contenidos de género en los programas de las materias de la carrera de abogacía. Es así como ambas áreas asumieron la labor conjunta de realizar un diagnóstico en la materia que pudiera facilitar la implementación de cursos de acción efectivos para la transversalización de ambos enfoques en la currícula, pero también en la práctica general de la enseñanza del Derecho.

A partir de lo expuesto, se presentan de manera esquemática los aspectos principales a considerar, con base en un primer estado de situación elaborado a partir de las intervenciones, con el diseño de una muestra intencional, que buscó reunir a distintos profesores y profesoras representativos de distintas cátedras, en muchos casos, que ya han implementado el enfoque de género en sus programas, y en otros casos, con mayor afinidad o sin conocimiento del tema. Además, se seleccionaron docentes que ocupan distintos cargos, desde titulares, adjuntos, jefes y jefas de trabajos prácticos y auxiliares docentes, como también representantes de carrera y formación docente y práctica profesional.

El objetivo del artículo es exponer los resultados del diálogo llevado adelante, avanzar en identificar demandas y presentar propuestas e iniciativas que se están impulsando para promover un efectivo proceso de implementación del enfoque de género y derechos humanos en las carreras que se dictan en la Facultad.

1. PRINCIPALES PROBLEMAS U OBSTÁCULOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UBA

En las reuniones realizadas se trabajó prioritariamente en identificar los principales problemas u obstáculos en la implementación del enfoque de género. En este sentido, se han agrupado los problemas de la siguiente manera:

² Ver para más información: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/>.

1.1. Primer problema: la incorporación de contenidos de género en los programas de las materias

En general, en los encuentros se manifestó preocupación ante el dato demostrativo de que en algunas materias no hubiese ninguna incorporación del enfoque de género.

Este diagnóstico es acorde a una investigación empírica previamente realizada³, a partir de una muestra de programas de distintas comisiones de materias que corresponden al Ciclo Profesional Común (CPC)⁴, donde se identificó que es muy débil la incorporación del enfoque de género, y en la gran mayoría inexistente. Hay mayor incorporación del enfoque de género por parte de profesoras y profesores más jóvenes en el dictado de las materias, y en los casos que existe la incorporación del enfoque de género se concentra en algunos módulos o temas, y es menor en la bibliografía utilizada⁵.

La siguiente tabla resume los resultados obtenidos en la investigación de referencia:

Tabla 1. Materias del CPC de la carrera de Abogacía-UBA, según inclusión de temas de género en los programas

Materias	Nº comisiones	Nº programas	Incluyen temas de género
Derecho Penal y Procesal Penal	42	38	25 (65%) delitos contra la integridad sexual, aborto, femicidio, trata de personas

³ RONCONI, “La investigación se continuó durante el año 2018 desde el CDH”, 2017.

⁴ Conf. resol. (CS) 3798/04 la carrera de abogacía en la Facultad de Derecho de la UBA consta de dos etapas: el Ciclo Profesional Común (CPC) y el Ciclo Profesional Orientado (CPO). El primero consiste en una serie de materias obligatorias y no pretende profundizar sobre todos los temas del derecho, sino simplemente ofrecer ciertos principios y conceptos básicos para cada área, en cambio, el CPO, cuyas materias dependen de la orientación elegida, “implica la oportunidad de ofrecer un panorama más profundo y amplio” en la formación jurídica y durante este ciclo los alumnos eligen una orientación en alguna de las ramas del derecho. En esta investigación nos enfocamos en ciertas materias del CPC que son comunes a las diversas orientaciones que se brindan, de esta manera se trata de materias que deben ser cursadas y aprobadas por todos los estudiantes. Derecho Penal, Derecho de Familia, Derecho Internacional Privado, Derechos Humanos, Familia y Sucesiones, Teoría del Estado, Teoría del Derecho y Derecho Internacional Público.

⁵ Debe tenerse presente que el estudio fue hecho a partir de la lectura de los programas. Esto no implica necesariamente que aquellas materias que incluyen temas de género sean dictadas desde una perspectiva de género o, a la inversa, que quienes no incluyen temas de género en sus cronogramas dicten la clase sin perspectiva de género. Para llegar a este tipo de conclusiones sería necesario realizar un estudio mucho más amplio, que incluya, por ejemplo, un análisis más detallado de la bibliografía y la jurisprudencia utilizada, los casos prácticos dados en clase, las técnicas de enseñanza en el aula, la metodología de evaluación.

Materias	N° comisiones	N° programas	Incluyen temas de género
Derechos Humanos y Garantías	56	28	16 (57%)
Derecho Internacional Público	37	32	0
Teoría del Estado	32	19	1 (5.2%) - La crítica feminista a la teoría liberal del Estado - - La crítica feminista a las teorías de la democracia clásica
Teoría General del Derecho	35	14	4 (28.5%) - El derecho desde una perspectiva de género - La resistencia al derecho desde el feminismo - La crítica feminista a la teoría rawlsiana - Una mirada más sobre teorías de la justicia. La perspectiva de Fraser - Sexualidad, género, normas y teorías - Críticas libertaria, igualitaria y feminista al liberalismo igualitario de John Rawls
Derecho Internacional Privado	35	7	0
Derecho de Familia y Sucesiones (Conforme el plan de estudio de la carrera de abogacía dentro de los contenidos mínimos de esta materia se encuentra el tema Violencia Familiar)	36	15	12 (80%) - Violencia familiar (ley 24.417) - - Protección integral a las mujeres (ley 26.485) - Matrimonio. Efectos personales del matrimonio: Principio de igualdad jurídica de los cónyuges. Evolución histórica sobre el <i>status</i> de la mujer casada.

Materias	N° comisiones	N° programas	Incluyen temas de género
			Régimen patrimonial del matrimonio: la dote bienes de administración reservada a la mujer -Filiación: la ley 11.357 de ampliación de la capacidad civil de la mujer -Derecho de Familia y Derechos Humanos: (...) matrimonio homosexual, las convivencias de pareja hetero y homosexuales. - Matrimonio: principio de igualdad: imposibilidad de discriminar por razones de género u orientación sexual.

Fuente: Ronconi, L. (2017), *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: situación actual y desafíos pendientes*. Proyecto PII606, Facultad de Derecho, UBA.

Los resultados de investigación, que en muchos casos alertaron a las profesoras y profesores convocados respecto a la escasa —o nula— incorporación del enfoque de género, se complementan con otros aspectos de este problema identificados durante los encuentros, a saber:

- a) En los casos en que sí hubo una incorporación de temáticas o de enfoque de género en la enseñanza, este se introduce en general como categoría identitaria y no como régimen normativo.
- b) Existe una debilidad de formación en el enfoque de género y nuevas identidades, que requieren procesos de formación específica. En este sentido, para muchos docentes resulta complejo poder incorporar en ciertas disciplinas el enfoque de género, en especial en las materias dogmáticas.
- c) Se resaltó que el enfoque de género no es parte de la currícula de la Formación Docente, con lo cual lxs docentes se enfrentan a ciertas demandas sin recibir formación/apoyo de ningún tipo.
- d) En general, se coincidió en la falta de materiales con enfoque de género o desconocimiento de estos por parte de lxs docentes. En este sentido, esta

dificultad hace más compleja la inclusión de temáticas de género en los contenidos curriculares.

e) En muchos casos lxs profesorxs adjuntxs, jefxs de trabajos prácticos u auxiliares docentes deben dictar el programa de la cátedra elaborado por titulares, sin posibilidad de modificarlo. Se identificó que esto dificulta aún más la posibilidad de incluir el enfoque de género a la enseñanza del derecho. En algunos casos, se reconoció la incorporación de temas de género vinculados a la agenda social y política, como el caso reciente del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, aunque de manera optativa y clase a clase.

1.2. Segundo problema: la práctica de la enseñanza y el vínculo con lxs estudiantes

En este punto es posible identificar tres niveles de análisis: las demandas de lxs estudiantes, la participación en el aula y el rol de lxs profesorxs.

Respecto de las demandas de lxs estudiantes, se destaca que el grado de conocimiento por parte de lxs estudiantes del enfoque de género potenció distintas percepciones, ya que en muchos casos i) se identificó un muy buen grado de lecturas y aproximación al tema y por ende de demanda por profundizar, en otros ii) se consideró que tienen interés debido a la agenda feminista actual y, en otros casos, iii) un desconocimiento total. Los casos i) y ii) implican que la demanda de lxs estudiantes respecto de temáticas de género vaya creciendo cada bimestre⁶.

Respecto de la participación en el aula se destacó que, en general, las mujeres participan menos que los varones, inclusive con los temas específicos de género. En muchos casos, esto fue detectado y se trabajó en clase para estimular a las mujeres a que participen más, destacando que produjo efectos inmediatos. En general las coincidencias apuntan a señalar que esta dinámica se relaciona con el estímulo y estilo de lxs profesorxs. En este sentido se asume que la facultad, tanto a nivel institucional como lxs profesorxs, en general, no promueven el diálogo y son expulsivos, en muchos casos, a las iniciativas de lxs estudiantes (ya sea en la incorporación de temas que son demandados, en el rol que se les otorga a lxs estudiantes en la clase).

1.3. Tercer problema: la incorporación del enfoque a las prácticas cotidianas de la unidad académica

En lo que respecta a la situación de las mujeres dentro de la institución, surgieron distintos temas de preocupación, entre los que se destacan: a) las si-

⁶ En este sentido, desde la Secretaría de Investigación se han llevado a cabo diversas propuestas como los Talleres de Estudio Profundizado (TEP) y los Proyectos de Interés Institucional, entre otras.

tuaciones de violencia que padecen las mujeres (estudiantes, docentes, no docentes) y las respuestas institucionales ante esos casos; b) licencias por embarazo, c) techo de cristal en los concursos d) actividades realizadas en la Facultad.

a) Situaciones de violencia y las respuestas institucionales. Un tema central y transversal de preocupación fue la efectiva implementación del Protocolo de Violencia de Género⁷. De manera unánime se solicitó mayor difusión y capacitación para docentes. Hubo demandas específicas de recibir lineamientos de cómo actuar en casos concretos, ya que no se sabe cómo hacerlo. Por otra parte, se propuso que se haga conocer de manera obligatoria en todas las materias⁸.

b) Otro de los temas es cómo actuar ante casos de estudiantes embarazadas con licencia (durante el embarazo por casos de reposo y luego en el momento del nacimiento). Se relataron casos en donde no se pudo acceder a respuestas concretas desde la institución ante supuestos tales como régimen de faltas, regularidad, evaluación de contenidos. En estos casos las respuestas dependen, en general, de las decisiones de lxs docentes. Esta misma falta de respuesta es posible identificarla para el caso de las docentes interinas, debiendo tener presente que en muchos de los casos son los únicos cargos a los que pueden acceder las mujeres.

c) Otro tema de especial preocupación en el ámbito institucional estuvo vinculado a la presencia de un techo de cristal en las cátedras a nivel de titulares y adjuntas regulares. En general, estos cargos son asumidos por varones⁹. En ese contexto, se solicitó un trabajo a nivel de los concursos docentes, reforzando que no solo hay que trabajar por una integración paritaria, sino con enfoque de género en los tribunales de concursos (perfil del jurado, temas que se eligen para exponer, entre otros).

d) Este techo de cristal impacta también en las actividades que se llevan dentro de la unidad académica, ya sea organizada por la propia institución o algunas de sus dependencias (Secretarías, Centros de Investigación, Posgrado, entre otras) y/o sus docentes. En la actualidad se están visibilizando cada vez más aquellas actividades donde las principales voces (panelista, expositor) son las de los varones y las mujeres, o bien no aparecen, o apa-

⁷ El “Protocolo de intervención institucional ante denuncias por violencia de género, acoso sexual y discriminación de género” fue aprobado por el Consejo Superior de la UBA en diciembre de 2015 siendo autoridad de aplicación cada una de las unidades académicas. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/programasinstitucionales/programa-para-la-prevencion-de-la-violencia/>.

⁸ Estas demandas coinciden con las demandas estudiantiles, las que han llevado a la conformación de un nuevo espacio estudiantil denominado “Sororidad en Derecho”, “un grupo independiente de estudiantes de la Facultad de Derecho, organizadxs para luchas contra el patriarcado”.

⁹ Sobre los cargos docentes ocupados por hombres y mujeres como asimismo sobre la categoría de los mismos (regular/ interinos) ver KOHEN *et al.* (en prensa).

recen en una proporción muy mínima o son las que llevan a cabo las tareas de coordinación, moderación del evento.

1.4. Cuarto problema: el lenguaje

En lo que respecta al lenguaje, surgieron dos preocupaciones:

a) El lenguaje en la enseñanza del derecho. Un apartado especial fue el caso del lenguaje, especialmente por la participación de profesoras de la Carrera de Traductor Público, quienes, desde el nombre de la carrera en adelante, señalaron cómo la falta de inclusión del lenguaje no sexista e incluso dificulta la tarea académica. Al respecto, plantearon disyuntiva entre despertar interés en estudiantes, pero al mismo tiempo al utilizar el lenguaje inclusivo generarían textos que no servirían en el mercado y que se requiere cuestionar el lenguaje y la dogmática de la Real Academia Española.

b) Además, está presente la dificultad del lenguaje en la comunicación institucional, donde en general se utiliza el masculino como genérico. Sostienen Castro Rubio y Bodelón González (2012) que el análisis del discurso lingüístico nos muestra una forma más de dominación de los hombres sobre las mujeres, ya que “las formas en las que se manifiesta el sexismo han sido diversas, pero la más generalizada es el androcentrismo, según el cual, el mundo es visto desde la óptica masculina, óptica que se convierte en el parámetro de lo humano. Y esta forma predominante de ver la realidad se manifiesta, de manera especial, en el lenguaje” (Castro Rubio y Bodelón, 2012). La utilización de un lenguaje sensible al género no es una cuestión menor, ya que “el lenguaje posee una entidad propia, que impone límites a la realidad y al sujeto que pretende percibirla y expresarla a través de él. Por esta razón, la primera tarea es estudiar el propio lenguaje”¹⁰. No es una creación arbitraria de la mente humana, sino un producto social e histórico que influye en nuestra percepción de la realidad (UNESCO, s/f).

2. PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES

A continuación, se presentan las propuestas surgidas de los encuentros, vinculadas a una serie de respuestas y vías de acción llevadas adelante por el PGyD y el CDH.

Las propuestas se agrupan en tres ejes: 1) incorporación del enfoque de género en la enseñanza y currícula de las cátedras, 2) producción de “bienes públicos”, 3) capacidades institucionales, 4) implementación del Protocolo de Intervención Institucional para la Prevención e intervención ante situaciones de

¹⁰ *Idem.*

violencia o discriminación de género u orientación sexual y 5) promover trabajo conjunto/alianzas estratégicas.

2.1. Incorporación del enfoque de género en la enseñanza y currícula de las cátedras

A nivel general, desde el PGyD y el CDH se va a promover, a nivel de algunos departamentos, que se incrementen cursos y comisiones que contemplen de manera central una oferta de temas de género específicamente, como también que en los cursos regulares se incluya transversalmente el enfoque de género y derechos humanos. En este sentido, se asume que no se pudo participar en la revisión de la currícula y del proceso de acreditación de la carrera ante CONEAU por no contar a tiempo con la información, pero está previsto elevar una consulta específica a las autoridades de la Facultad ante eventuales observaciones que se pueda incorporar el enfoque de género.

Como próximos pasos, se estima:

- ✓ Avanzar sobre las materias obligatorias y a futuro poder pensar en coordinar acciones con las materias vinculadas del CBC.
- ✓ Promover que se incremente la oferta de CPO que incorpore el enfoque de género.
- ✓ Hacer lo propio con el área de Formación Docente.
- ✓ Participar y promover la incorporación del enfoque en la modalidad de Talleres de Estudios Profundizados (TEP) organizados por la Secretaría de Investigación¹¹.

2.2. Producción de “bienes públicos”

En relación con la necesidad de generar productos concretos que refuercen la transversalización del enfoque, se identificaron a su vez dos necesidades concretas:

a) *Contar con bibliografía especializada, investigaciones empíricas y temas de actualidad en el campo de Género y Derecho*¹². En este sentido, desde el PGyD y el CDH se está trabajando en repositorios de bibliografía disponibles en la web de la Facultad, con actualizaciones periódicas.

En sus reflexiones, lxs asistentes a los encuentros coincidieron en la necesidad de:

- ✓ Promover la incorporación de los enfoques en las investigaciones y en las próximas convocatorias de investigación.
- ✓ Profundizar sobre orientación sexual e identidades de género.

¹¹ El PGyD dictó el TEP “Género, ciudadanía y derechos sociales” entre el 3 de octubre y el 21 de noviembre (más información en <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/tep.php>).

¹² Se recuperó el valor que representó el número especial de la Revista Academia (2005) para poder utilizar en los cursos.

- ✓ Estimular, asimismo, prácticas reflexivas en la enseñanza, no se trata solo de incorporar autoras o textos, sino de repensar cómo se enseña Derecho.
- ✓ Promover convocatorias en las publicaciones de la Facultad que incluyan enfoque de género y derechos humanos, buscando promover el abordaje permanente y la integración de números, como también la incorporación del lenguaje no sexista e inclusivo en todas las publicaciones.
- ✓ Producir información sobre la situación de las mujeres en la Facultad en lo que respecta a cargos docentes, interinatos, escalafón, concursos docentes, entre otros.
- ✓ Promover instancias de formación interna, capacitación y talleres de género al interior de los departamentos para docentes y ayudantes.

b) *Contar con capacitaciones permanentes en la materia, transversales a toda la comunidad universitaria.* En ese sentido, desde el PGyD, junto con la Secretaría de Investigación, la Subsecretaría Académica y la Dirección de Personal se dictaron 5 talleres de capacitación para una comunicación no sexista e inclusiva, dirigido a personal no docente de la facultad¹³. Se trató de una experiencia sumamente fructífera donde se ofrecieron no solo aproximaciones conceptuales del enfoque de género y diversidades sexuales, sino que se avanzó con ejemplos prácticos de cómo comunicar y realizar actos administrativos con lenguaje inclusivo.

También desde el CDH se organizó una jornada de debate “El enfoque de género: conceptos, usos y perspectivas” a cargo de las responsables del PGyD, abierto a la comunidad educativa, con una importante concurrencia e interesantes debates¹⁴.

Otras sugerencias en esta misma línea fueron:

- ✓ Se propuso que el PGyD realice un manual o una guía con la experiencia del taller de comunicación inclusiva.
- ✓ Desde el PGyD se va a avanzar en proponer un nuevo taller dirigido a profesores y profesoras de todos los escalafones.
- ✓ Avanzar en diversas iniciativas que se están desarrollando desde distintos ámbitos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, juntamente con áreas del Ministerio Público, de modo de potenciar voces y acciones para promover la agenda de género.

¹³ El Taller estuvo a cargo de la especialista en comunicación estratégica, Mariana Winocur y se dictaron 5 Talleres de 3 hs cada uno durante el mes de agosto 2018. Asistieron 125 personas de distintas dependencias (Bedelía, Comunicación, Títulos; Institucionales, Extensión Universitaria, Becas, Biblioteca, Archivo, Asuntos Estudiantiles, Archivo, Contaduría, Consejo, Posgrado, entre otros). Para mayor información y consulta de los materiales utilizados, visitar: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/programasinstitucionales/genero-y-derecho/actividades-de-formacion.php>.

¹⁴ Para acceder al video, visitar: <http://www.derecho.uba.ar/noticias/2018/el-enfoque-de-genero-conceptos-usos-y-perspectivas-1>.

c) Difundir información sobre aspectos regulatorios que puedan facilitar los vínculos entre la comunidad universitaria, como el régimen de licencias médicas, reglamento de estudiantes, régimen de faltas para estudiantes y docentes, particularmente para las docentes interinas, ayudantes y auxiliares.

- ✓ Desde el PGyD se va a recopilar la información central de este punto y se va a poner a disposición en la web del Programa.
- ✓ Se recogió la demanda de espacios de lactancia para profesoras y alumnas, y ya se ha transmitido la demanda a las autoridades de la Facultad, junto con un relevamiento de lo que se requiere al respecto. En la misma línea, se prevé ampliar los espacios de cuidado en general y promover mayor cobertura y se está trabajando en esta línea con las autoridades de la facultad.
- ✓ También se va a avanzar en el estudio del Régimen de Concursos de modo de profundizar en las necesidades y eventuales complicaciones, al mismo tiempo de proponer instancias intermedias y novedosas para dar tratamiento al tema.

2.3. Capacidades institucionales

- ✓ En la lógica de construcción de los bienes públicos, un valor central es fortalecer el compromiso institucional. Y allí se destaca la pertenencia institucional del CDH y el PGyD en la Secretaría de Investigación de la Facultad, lo cual constituye una importante oportunidad para potenciar acciones de capacitación y de investigación.
- ✓ En las próximas convocatorias se estimularán especialmente líneas de investigación que incorporen el enfoque de género en el Derecho.
- ✓ Por otra parte, el diálogo y apoyo permanente de la Subsecretaría de Asuntos Académicos ha marcado una diferencia sustantiva al momento de iniciar esta etapa del programa, apoyando las iniciativas que se han propuesto desde el PGyD.
- ✓ Se han iniciado actividades conjuntas con la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil y el Área de Igualdad de Género y Diversidad para estudiantes, a partir de las actividades de Conmemoración del Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, pero con el objetivo de potenciar un número mayor de actividades conjuntas.
- ✓ Se ha avanzado con el departamento de publicaciones en promover convocatorias específicas en las revistas especializadas de la facultad sobre enseñanza del derecho y género, como también en disponer de una diversidad de abordajes desde el enfoque de género y diversidades sexuales.
- ✓ Diálogo y acciones comunes con el Programa de Actualización en Género y Derecho que se dicta en la Facultad¹⁵, a partir de asumir ta-

¹⁵ El programa de Actualización se encuentra dirigido por la Dra. Diana Maffía y es coordinadora académica Patricia Gómez. Para mayor información, http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/prog_actua_genero_y_derecho.php.

reas docentes, como también el desarrollo de actividades conjuntas de intercambio.

- ✓ Incentivar un diálogo sostenido entre las distintas carreras que se dictan en la Facultad.
- ✓ Potenciar una agenda de trabajo conjunta con el Área de Igualdad de Género y Diversidad para estudiantes.
- ✓ Dar apertura a un proceso de diálogo y aportes con y para lxs estudiantes.
- ✓ Se espera en el próximo año fortalecer aún más estas iniciativas, avanzando en las acciones como también en fortalecer ambos Programas (PGyD y CDH), promoviendo compromisos para su financiamiento y disponibilidad de recursos humanos.

2.4. Protocolo de Intervención Institucional para la Prevención e intervención ante situaciones de violencia o discriminación de género u orientación sexual

Debido a la importancia del Protocolo, a la demanda que hay sobre su difusión dado que lxs presentes reciben preguntas o muchas veces denuncias por malos tratos, acoso y violencia, y debido a que la responsabilidad del mismo no recae sobre el PGyD, se transmitió a la Subsecretaría Académica una serie de acciones a llevar adelante. Entre las ya realizadas, se destacan:

— Creación del Área de Igualdad de Género y Diversidad para Estudiantes. Esta área estará a cargo de la implementación del Protocolo exclusivamente para estudiantes y que fue anunciada su creación durante las actividades de conmemoración del Día Internacional por la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, el 26 de noviembre de 2018 (res. D. 1944/18).

— Está previsto profundizar la visibilización y difusión del protocolo, a través de la distribución de materiales de comunicación y la publicación en *Derecho al Día*¹⁶, la entrega de ejemplares al inicio del cuatrimestre junto con las listas de los cursos, la distribución de folletos, trípticos y afiches que ha diseñado el Rectorado de la UBA para todas las casas de estudio.

2.5. Promover trabajo conjunto con alianzas estratégicas

- ✓ Red de Profesoras de la Facultad de Derecho: en los tres encuentros hubo representantes de la Red y explícitamente quedó de manifiesto la voluntad de trabajo conjunto y de potenciar los distintos espacios de género en la Facultad.

¹⁶ La primera publicación se efectuó en el mes de agosto, está disponible en <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/la-agenda-de-genero-en-la-facultad-de-derecho/+7159>.

- ✓ Entre las iniciativas de la Red se destaca la Campaña “#No sin ellas” que promueve la incorporación paritaria en los paneles y actividades que se desarrollan en la facultad.
- ✓ Actividades con la Universidad Nacional de Río Negro en el marco de la promoción de acuerdos conjuntos de promoción de Programas de Género en cada Universidad.
- ✓ Conferencias y capacitaciones dictadas por las responsables del PGyD por invitación de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba.
- ✓ Avanzar en intercambios de experiencias de capacitación docente con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA), que se encuentra formulando un armado de capacitación en temas de género.
- ✓ Abrir el debate a los Colegios de Abogados, y otras instancias ya existentes (Oficina de Género del Tribunal Superior, Oficina de la Mujer de la Corte Suprema, Observatorio de Género del Consejo de la Magistratura, entre otros).
- ✓ Promover y fortalecer el intercambio con distintas organizaciones sociales y comunitarias para reflexionar sobre la perspectiva de género e identidades sexuales.

REFLEXIONES FINALES

A lo largo del artículo hemos buscando sintetizar la experiencia recorrida en estos meses conjuntamente entre dos áreas institucionales de la Facultad: el Centro de Derechos Humanos y el Programa de Género y Derecho, que en sí mismo constituye un camino virtuoso y poco explorado en el ámbito institucional y que muestra cómo potenciar acciones internas y no duplicar iniciativas, sino avanzar en enfoques transversales, como lo constituyen el enfoque de género y derechos humanos. Esta iniciativa se inserta, a su vez, en el trabajo de cada uno de los programas con sus referentes institucionales y que permite evidenciar cómo se va instalando una agenda de género y derechos humanos al interior de la Facultad.

Si bien, este artículo constituye una primera aproximación de tipo exploratoria, nos permite identificar aspectos centrales y poder avanzar en promover una revisión de los desafíos que la educación en derecho y las prácticas profesionales requieren. No se trata de pensar como “sumamos género y diversidades”, sino como iniciamos un proceso de revisión y análisis profundo que transforme las actuales prácticas en la enseñanza del derecho como también las formas en que nos vinculamos al interior de la comunidad educativa¹⁷.

¹⁷ En palabras de MacKinnon (2005:172) “Una consideración del lugar del feminismo en la educación jurídica debe incluir la preocupación por el proceso (el cómo además del que)”.

En concordancia, la propuesta no es dar más género, sino pensar cómo transformamos la asimetría de poder hoy existente, que se traduce en una división sexual del trabajo al interior de la Facultad altamente inequitativa, donde se evidencia —aunque aun si la suficiente fuerza que respalda la disponibilidad de datos— la segregación vertical y horizontal que existe, la baja y casi nula presencia de mujeres en las direcciones de departamentos, como titulares de cátedras y la escasa incorporación del enfoque en los programas curriculares, en textos de mujeres como bibliografía de cátedra. A ello se deben sumar problemáticas en los concursos y en la conformación de jurados, y las situaciones de violencia que existen y que obligan a repensar y repensarnos en los distintos espacios que desempeñamos en la Facultad, y que necesariamente debe recuperar las voces de las estudiantes y de los estudiantes, para remover barreras de manera de estimular la activa participación especialmente en los primeros años de la carrera.

Por ello, tanto desde el CDH como desde el PGyD, consideramos que lo aquí reseñado es un primer paso de un trabajo mancomunado y sostenido que debe ampliarse y sostenerse a lo largo del tiempo y que propone construir una agenda conjunta con todxs lxs actorxs que integramos la Facultad, a partir de un cambio institucional y cultural. Solo en la medida en que surja como proceso que identifique y rechace las jerarquías en la construcción del conocimiento, podremos avanzar en una comunidad educativa más democrática y más equitativa. Solo será posible avanzar en la trasnversalización del enfoque de género en la medida en que se transforme.

BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA, *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.
- CASTRO RUBIO, A. - BODELÓN GONZÁLEZ, E., *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2012.
- KOHEN, Beatriz - RAMALLO, Ángeles - ARIZA, Sonia (en prensa), “Women at the University of Buenos Aires’ Law School”, in SCHULTZ, Ulrike *et al.*, *Gender and Careers in the Legal Academy*, Oxford, Hart. Oñati International Series in Law and Society, 2019.
- MACKINNON, Catherine, “Integrando el feminismo en la educación jurídica”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- RONCONI, Liliana, *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: situación actual y desafíos pendientes*, Proyecto PII606, Facultad de Derecho, UBA, 2017.

UNESCO (s.f.), *Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje*,
https://www.uah.es/export/sites/uah/es/conoce-la-uah/.galleries/Galeria-dedescarga-de-Conoce-la-UAH/Unidad-de-Igualdad/Recomendaciones_UNESCO.pdf.

Recepción: 7/7/2018

Aceptación: 10/9/2018

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

BLAS RADI Y MARIO PECHENY (COORDINADORES), *TRAVESTIS, MUJERES TRANSEXUALES Y TRIBUNALES: HACER JUSTICIA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES*, OBSERVATORIO DE GÉNERO EN LA JUSTICIA CABA Y EDITORIAL JUSBAIRES, 2018

Por MARÍA ALUMINÉ MORENO*

Este libro aborda diversas dimensiones del acceso a la justicia de las comunidades travesti y transexual a la luz de reflexiones en torno a la identidad de género y su relevancia para el ejercicio de derechos en la Ciudad de Buenos Aires contemporánea.

Travestis, mujeres transexuales y tribunales... da cuenta de una investigación hecha en varias etapas con la participación de diferentes investigadorxs. Los coordinadores Blas Radi y Mario Pecheny se enfrentan con talento al desafío de interpretar y conversar con materiales que habían sido seleccionados y producidos por Lohana Berkins y Yasmin Mertehikian entre los años 2015 y 2016.

La investigación que da origen a *Travestis, mujeres transexuales y tribunales...* fue ideada e iniciada por Lohana Berkins para aportar conocimientos sobre las consecuencias de la hostilidad del sistema de justicia y de la impunidad que sufren estas comunidades cuando sus derechos son avasallados. Berkins deseaba elaborar herramientas para la transformación de este escenario.

Conociendo de primera mano la violencia institucional, Lohana buscaba tanto información actualizada sobre el acceso a la justicia como datos sobre los impactos institucionales de la movilización social que llevó a la sanción de la Ley de Identidad de Género. También se preguntaba sobre los efectos de la incipiente integración de travestis, mujeres transexuales y trans como trabajadoras

* Es licenciada en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires y magíster en Género y Políticas Sociales por la London School of Economics and Political Science. Es docente de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en otras universidades nacionales. Fue directora general de la Comisión Mujer, Infancia, Adolescencia y Juventud de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Investiga y publica en temas relacionados con género, política sexual y políticas públicas. Actualmente, coordina el equipo de trabajo del Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. E-mail: mamoreno@jusbaire.gov.ar.

en el sistema de justicia. Con estos objetivos en mente, en 2015 seleccionó un grupo de informantes clave y condujo entrevistas en profundidad, aunque no llegó a terminar su análisis y sistematización.

El resultado final plasmado en el libro excede la mera organización y análisis, Radi y Pecheny proponen claves de lectura sobre el cambio social, la reforma legal y los sentidos actuales de la justicia en relación con las comunidades a las que refiere el libro. Para ello, exploran nociones imprescindibles para pensar las barreras institucionales que afrontan travestis y mujeres trans, tales como discriminación, violencia institucional, reparación, cambio legal, inclusión, muerte, responsabilidad, criminalización, memoria, entre otras.

Radi y Pecheny ordenan su análisis como un recorrido en torno a los conceptos de justicia y cisnormatividad; los diversos sentidos que se puede asociar a la integración de las primeras (y pocas aún) travestis y mujeres transexuales como trabajadoras del poder judicial; las tensiones entre cambio legal y cambio social; las dimensiones de la discriminación; la muerte inexcusable y las pérdidas personales y colectivas.

El libro comprende miradas y saberes aportados por analistas invitadas procedentes de muy diversos campos disciplinares y de variados recorridos político-institucionales: filosofía, psicología, educación, ciencia política, derecho, sociología, periodismo y con respecto a los ámbitos, activismo en partidos políticos, participación de movimientos sociales, academia, organismos de control, justicia, entre otros. La diversidad de miradas es una de las riquezas de la publicación y agrega complejidad al análisis.

En la introducción los autores presentan los objetivos de la investigación y las notas metodológicas, explicando cómo fue producida la información y quiénes participaron en cada etapa.

En la primera sección, “Justicia y cisnormatividad”, se analizan diferentes nudos críticos que narran recurrentemente travestis y mujeres transexuales al dar cuenta de sus experiencias en relación con la justicia: abuso policial, conflictos con las pericias, relaciones asimétricas con abogados que las representan, hostilidad por parte de magistrados y funcionarios. Mariano Fernández Valle comenta esta primera sección enfocándose en la forma en que la violencia institucional afecta específicamente a estos sujetos. Laura Saldivia Menajovsky se centra en las consecuencias de las vulneraciones al derecho a la identidad de género para niños trans. Claudia Korol cierra esta sección del libro compartiendo su análisis sobre las continuidades y los cambios en relación con la violencia institucional.

La siguiente sección, “Travestis y mujeres transexuales, trabajadoras”, aborda las experiencias de travestis y mujeres transexuales como trabajadoras en el sistema de justicia. Las pioneras en integrarse al ámbito judicial encarnan un pensamiento abismal “de acuerdo con el cual esta población y el sistema de justicia representarían dos entidades dicotómicas, antagónicas e irreconciliables” (Radi y Pecheny, 2018: 70). Las páginas siguientes recorren los sentidos

negativos asociados a la justicia, acordes a la experiencia histórica de esta comunidad y las posibilidades de abrir una brecha a través de la cual acceder a una reparación colectiva mediante la incorporación de travestis y mujeres transexuales en tanto trabajadoras. Alba Rueda es quien comenta esta sección, señalando la importancia estratégica del cupo laboral trans para desmontar mecanismos de la discriminación estructural que marginan a travestis y transexuales de espacios de producción de valor.

La sección “Cambio social, cambio legal” pone el foco en la brecha entre el cambio legal y las transformaciones sociales. Algunos cambios normativos como la derogación de los edictos policiales en el ámbito local y la sanción de la Ley de Identidad de Género funcionan como mojones en los relatos de las entrevistadas en cuanto a transformaciones simbólicas que se demoran en materializarse en condiciones de vida diferentes. Tomás Máscolo es quien reseña transformaciones y persistencias con posterioridad a la movilización social que llevó a la sanción de la Ley de Identidad de Género.

La cuarta sección, “Discriminaciones”, trabaja la definición de discriminación, las formas en que se manifiesta sociológicamente y cuál es el rol de la justicia en la reproducción de las desventajas que afectan concretamente a travestis y mujeres transexuales en términos grupales. Renata Hiller ilumina la importancia del ciclo de vida en el acceso a los derechos, diferenciando las reparaciones que requieren niños y adultos mayores.

La quinta sección, “Necropolíticas”, discurre sobre la recurrencia de las experiencias de pérdida evitable de la vida de integrantes de estas comunidades como una vivencia permanente de la injusticia. Los autores problematizan las acciones que ocasionan muerte y las omisiones que permiten la exacerbación de condiciones adversas de forma tal que terminan limitando las posibilidades de sobrevivencia de una comunidad. Florencia Guimaraes García hace los comentarios a esta sección, con referencias a la actualidad política del movimiento travesti en CABA y conurbano.

“Panorámicas” es la sección que sigue y contiene aportes de comentaristas que no se ciñen a un tema desarrollado en una sección puntual, sino que abordan el informe en su conjunto. Contiene una entrevista realizada a la siempre inspiradora Dora Barrancos, un aporte sobre la violencia institucional en prisiones a cargo de Verónica Manquel y María Santos, unas páginas escritas por Laurana Malacalza, quien analiza procesos de criminalización específicos sobre travestis y mujeres transexuales, reflexiones sobre el acceso a la justicia y su necesaria vinculación con un proyecto de profunda reforma de la justicia a cargo de Alejandra Sardá y unas notas problematizando los modos de hacer historia de Blas Radi.

El libro termina con una breve recapitulación, una serie de recomendaciones para la política pública en general y algunas enseñanzas específicas para pensar una justicia inclusiva para travestis y mujeres transexuales.

Por último, son muy bellas las fotografías de autoría de Florencia Guimaraes García que fueron incluidas en este libro y dan cuenta de los recorridos del movimiento de travestis y transexuales a través de los retratos de activistas destacadas en diversos escenarios políticos.

Este libro será una lectura interesante para quienes deseen asomarse a los desafíos que configura para la justicia la movilización social travesti, transexual y trans de los últimos veinte años y la concomitante producción de conocimiento en el seno de estas comunidades y de movimientos aliados.

Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, coordinado por Blas Radi y Mario Pecheny es una publicación del Observatorio de Género en la Justicia y Editorial Jusbaire correspondiente al año 2018. Se encuentra disponible en línea en <http://editorial.jusbaire.gob.ar/libros/223> (acceso el 23 de mayo de 2018).

JULIETA DI CORLETO (COMPILADORA), *GÉNERO Y JUSTICIA
PENAL*, DIDOT, 2017

Por MARÍA FLORENCIA SOTELO*

En abril de 2017, Ediciones Didot sumó un nuevo título a su colección de estudios de género que ya cuenta con otras obras destacadas¹. En esta oportunidad, se trata de una compilación realizada por Julieta Di Corleto que reúne una serie de artículos de autores de distinta procedencia y trayectorias profesionales con un mismo objetivo: promover la interpretación y aplicación del derecho penal con una mirada sensible al género.

Género y justicia penal tiene tres grandes méritos. Primero, muestra la capacidad de la doctrina penal feminista de complejizar su mirada a partir de la experiencia y avanzar sobre campos en los que la aplicación diferencial del derecho es menos evidente. Segundo, visibiliza la tensión entre los importantes avances registrados en los últimos años y la discriminación que persiste en la interpretación y aplicación de las normas penales a los casos concretos. En este sentido, el libro interpela a la academia tradicional penalista demostrando que la teoría del delito y la dogmática penal también pueden ser construidas con perspectiva de género. Por último, ofrece posibles respuestas a una de las críticas que más recurrentemente ha recibido el movimiento de mujeres desde diferentes ámbitos: la de ampliar los márgenes del derecho penal y pretender debilitar el sistema de garantías del imputado en pos de los derechos de las

* María Florencia Sotelo es abogada con diploma de honor por la Universidad de Buenos Aires y Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Columbia. Durante la carrera de grado, fue becaria UBACyT y con posterioridad obtuvo una beca de la Comisión Fulbright. Trabajó en la Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo y el Centro de Estudios Legales y Sociales, donde se desempeñó como abogada litigante en numerosas causas por violaciones a los derechos humanos. También participó en proyectos de investigación sobre violencia policial para organismos internacionales y escribió artículos sobre género y derechos humanos. Actualmente integra el equipo de trabajo del Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. E-Mail: fsotelo@jusbaire.gov.ar.

¹ Entre estos podemos mencionar: BOLDELÓN, Encarna (2012), “Violencia de género y respuesta de los sistemas penales”; IGLESIAS SKULJ, Agustina (2013), “La trata de mujeres con fines de explotación sexual”; TOLEDO, Patsili (2014), “Femicidio/Feminicidio”; HEIM, Daniela (2016), “Mujeres y Acceso a la Justicia” y COSTA, Malena (2016), “Feminismos jurídicos”.

víctimas. Esta obra evita las lecturas reduccionistas y nos invita a repensar el derecho penal y procesal penal, por fuera de los cánones tradicionales, de modo de compatibilizar ambas perspectivas. Se trata, como señala Di Corleto, de trabajar para la construcción de una racionalidad jurídica que abandone prácticas discriminatorias.

Los primeros tres capítulos analizan cómo los operadores judiciales construyen la responsabilidad de las mujeres acusadas de delitos graves (por un lado, las imputaciones por la muerte violenta de sus hijos a manos de sus parejas; por el otro, las imputaciones por homicidio a mujeres que matan a su pareja en un contexto de violencia de género). Estos trabajos descansan sobre un meticuloso análisis de la jurisprudencia y se destacan por mostrar caminos alternativos a las interpretaciones de la dogmática penal clásica. Cecilia Hopp se centra en la argumentación jurídica detrás de las condenas por homicidio culposo (o como autoras por omisión) a mujeres por la muerte violenta de sus hijos a manos de sus parejas o exparejas. La autora identifica la existencia de un estereotipo de género de “buena madre” que supone que las mujeres deben realizar conductas heroicas para resguardarlos. Esta exigencia nos habla de un estándar diferenciado en comparación a los varones en la misma situación (no hay ningún antecedente de un padre que haya sido acusado siguiendo la misma línea de argumentación). Es, además, criticable —en los propios parámetros de las teorías de la responsabilidad— en tanto la conducta exigida no tiene correlato con lo que la realidad enseña que pueden hacer las mujeres que están sometidas a violencia habitual. En el segundo capítulo, Mauro Lauría Masaro y Nuria Saba Sardaños analizan cómo el Poder Judicial ha utilizado la figura de la “legítima defensa” en las causas seguidas contra mujeres, víctimas de violencia de género, que matan a sus parejas. Los autores postulan que una resolución con perspectiva de género no requiere forzar una construcción dogmática de requisitos específicos y diferenciados, sino poner el énfasis en los aspectos probatorios que permitirán entender el contexto en que se inscribe el hecho, la existencia de un peligro efectivo y la adecuación de la reacción de la mujer. Leonardo Pitlevnik y Pablo Zalazar, en el capítulo 3, indagan críticamente en el modo en que diferentes tribunales construyen, desde la teoría del delito, los eximentes de responsabilidad penal en casos de mujeres víctimas de violencia. El estudio da cuenta de que, aun cuando no existen reglas claras y previsibles, hay una tendencia a incluir, dentro de los factores que condicionan o eliminan la responsabilidad, el historial de violencia de las acusadas.

Los capítulos 4, 5, 6, 7 y 8 examinan la legislación de las principales formas de violencia contra las mujeres (violencia doméstica, delitos sexuales, prostitución y trata sexual, criminalización del aborto y femicidio). El primero de estos artículos, escrito por Ana María Prieto del Pino, hace un recorrido histórico por la normativa española para combatir las distintas formas de violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja y cómo estos han sido receptados por la jurisprudencia de dicho país. Cynthia Silva y Jeannette Llaja hacen lo

propio respecto a la regulación de la violencia sexual en los distintos Códigos Penales de Latinoamérica. Este artículo es de gran interés en tanto analiza con gran detalle la legislación comparada y muestra que, más allá de las diferencias, los sistemas han transitado un camino similar, partiendo de la protección del honor hacia la defensa de la libertad sexual de las mujeres. En el capítulo 6, Florencia Sotelo repasa los lineamientos de los dos paradigmas que desde hace décadas disputan el abordaje legal de la prostitución y la trata sexual, y problematiza la centralidad que ha adquirido el derecho penal y los operativos de rescate en los últimos años. La autora sostiene que, a pesar de su objetivo declarado, esta estrategia ha empeorado la situación de aquellas mujeres que dice proteger. El capítulo 7 aborda la regulación legal del derecho al aborto, uno de los reclamos más actuales y urgentes del movimiento de mujeres en nuestro país. El artículo repasa la legislación de Argentina, analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y presenta los argumentos de derecho internacional que sustentan el derecho de toda mujer a acceder a esta práctica de manera segura y gratuita. En “Femicidio” (capítulo 8), Patsilí Toledo analiza uno de los tipos penales más problematizados desde el ámbito jurídico penal. La autora explica las distintas formas en que se ha regulado la forma más descarnada de violencia contra la mujer (esto es, los homicidios violentos) y muestra las dificultades que se han registrado a la hora de aplicar los tipos penales en los casos concretos. En general, se advierte una tendencia en toda Latinoamérica a que se verifique un mayor número de sentencias en casos de femicidios cometidos por conocidos de la víctima, lo que deja serios interrogantes respecto de la efectividad del sistema de administración de justicia para reconocer y sancionar los femicidios cometidos por desconocidos.

Los capítulos 9 y 10 abordan aspectos del derecho procesal penal que inciden de manera directa en la resolución de los casos. En un excelente trabajo, Ileana Arduino reflexiona sobre la tensión entre dos perspectivas de derechos humanos: la que pretende visibilizar y denunciar la impunidad penal de los casos de violencia de género y la que defiende a ultranza las garantías de los imputados en el proceso penal. El artículo intenta encontrar herramientas para compatibilizar ambos enfoques: se trata de terminar con la desatención estructural a las demandas de las mujeres víctimas, sin caer, por ello, en demandas punitivistas demagógicas. La autora aborda esta tensión a partir de un análisis crítico de los mecanismos alternativos al juicio. Por su parte, Julieta Di Corleto plantea una lectura original y altamente pertinente sobre el modo en que debe ser valorada la prueba para casos de violencia de género, que corre el eje sobre el que ha pivotado la discusión en los últimos años. La autora dice que más que proclamar normas especiales o flexibilizar el marco probatorio, debemos aspirar al método de “sana crítica racional sin discriminación”. Y, precisamente, da vuelta la discusión demostrando que aquello que se pretende mostrar como un análisis neutral y objetivo, está fuertemente embebido de prejuicios sexistas,

que demandan mayores exigencias probatorias solo cuando se trata de delitos cometidos contra una mujer.

En el capítulo 11, María Piqué desarrolla los principales estándares de derecho internacional para la protección de las víctimas de violencia. Este trabajo deviene una herramienta fundamental para operadores y litigantes que trabajen con casos de violencia de género, ya que allí se resumen los documentos de los organismos internacionales y sentencias de la Corte Interamericana que establecen obligaciones precisas en cabeza del Estado de brindar protección a las víctimas y evitar mayores padecimientos en su interacción con los órganos de administración de justicia.

En los últimos dos capítulos, Corina Giacomello y Marta Monclús Masó analizan los modelos de ejecución de la pena desde una perspectiva de género. Los artículos nos brindan un panorama bastante completo acerca de los principales problemas de derechos humanos que rodean a las mujeres encarceladas. Corina Giacomello nos brinda una semblanza de estas mujeres: son extremadamente pobres, con trayectorias laborales precarias, madres de varios niños que generalmente son las principales o únicas responsables de sus hijos y han sido víctimas de violencia física o sexual, la mayoría de las mujeres son encarceladas por delitos no violentos. A pesar de las fuertes evidencias de la desproporción del impacto del castigo en sus vidas (y las de sus hijos), Marta Monclús nos muestra algunas especificidades sobre el modo en que se implementan los arrestos domiciliarios para mujeres embarazadas o con niños pequeños y sugiere algunas interpretaciones de las leyes que buscan ampliar su ámbito de aplicación y reducir el uso del encarcelamiento de las mujeres madres.

Género y Justicia Penal es una obra necesaria que busca interpelar a los principales actores del sistema penal y los ámbitos académicos y nos invita a un debate técnico y serio, sin soluciones monolíticas y evidentes. La teoría legal feminista no pretende una ampliación irracional del poder punitivo del Estado, sino que comprende miradas más complejas del modo en que el derecho aborda la violencia contra las mujeres, en sus múltiples facetas, tanto cuando son víctimas, como cuando son las que cometen un hecho ilícito. Esta publicación se inscribe en la línea de aquellas que bregan por un derecho libre de prejuicios y estereotipos, que abandone de una buena vez, la racionalidad sexista con la que ha venido funcionando históricamente.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1) La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2) Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Se recomienda su publicación.
- b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.
- c) No se recomienda su publicación.

3) Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo

tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo *, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo * (o ** en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la

autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

Libros

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Artículos de Revistas

MUÑOZ BRAVO, Tomás, “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, N° 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

Capítulos de libros

BOTHE, Michael, “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Material de internet

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en

programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula y centrado)

Por NOMBRE AUTOR

Resumen:

Palabras clave:

TÍTULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)

Abstract:

Keywords:

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

1.1. Subtítulo (cursiva, sin sangría y en minúscula)

1.1.1. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)

1.1.2. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)

2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: dpublica@derecho.uba.ar

GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1) The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.

2) The selected articles will be sent — preserving the author’s anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
- b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
- c) Recommendation of rejection.

3) The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise

or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol * after the title, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol * (or ** in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotation marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors, the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and

page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

Books

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard,

2004, p. 199.

Articles in Journal

MUÑOZ BRAVO, Tomás “Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, may.-aug. 2014, pp. 87-116.

Book Chapters

BOTHE, Michael. “The WHO Request”, in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Websites

ZEGVELD, Liesbeth. “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centred)

By NAME OF AUTHOR/S

Abstract:

Keywords:

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)

Resumen:

Palabras clave:

INTRODUCTION (Capital letters and centred)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.2. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: dpublica@derecho.uba.ar.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de octubre de 2019
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130 Avellaneda -
Provincia de Buenos Aires - República Argentina

