



Ursula C. Basset (dir.)

Superando desafíos: un abordaje integral sobre la mujer en clave de derechos humanos

Ursula C. Basset (DIRECTORA)
Florencia Serdán (COORDINADORA)
Nadia Aguado Benítez (EDITORAS)

Superando desafíos: un abordaje integral sobre la mujer en clave de derechos humanos



Superando desafíos : un abordaje integral sobre la mujer en clave de derechos humanos / Ursula C. Basset ... [et al.] ; Coordinación general de Florencia Serdán ;

Dirigido por Ursula C. Basset ; Editado por Nadia Aguado Benítez. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Konrad Adenauer Stiftung, 2024.

488 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-631-90010-7-5

1. Mujeres. 2. Derechos Humanos. I. Basset, Ursula C., dir. II. Serdán, Florencia, coord. III. Aguado Benítez, Nadia, ed.

CDD 305.4201

Esta publicación de la Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. tiene por objetivo único el de proporcionar información. No podrá ser utilizada para propósitos de publicidad electoral durante campañas electorales.

© Konrad-Adenauer-Stiftung
Suipacha 1175, Piso 3
C1008AAW
Ciudad de Buenos Aires
República Argentina
Tel: (54-11) 4326-2552
www.kas.de/argentina
info.buenosaires@kas.de

Agosto 2024

ISBN: 978-631-90010-7-5

Prohibida su reproducción total o parcial, incluyendo fotocopia,
sin la autorización expresa del autor y los editores.

ÍNDICE

Prólogo	9
Claudia Patricia Sanabria Moudelle	
Introducción.....	15
Nadia Aguado Benítez	
Capítulo 1	
La mujer frente al derecho antidiscriminatorio:	
nuevos y viejos desafíos	33
Ursula C. Basset	
Capítulo 2	
Los derechos de la mujer en el sistema universal	
y regional de derechos humanos	73
Ursula C. Basset	
Capítulo 3	
Qué es la perspectiva o enfoque sensible	
al género de la mujer y cómo se aplica.....	107
Ursula C. Basset	
Capítulo 4	
Violencia contra la mujer	139
Manuela Sancho, Rosario Inés Barros y Ursula C. Basset	
Capítulo 5	
Violencia obstétrica	193
Mercedes Ales Uría y Gabriela Mariana Villán	

Capítulo 6

- Violencia digital contra las mujeres.....235**
Guadalupe Solá Hessling

Capítulo 7

- Discriminación de la mujer frente a la ruptura
de la pareja255**
Eliana M. González

Capítulo 8

- Valoración económica de las tareas de cuidado.....289**
Sofía Balbín

Capítulo 9

- Compensación económica y perspectiva de mujer.....311**
Carla Beatriz Modi

Capítulo 10

- Los derechos de la mujer ante la falta
de reconocimiento del hijo.....327**
Josefina Oñate Muñoz

Capítulo 11

- El reconocimiento del cuidado y su debate
en los feminismos355**
Ursula C. Basset

Capítulo 12

- El cuidado, la mujer y la familia.....381**
María Carolina Ferrante y María Aymé Maceda

Capítulo 13

- Mujer y pobreza: impacto en la vulneración de derechos y desigualdades.....401**
Florencia Serdán

Capítulo 14

- Trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina y su impacto en las mujeres.....429**
Sofía Pascualetti

Capítulo 15

- Algunos casos de violencia económica a mujeres atravesadas por la discapacidad.....451**
Ana Carolina Santi

Capítulo 16

- Acceso a justicia. Mujer y proceso469**
María Zúñiga Basset

Prólogo

Quiero honrar la oportunidad que me fue otorgada para presentar esta obra magna desde donde mejor puedo hacerlo: desde el respeto, la admiración, el afecto y el vínculo que tengo con la autora, una destacada jurista y persona excepcional. Es mi maestra y mentora, una mujer dedicada a sacar lo mejor de otras mujeres, de manera generosa como determinante a la vez.

Para empezar, hay que destacar el origen de esta publicación. La obra nace de una mujer que es madre, amiga, investigadora, docente, creadora de espacios y de oportunidades para otras mujeres, de una amiga que ha trascendido en la academia a nivel internacional, ocupando espacios que aportan y transforman la realidad social, desde la humildad y el altruismo como valores que dejan su sesgo en el derecho a favor de la persona.

Tuve el privilegio de conocer este proyecto cuando aún su autora lo estaba desarrollando, muy bien pensado, sin duda, desde una perspectiva humanista y dignificante de la mujer. En aquella ocasión visité Buenos Aires, invitada por mi querida maestra, Úrsula Basset, para participar de un congreso sobre vulnerabilidades, una perspectiva que permite hacer visible a cada persona con su singularidad y, por tanto, hacer efectivo el derecho con una mayor precisión. Esta perspectiva ha sido considerada y es transversal a todos los temas que se estudian en este libro. La presentación de lo que hoy son los capítulos de este libro por parte de la propia autora mostraban ya el cuidado puesto en cada temática abordada, así como la oportunidad de reunir a especialistas de renombre en una sola obra. Es para mí una enorme satisfacción tener ahora en mis manos la concreción de una idea cuyo único norte es contribuir a la efectividad de los derechos. Intentaré honrar el compromiso que me ha sido asignado y que asumo con el mayor placer.

En estas páginas, es posible apreciar el valor incalculable de reunir a tantas autoras, juristas, profesionales con amplia trayectoria en el servicio público en muchos casos, en el ámbito académico, como así también en el ámbito de la investigación, que de manera acabada presentan temáticas de preocupación actual y aportan para determinar el rol del derecho ante la situación de la mujer en un contexto postglobalizado, en el cual en no pocos debates jurídicos en ocasiones se pierde el verdadero rol humanista del derecho que esta obra intenta recuperar. El estudio presenta las temáticas de manera completa, amplia, sistemática y rigurosa.

Al inicio, la autora presenta “La mujer frente al derecho antidiscriminatorio: nuevos y viejos desafíos”, un minucioso pero a la vez claro recorrido por la historia de los derechos de la mujer a lo largo de los últimos dos siglos, cuando cobran fuerza y se inician los debates teóricos en torno a las posiciones doctrinarias en la materia. La discusión parte de una frase de Dumas: “Todas las faltas que la mujer comete, es el hombre quien es responsable de ellas. (...) es él quien las paga y quien las pagará más caras aún en el futuro”, y va hasta los resultados o consecuencias, si se quiere, que ha tenido el feminismo en la actualidad.

La autora conoce las temáticas porque cuenta con un bagaje a través de los años, que ha conocido en el estudio pormenorizado de los derechos de la persona, centrándose en las vulnerabilidades y buscando la aplicación de la norma a favor de la singularidad, del sujeto mismo. Este trabajo es un legado en sí mismo por cuanto concentra temas que constituyen aristas necesarias para abordar la integralidad de la mujer y de su ecología, en todas sus dimensiones.

Haciendo un repaso por sus páginas, es posible destacar que se encuentran temáticas universales, que permiten sentar bases para las políticas públicas, como es el caso de la perspectiva de los cuidados y su valor, así como otras que abordan temáticas particulares, como la violencia contra la mujer.

Luego del recorrido histórico de los derechos se encuentran dos temas ineludibles para cualquier jurista que quiera conocer sobre las fuentes del

derecho internacional y los mecanismos del sistema de protección a la mujer: “Los derechos de la mujer en el sistema universal y regional de derechos humanos”, como así también un aspecto clave a comprender, que trata de la perspectiva o enfoque sensible al género de la mujer y cómo se aplica. La Dra. Basset nos introduce a las principales doctrinas en la materia y a discusiones no sencillas ni fáciles de abordar. Realiza un recorrido por los principales tratados de derechos humanos articulando las ideas en torno a la protección de la mujer.

Sigue la obra con la presentación de las formas de violencia contra la mujer, entre ellas la violencia obstétrica y la violencia digital, dos formas actuales que han sido aún poco abordadas, que en no pocas ocasiones plantean más de un conflicto de derechos fundamentales y demandan del jurista que las aborda una perspectiva integral y profunda. La violencia obstétrica se enfoca desde la perspectiva de la salud, de la equidad, de la protección de la infancia. Por su parte, la violencia digital se aborda desde la complejidad que plantea el contexto de las tecnologías, donde las fotos, los videos, el almacenamiento y otras acciones exponen a la mujer de manera constante a diversas vulnerabilidades. Se definen y se exploran modalidades y la responsabilidad del Estado frente a ella. Se analizan la Constitución, leyes nacionales y provinciales, como así también el *corpus iuris* internacional en la materia, procedimiento, medidas de protección y análisis de jurisprudencia.

Otros temas abordados guardan relación con las inequidades generadas por las desigualdades históricas entre el hombre y la mujer y la feminización del cuidado. Se analiza si el cuidado debe o no tener un valor económico, y qué consecuencias trae esa mercantilización de una prestación que tiene más que ver con la solidaridad que se deben quienes tienen vínculos antes que ser una cuestión comercial.

Se explora el impacto de la pobreza en la vulneración de derechos de la mujer, tema complejo pero a la vez necesario de tratar ante un presente que ha demostrado ser asimétrico, en una región como la de Latinoamérica, donde los derechos han cedido ante las políticas conservadoras y que miran solo el capital.

Las intersecciones entre los derechos del niño y la mujer también son atendidas en esta obra. Así, se desarrolla el acceso a justicia, mujer y proceso, y la mujer ante la falta de reconocimiento del hijo.

Se atiende a la situación de la mujer frente a la ruptura para reparar las fragilidades que se presentan ante este fenómeno donde el derecho debe mirar a quienes quedan en situaciones de vulnerabilidad, especialmente la mujer y los niños. Se busca la seguridad económica y la protección ante estos quiebres desde el análisis de la tendencia jurisprudencial en la materia. También se abordan otros temas, como la compensación económica, por un lado, y la mujer ante la falta de reconocimiento del hijo, ambas temáticas desde el análisis de la norma jurídica y la jurisprudencia.

El fenómeno de la trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina es un tema planteado desde el impacto que ocasiona en las mujeres. Un fenómeno transnacional que es común a la región, que requiere de políticas públicas especializadas para su abordaje. Se estudia su incorporación en el sistema universal y por el sistema regional interamericano de derechos humanos como una de las peores violaciones a los derechos humanos. Se posiciona la temática como un problema que merece atención en cuanto a las causas que provocan esa vulnerabilidad.

Seguidamente, a partir de fallos judiciales se presentan casos de violencia económica a mujeres atravesadas por la discapacidad, mostrando intersecciones que demandan respuestas ajustadas a realidades cada vez más presentes en la sociedad actual, la llamada “época neuronal”, donde las enfermedades que afectan el sistema nervioso, en esta sociedad del cansancio (Byung-Chul Han, 2016) están más presentes que en otros tiempos. La autora a cargo del capítulo presenta la temática desde el servicio público, desde una mirada propia, habiendo trabajado en cada una de las respuestas, lo que aporta un valor pragmático, posible y humano.

Finaliza la obra de la mano de una novel jurista, investigadora, que, por el mismo motivo, torna interesante la propuesta que plantea al conjugar el análisis del proceso judicial encontrando los puntos de encuentro con las

distintas vulnerabilidades ante las cuales se encuentra la mujer y su mirada desde la jurisprudencia.

Esta obra es, sin lugar a dudas, un aporte inestimable al derecho, fuente de consulta para investigadores, juristas y estudiantes, quienes podrán encontrar, en un único libro, distintas temáticas que hacen a los derechos de las mujeres y su comprensión desde una perspectiva humanista.

Gracias, Dra. Basset, por reunir, en un solo volumen, a tantas mujeres que hacen ciencia y promueven un presente mejor para cada persona.

CLAUDIA PATRICIA SANABRIA MOUDELLE

Docente investigadora

Universidad Iberoamericana

Presidenta del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

Paraguay

Fernando de la Mora, 14 de mayo de 2024

Introducción

Nadia Aguado Benítez

¿Cómo abordar el tema “mujer”? Mucho hay escrito, hablado y vivido, pero mucho más falta aún. Inagotable, como lo es la misma riqueza del ser mujer y, en definitiva, de la humanidad toda, inagotable parece también la búsqueda de superación de diversas variables que aún son desafío para nuestra sociedad. La demanda es clara, hay mucho por hacer.

La mujer, las mujeres. En la enorme diversidad que se representa con cada individuo y en las características tan propias que nos aúnan.

El derrotero de este debate acerca del lugar de las mujeres en la sociedad, ciertamente, tiene sus altibajos a lo largo de la historia de la humanidad. Con grandes mujeres que fueron hitos destacados en todos los ámbitos y a lo largo de todos los tiempos y las igualmente grandes mujeres que desde lo escondido cambiaron el curso de más de una historia pero que nunca conoceremos.

Si hay algo destacable en nuestro tiempo a este respecto es el resurgimiento del tema de la mujer en el ámbito público: debates sobre roles, deberes, derechos, oportunidades pero también sobre los desafíos, como pueden ser las distintas formas de violencia en nuestras sociedades, están desde hace un tiempo (y continúan hoy) sobre la mesa. Mucho queda por hacer.

Mejorar los derechos de las mujeres es una preocupación de agenda pública en todo el mundo; también, por supuesto, en la Argentina. Además de los diversos movimientos sociales (muchas veces enfrentados), medios de comunicación masivos e instituciones públicas levantan la problemática buscando visibilizar y dar soluciones puntuales en sus diversas variantes. Un ejemplo de ello es la Ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, promulgada en enero

2019. Se trata de una propuesta de formación cuyo fin es identificar relaciones violentas contra la mujer y promover relaciones más saludables. Tal fue la acogida y difusión de esta ley que incluso instituciones privadas tomaron para sí mismas la propuesta de formación en la temática para sus miembros o empleados. Pero la búsqueda continúa y hay mucho más que ofrecer si queremos llegar a un estado óptimo en clave de derechos humanos.

Arraigadas en la convicción de que un Estado de derecho es necesario para mejorar la vida de las personas y defender el universal derecho a una vida digna y libre de violencia y coerción, decidimos realizar este extenso trabajo desde nuestra mirada humanista.

En el trabajo político, jurídico y social de quienes encaramos el desafío de presentar esta publicación, descubrimos no solo la demanda de material abarcador y para el entendimiento de la mayor cantidad de personas de estos temas cruciales para la sana vida en sociedad, sino también la necesidad de esta mirada humanista que por convicción abrazamos desde nuestra profesión.

Es necesario volver a poner en el centro a la persona humana para enfrentar y superar estos desafíos. Este es el primer pilar sobre el que se edifica nuestra propuesta.

1. Siguiendo los principios humanistas integrales

Consideramos oportuno exponer aquí las bases del pensamiento que nos guía en pos de un cambio de paradigma para la sociedad. Valores que, por lógica propia, descartan todo tipo de violencia y promueven la equidad y el respeto en cada persona y en la política pública como herramienta ordenadora.

Diversas corrientes a lo largo de la historia se llamaron humanistas, con diversos valores y concepciones filosóficas, sociales y antropológicas que, aplicadas, derivaron en también diversos resultados en las respectivas sociedades.

La corriente cuyas características se identifican con nuestro pensamiento es la llamada “humanista integral”, siguiendo la obra de Jacques Maritain. Esta se diferencia de los humanismos absoluto, racionalista, clásico, del

antropocentrismo, y se distancia también del individualismo, al mismo tiempo que del totalitarismo¹.

A lo largo de la historia, la filosofía se ha planteado preguntas sobre la humanidad y su valor. Podemos citar, como apoyo a la idea central del humanismo integral, a otro filósofo, representante del idealismo, Immanuel Kant, que en 1785, con su imperativo práctico, promulgaba: “Obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio”².

Sin embargo, vemos una y otra vez cómo la misma humanidad se desvía de estos conocimientos universales. Y a veces hace falta aclarar que todo ser humano es persona.

El humanismo integral no es nuevo, por supuesto, sino que se reactualiza con los grandes cambios de la sociedad, manteniendo siempre los valores principales que ahora describiremos. Estos mismos valores los identificamos en la base de la sociedad argentina, en la tradición más profunda de cuidado de cada persona, de apertura a todos los que quieran habitar en nuestro suelo, con respeto y en fraterna comunidad. Esos valores que seguimos queriendo ver prevalecer. Este humanismo integral se encuentra expresado más de una vez en la letra de nuestro cuerpo legal y en el derecho constitucional argentino históricamente, aunque de tiempo en tiempo no logramos tenerlo presente o distintos gobiernos lo olvidan en su quehacer.

A. LA DIGNIDAD INTRÍNSECA DE LA PERSONA HUMANA

¿Qué es la persona? ¿Qué características la describen? Comenzaremos con la cita de uno de los grandes filósofos representantes del humanismo (o personalismo, como lo nombran otros autores):

1 Maritain, J., *Humanismo integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, Ed. Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1966.

2 Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ed. Ariel S.A., Barcelona, edición bilingüe y traducción de José Mardomingo, 1996, p. 189.

Cuando decimos que el hombre es un ser racional ya estamos afirmando que es una persona. El hombre es, por naturaleza, persona. Boecio ha dicho que la persona es un individuo de naturaleza racional. Solo y exclusivamente esta naturaleza racional puede constituir el fundamento de la moralidad. La naturaleza racional es la persona, es decir, el individuo de naturaleza racional³.

La primera máxima, cual bandera de este pensamiento y origen de las demás características, es la dignidad intrínseca del ser humano. Y tiene el mismo sentido que en Kant: la persona es un fin en sí misma. La consideración de la persona como ser digno es el eje transversal de este pensamiento que acompañará a lo largo del desarrollo de los demás principios.

La persona en su dignidad es un ser libre. Y este es otro pilar en el pensamiento humanista integral, la libertad. Así lo expresa Adenauer en un discurso en 1952:

La paz y la libertad, la libertad del individuo frente al miedo y la coerción, la libertad de los pueblos y de toda la humanidad frente a la explotación, la esclavitud, la violencia y la muerte. Estas son las bases de toda existencia humana digna⁴.

Volveremos sobre la cuestión de la libertad más adelante, ya que, si bien personal, es también una característica relacional.

La dignidad propia de la persona es, a la vez, el origen de los derechos naturales (o fundamentales), esos que deben ser la base para toda cultura y sociedad. El humanismo integral aboga por la permanente promoción de la persona humana y la defensa de sus derechos, a fin de que alcance un pleno desarrollo en todos los ámbitos de la vida.

3 Wojtyla, K., *Mi visión del hombre*, 5ta edición, Ed. Palabra, Madrid, 2005, p. 283.

4 Steffen, M. (ed.), *Konrad Adenauer. 101 citas*. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2022, p. 19.

Tampoco se deja a un lado, en esta mirada desde la integralidad como característica propia del ser humano, la vocación de trascendencia. La naturaleza de la persona humana es, siguiendo el principio de unidad del ser humano, a la vez material y espiritual.

Este principio de unidad que considera a la persona en toda su riqueza es un distintivo fundamental del humanismo integral. Puede encontrarse un amplio desarrollo de esta cuestión a lo largo de la obra de otro pensador y destacado referente dentro de la corriente filosófica que nos guía, Emmanuel Mounier, en lo que él llama personalismo. El mismo se enfoca en el ser humano en su integridad como ser corporal y espiritual e individual a la vez que social. Varias son las obras en las que desarrolla este pensamiento, tales como *Revolución personalista y comunitaria* (1934), *Manifiesto al servicio del personalismo* (1936), *El personalismo* (1949) y *¿Qué es el personalismo?* (1956).

Otra característica que debe tenerse presente es que somos seres naturalmente sociales. Considerada en el contexto de las anteriores características, se distancia nuestro pensamiento tanto del individualismo como del colectivismo.

El humanismo integral reconoce a la persona humana como un ser autónomo, singular, pero también como parte de un todo. Es así que se considera especialmente el valor de las relaciones familiares y sociales y el ideal de una comunidad fraterna. Así también es que la defensa de la diversidad y la inclusión son valores propios de nuestro pensamiento, ya que reconoce el valor de cada individuo dentro del todo.

Por otro lado, la integralidad incluye el desarrollo en armonía con la naturaleza, con el medioambiente. Esta máxima es expuesta por varios autores humanistas pero excede el tema de nuestro libro, por ello y por su relevancia es simplemente nombrada en esta introducción.

B. LA SOCIEDAD POLÍTICA Y EL ESTADO DE DERECHO

Hasta aquí las consideraciones básicas de la centralidad de la persona humana para el humanismo integral. Ahora bien, también se reconocen las fortalezas y debilidades propias del ser humano. Ello, sumado al sentido social

o gregario, lleva a la necesidad de una sociedad política estructurada sobre el bien común y el orden jurídico, considerada también en la obra de Maritain:

la sociedad política está destinada esencialmente, en razón del fin terrenal que la especifica, a desarrollar condiciones de medio que lleven a la multitud a un grado de vida material, intelectual y moral conveniente para el bien y la paz del todo, de tal suerte que cada persona se encuentre ayudada positivamente en la conquista progresiva de su plena vida de persona y en su libertad espiritual⁵.

Un valor fundamental para el humanismo integral en la organización de la sociedad política actual es el Estado de derecho, principio de gobernanza para nuestra sociedad en el que se reconoce, en primer lugar, la necesidad del Estado y, en ese marco, la primacía de la ley que somete por igual a Estado, instituciones y personas.

En *Estado de derecho y democracia*, Gerhard Robbers expone: “Estado de derecho define aquel principio según el cual la seguridad jurídica, por un lado, y la justicia, por el otro, se constituyen en estructura fundamental y determinación de sus objetivos, simultáneamente”⁶. Y continúa:

Como contenido fundamental del Estado de derecho material aparece en primer lugar la garantía de los derechos fundamentales. La libertad y la igualdad, la dignidad humana y su manifestación en las diversas garantías de los derechos humanos, son tradicionalmente los elementos esenciales del principio del Estado de derecho⁷.

Es función primordial del Estado la protección de los derechos fundamentales: garantizar el derecho de toda persona a nacer, crecer y vivir con

5 Maritain, J., *op. cit.*, p. 106.

6 Robbers, G., “El Estado de derecho y sus bases éticas”, en J. Thesing (ed.), *Estado de Derecho y democracia*. 2da. Edición. Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA, 1999, p. 30.

7 *Ibid.*, p. 31.

dignidad. Así, elementos esenciales del Estado de derecho son la justicia, la igualdad y la libertad.

La justicia, en el sentido de “dar a cada uno lo suyo”, permite integrar derechos individuales y sociales, a la vez que ordenar el desarrollo de la sociedad en función del bien común. Siguiendo esta línea, se tiene en especial consideración el trabajo en pro de la justicia social como deber del Estado. Así, junto al principio de igualdad, desde esta perspectiva de la justicia y del bien común, debe incluirse la equidad entre los valores principales.

El otro elemento esencial es la libertad, esta vez desde el punto de vista relacional.

En su conocida obra *El crimen de la guerra*, J. B. Alberdi escribe en 1870 no solo sobre la libertad sino sobre su recto uso:

... la libertad [...] es el respeto del hombre al hombre; es la libertad del uno, que se inclina respetuosa ante la libertad de su semejante; es la libertad de cada uno erigida en majestad ante la libertad del otro. No tiene otro secreto ese amor respetuoso por la paz, que distingue a los pueblos libres⁸.

Al principio de Estado de derecho, el humanismo agrega otros más que, si bien interrelacionados, son algo más distantes, en concepto, del desarrollo propio de este libro:

1. la solidaridad: en el sentido de alteridad y de lo comunitario ya nombrado, el valor humano que se desprende de ello es la solidaridad. En palabras de Maritain:

tendiendo al ideal de una comunidad fraterna (...) al bien concreto de la comunidad de las personas humanas. La humilde verdad de la amistad fraterna ha de pasar (...) al orden de lo social y de las estructuras de la vida común⁹.

8 Alberdi, J. B., *El crimen de la guerra*; prólogo de Eduardo Ulibarri, Ed. Fundación CADAL, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, p. 30.

9 Maritain, J., *op. cit.*, p. 15.

2. los valores democráticos: mucho hay escrito en Maritain pero aquí nos referenciaremos en la obra ya citada de Estado de derecho y democracia editado por la Fundación Adenauer (1999) que en palabras de Thesing detalla:

Como ningún otro sistema, la democracia depende del consenso permanente y voluntario de los ciudadanos. El orden democrático nace de la coincidencia de valores, ideas e instituciones, y a partir del consenso que pueda generarse. (...) La democracia como sistema político y forma de vida sólo es estable y efectiva si genera identidad cultural, estabilidad económica, justicia social y consenso político. Un factor significativo en el apoyo político es un Estado de derecho eficaz¹⁰.

Siguiendo la misma línea, en palabras de Konrad Adenauer: “Quien sostenga una verdadera convicción democrática debe guiarse siempre por el respeto del otro, de su sincera voluntad y aspiraciones” (KAS, 2001).

3. la subsidiariedad: principio que ordena el ejercicio de las competencias. Utilizado principalmente en las relaciones internas de los Estados y luego en las organizaciones internacionales como la Unión Europea, pero que es “aplicable a todos los ámbitos de la actividad humana”, según expone en su obra Alfonso Santiago (2013). Y este principio:

... tiene una doble significación: en primer lugar, las instancias superiores no deben sustituir a las inferiores, sino actuar cuando éstas sean incapaces de hacerlo; en segundo lugar, las instancias superiores deben ayudar a las instancias inferiores para que puedan conseguir mejor sus objetivos¹¹.

10 Thesing, J. (ed.), *op. cit.*, pp. 15-16.

11 Santiago, A., “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas Tomo XL, Parte II - Institutos de la Academia - Instituto de Política Constitucional*, 2013, 435-492, <https://www.ancmyp.org.ar/categoría.asp?id=524>, p. 438.

Por este principio se defiende el valor de la sociedad civil, las familias, las comunidades y los gobiernos locales, “salvaguardando la identidad, libertad y autonomía de la persona humana, la familia y los grupos sociales”¹².

Este principio se aplica igualmente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos defendiendo también el valor de los Estados.

C. ALGUNOS EJEMPLOS DE FIGURAS POLÍTICAS CON VALORES HUMANISTAS INTEGRALES

A los efectos concretos de la aplicación de esta corriente de pensamiento, baste nombrar a tres figuras públicas históricas que ocuparon importantes lugares de toma de decisión y que por sus convicciones personales fueron representantes de una política verdaderamente humana en su tiempo.

Parados en el siglo XXI, no se puede hablar de políticos humanistas sin nombrar a los dos grandes representantes de este pensamiento desde el continente europeo. En el contexto de posguerra fue imperante la necesidad de volver a una mirada más humana en todos los ámbitos pero en la política en particular. Es así que dos figuras contemporáneas ascendieron a lugares de poder en sus respectivos países: Robert Schuman (Francia) y Konrad Adenauer (Alemania). Es gracias a ellos, junto a muchos hombres y mujeres de su tiempo, que se logró la reunificación de Europa, explicitando otro de los pilares ya nombrados de este pensamiento como lo es la visión de la humanidad como una comunidad fraterna.

Una tercera persona, más distante en el tiempo y por ello en condiciones completamente distintas en cuanto a las formas de gobierno pero igualmente alineada en los valores centrales que nos competen aquí de la defensa de la dignidad humana, es Isabel de Castilla. Hoy en día vuelta a la luz por su imponente capacidad de liderazgo, fue pionera en el reconocimiento de los derechos humanos universales. Parecerá extemporáneo, pero temas que esta

12 *Ibid.*, p. 439.

monarca encaró siglos atrás, como la abolición de la esclavitud, siguen siendo hoy en día deudas sociales pendientes en casi todos los rincones de la tierra. Tal es el caso de la trata de personas, sin lugar a dudas una forma actual de esclavización. En esta línea queremos remarcar, de esta política, la visión liberadora y dignificante de cada ser humano y el concepto de leyes justas y que promuevan el bienestar de todos los ciudadanos.

Muchas leyes se dieron bajo su mandato, pero los textos más reconocidos de su legado político son su *Testamento y Codicilo*. Siguiendo el trabajo de la Dra. Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, expondremos a modo de ejemplo la importancia del principio de justicia y la búsqueda del bien común.

... si algunas de las dichas leyes les paresçieren no ser justas o que no conciernen al bien publico de mis regnos e subditos, las ordenen por manera que sean justas a servicio de Dios e bien comun de mis regnos e subditos e en el mas breve compendio que ser podiere ordenadamente por sus titulos por manera que con menos trabajo se puedan estudiar e saber¹³.

Y sobre la dignidad de cada ser humano sin distinción (pionera en su tiempo), la autora expone:

Desde un principio la reina Isabel defendió que los habitantes de estas tierras tuviesen la condición de vasallos libres de la Corona de Castilla, evitando su reducción a esclavitud. Así lo estableció en su Real Cédula de 20 de junio de 1500. En su Codicilo retomó este tema [...] [para] que esto se cumpla y les encarga que no consentan que “los yndios (...) recíban agravio alguno en sus personas ni bienes, mas manden que sean bien y justamente tratados”. Esta política se perpetuó con sus descendientes¹⁴.

13 Codicilo de Isabel de Castilla 1504, citado en Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, B., “Una visión sobre el testamento y el codicilo de Isabel la Católica”, *ICADE Revista De La Facultad De Derecho* (63), 113-152, 2016, <https://revistas.comillas.edu/index.php/revisatacade/article/view/6459>, p. 131.

14 *Ibid.*, p. 132.

2. Recensión de nuestro libro

Guiándonos por estos valores y principios, este libro presenta una perspectiva integral que pone en el centro a la persona, varón y mujer, en equidad, sin dejar a un lado sus diferencias y complementariedades, pero por sobre todo en su igual dignidad, libertad y equiparables derechos y deberes. Queremos enfrentar los desafíos que nuestra sociedad presenta, observando el pasado y el presente, esperando un futuro superador de toda vulnerabilidad jurídica que pueda haber en relación con la mujer.

Buscamos promover los mecanismos y el conocimiento necesarios para que todo funcionario, jurista y persona de bien que requiera de estas herramientas, pueda acceder al material que presentamos en esta publicación de la Fundación Adenauer en Argentina.

El equipo de investigación, dirigido por Ursula Basset, jurista reconocida en el área a nivel internacional, fue creado con este espíritu, para trabajar específicamente sobre derechos de las mujeres. Lo conforman profesionales del derecho con diverso recorrido profesional. Si bien cada autora tiene su impronta, en el trabajo conjunto como grupo de investigación se repasan exhaustivamente bibliografía y jurisprudencia nacional e internacional para exponer de una manera completa y con pensamiento crítico los temas que creemos relevantes para mejorar la calidad de derechos de las mujeres en nuestra sociedad.

El primer capítulo hace una exposición pormenorizada sobre el devenir de los movimientos de reivindicación de los derechos de la mujer. Analiza la “cuestión de la mujer” en sus vaivenes históricos, que nos posicionan hoy en el lugar en el que estamos.

En el segundo capítulo se presentan los diversos instrumentos jurídicos de derechos humanos nacionales e internacionales que conciernen a la mujer. A lo que se agrega una enumeración de principios rectores de los derechos humanos de las mujeres. Se ofrece así una vista panorámica pero profunda de

lo que son las bases y recursos de todo el desarrollo posterior de este libro, como así también de la jurisprudencia que interesa en general en lo relativo a los derechos de las mujeres.

A continuación, el tercer capítulo proporciona ideas claras acerca del vocabulario usado tan frecuentemente en los últimos años en la justicia y los tratados internacionales, pero también en la política y la sociedad. Este capítulo se pregunta acerca de qué es la perspectiva o enfoque sensible al género de la mujer y cómo se aplica. Se intenta así comprender, pero también desambiguar, el uso de esta herramienta.

Estos tres capítulos iniciales dan paso a los específicos, que van tratando las diferentes formas de violencia que pueden sufrir las mujeres en nuestra sociedad actual junto a otras reivindicaciones de derechos tan actuales como urgentes.

En el capítulo cuatro se expone la violencia en su construcción teórica y se exploran los modelos explicativos como herramienta para poder enfrentarla. También se hace un repaso del derecho argentino en lo relativo a los tipos de violencia.

Tanto en estos primeros capítulos como en los subsiguientes, los temas son presentados en conjunto pero individuados para que cada persona que llegue aquí con una problemática específica pueda dirigirse al capítulo que necesite en el momento.

Pensado como herramienta de trabajo y fuente de consulta, facilitamos su acceso aportando referencias entre capítulos, pero siendo cada uno una unidad se hace posible su lectura aislada. La invitación no deja de ser por ello a una lectura integral de la obra.

Muchos de los temas están interconectados y, por ejemplo, un tipo de violencia puede ir de la mano de, o agravar, otro. Volviendo a la consideración del ser humano de una manera integral, propia de este pensamiento humanista, la propuesta frente a la violencia es que también se aborde desde la mirada integral, con sus interconexiones.

Queremos especialmente llamar la atención en este aspecto a quien en situaciones de toma de decisión tenga que encarar una solución a estos problemas, ya que deberá también tener una mirada amplia para considerar las diversas facetas que presentan problemas tan complejos como los que encaramos aquí.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, se desarrollan temas tan cruciales y propios como la violencia obstétrica (Capítulo 5) y otros más recientes y muchas veces extrapolables, como lo relacionado con las nuevas tecnologías en “Violencia digital contra las mujeres” (Capítulo 6) en sus distintas variantes.

Muchas veces los actos de violencia se dan en el marco de un proyecto familiar. Así lo muestran los capítulos específicos “Discriminación de la mujer frente a la ruptura de la pareja” (Capítulo 7), “Compensación económica y perspectiva de mujer” (Capítulo 9) y “Los derechos de la mujer ante la falta de reconocimiento del hijo” (Capítulo 10).

En directa relación con los recién mencionados está el gran y complejo tema del cuidado, que se trata en más de un capítulo, incluido también el de su valoración económica (Capítulo 8). En ellos sale a la luz el conocido dilema entre lo público y lo privado y cómo son percibidos/valorados por nuestra sociedad. El Capítulo 11, “El reconocimiento del cuidado y su debate en los feminismos”, plantea los debates en torno al deber humano que representa esta tarea, la cual involucra las dimensiones personal, familiar, social y política, y la importancia de su reconocimiento como tal. Toda esta temática, tanto respecto de la persona cuidada como de la cuidadora, se relaciona directamente con el proyecto de vida de una persona, por eso se resalta la dignidad de esta tarea. Continuando con el Capítulo 12, “El cuidado, la mujer y la familia”, se realiza el planteo desde el derecho argentino en su situación previa y en la actual. Todos examinan la problemática aportando soluciones en pos del reconocimiento de esta indeclinable labor.

Otra gran área que atraviesa muchos de los capítulos es la relativa a asuntos económicos, como se mencionó anteriormente en relación con los capítulos 8 y 9. También al tratar la feminización de la pobreza y las inequidades en

el mercado laboral (Capítulo 13) tienen relevancia, entre otras, las variables económicas.

La situación de pobreza vuelve a considerarse en otros capítulos, dada la relevancia de la interseccionalidad en el análisis de las vulnerabilidades. De esto se habla en el Capítulo 14, sobre trata de personas, y de cómo las múltiples dimensiones conjugadas agravan la exposición a uno de los peores delitos de violación de derechos humanos. En los datos presentados se hace explícita esta interseccionalidad.

Lo mismo sucede al hablar de violencias hacia personas con alguna discapacidad (Capítulo 15), en el análisis de esta problemática también surgen otros temas que agravan la exposición a esta violencia como la pobreza o temas patrimoniales. En esta misma línea, el capítulo tiene en cuenta el tema del cuidado de personas con discapacidad, que es mayormente ejercido por mujeres. Así se va tejiendo el entramado de esta publicación.

Cada uno de los capítulos de este libro cuenta con un apartado de jurisprudencia que presenta la crudeza de casos reales de violencias y discriminaciones.

Como cierre, en el Capítulo 16, se exponen las variantes y especificidades en el acceso a la justicia y frente al proceso judicial de las mujeres. Analiza diversa jurisprudencia y presenta los diferentes institutos.

3. Consideraciones finales

Este libro es resultado de muchos meses de trabajo, pero también de una búsqueda que no se termina y de un propósito que seguirá guiando nuestros caminos profesionales en pos de una mayor equidad para todo ser humano, libre de violencia en nuestro país y en el mundo. Lo vemos como una oportunidad para promover el desarrollo óptimo de la sociedad en la que vivimos y fomentar una cultura de paz y solidaridad. Queremos salir del pensamiento binario y totalitario, para impulsar una sociedad cooperante y solidaria.

Creemos firmemente que el accionar personal puede influir en una sociedad de manera positiva. Y es en este sentido que ofrecemos las herramientas aquí presentes para el acceso de quien lo requiera.

El ideal de sociedad que vemos en el horizonte es el de una que ha transformado sus bases sociales y culturales por medio de vínculos más humanos, que prevengan toda forma de violencia y promuevan relaciones interpersonales positivas. Para ello, es necesario fortalecer en todas las personas la convicción de la dignidad intrínseca de cada ser humano.

En esta mirada humanista integral, la erradicación de la violencia solo puede llevarse a cabo valorando la diversidad y la complementariedad en lugar de poner el foco en la competencia porque es en estas variantes que es más rico el universo.

Es necesario revalorizar, también, el ámbito de lo público y el de lo privado por igual, según cada persona elija para su vida. Y así, dar valor a cada persona en su propia dignidad más allá del ámbito en el que se desarrolle.

En nuestra sociedad contemporánea, el valor del afuera y el adentro, de lo público y lo privado, parece desdibujado en un nuevo cambio de paradigmas. Pero la tensión de estos cambios debería, en la madurez de la humanidad de nuestro siglo, ser tomada como una oportunidad para enriquecernos como sociedad y no cancelar o desprestigiar a unos por sobre otros.

Estos cambios, por su parte, han hecho crecer en nuestra generación nuevos valores que toman de unos y otros lo mejor que tienen para aportar. Así se puede ver en los nuevos liderazgos colegiados que superan los individualismos de otrora, o en el entendimiento de que las personas pueden tener características alfa o beta igualmente valorables y complementarias cuando son sanamente conducidas. Cambios todos que se ven con aceptación y que salen de este dualismo totalitario que intento marcar con estas líneas.

Creemos así, salir de un planteo que enfrenta violencia con más violencia. En su lugar, con una mirada humanista, se busca dar valor a cada persona en su propia dignidad más allá del ámbito en el que se desarrolle y defendiendo con firmeza y herramientas concretas los derechos de las mujeres.

Por último, mucho hay escrito sobre el humanismo y en esta introducción se han nombrados varios autores de los más relevantes. Pero como recomendación para la profundización en esta mirada filosófica humanista frente a los desafíos planteados y desde el contexto específico de este libro editado en Argentina, podemos nombrar a la filósofa Paola Delbosco, presidenta en Argentina de la Académica Nacional de Educación. Con ella nos preguntamos: ¿qué es lo que nos hace más profundamente humanos?

Referencias

- Alberdi, J. B. (2020). *El crimen de la guerra*; prólogo de Eduardo Ulibarri. Ed. Fundación CADAL, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ed. Ariel S.A. Barcelona. Edición bilingüe y traducción de José Mardomingo.
- Konrad Adenauer Stiftung (2001). *Konrad Adenauer, 125 años*, Konrad Adenauer Stiftung, Santiago de Chile.
- Maritain, J. (1966). *Humanismo Integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*. Ed. Carlos Lohlé, Buenos Aires.
- Robbers, G. (1999). El Estado de derecho y sus bases éticas. En J. Thesing (Ed.), *Estado de Derecho y Democracia*. 2da. Edición. (pp. 29-47) Konrad Adenauer Stiftung - CIEDLA.
- Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso, B. (2016). Una visión sobre el testamento y el codicilo de Isabel la Católica. *ICADE Revista De La Facultad De Derecho* (63), 113-152, <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/6459>.
- Santiago, A. (2013). El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas Tomo XL, Parte II - Institutos de la Academia - Instituto de Política Constitucional*, 435-492, <https://www.ancmvp.org.ar/categoría.asp?id=524>.

- Steffen, M. (ed.). (2022). *Konrad Adenauer. 101 citas*. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo.
- Thesing, J. (Ed.). (1999). *Estado de derecho y democracia*. 2da. Edición. Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA. Buenos Aires.
- Wojtyla, K. (2005). *Mi visión del hombre*. 5ta edición, Ed. Palabra, Madrid.



Nadia Aguado Benítez

Licenciada en Relaciones Internacionales por la UCA. Especialización en Desarrollo Humano por FLACSO y magíster en Responsabilidad Social por la Universidad de Castilla La Mancha. Posgrado en negociación por la Escuela de Negocios de la UCA. Desde 2019 trabaja en la oficina Argentina de la Fundación Konrad Adenauer, donde es coordinadora académica. Realizó experiencias como study visitor en el Parlamento Europeo (9.ª legislatura) y en el parlamento alemán (Bundestag).

CAPÍTULO 1

La mujer frente al derecho antidiscriminatorio: nuevos y viejos desafíos

Ursula C. Basset

1. La cuestión de la mujer

La “cuestión de la mujer” es nuestro punto de partida. Este giro describe la problematización sobre la participación de la mujer en la familia, la sociedad, la economía y la política que recorrió Europa hacia fines del siglo XIX¹.

Así enunciada, como “la cuestión de la mujer”, aparece como título de un libro de Alejandro Dumas hijo de 1872, y en la serie de debates a partir de la posición del hombre y la mujer en la sociedad francesa de esa época. En su libro, Dumas escribe: “Todas las faltas que la mujer comete, es el hombre quien es responsable de ellas. (...) es él quien las paga y quien las pagará más caras aún en el futuro”². Su denuncia revela la falta de compromiso de un universo predominantemente masculino en promover a la mujer removiendo las restricciones que esta tenía para acceder a la educación, al pensamiento científico y a otras esferas de la vida social.

Ecos de este debate se encuentran en las novelas de Fiódor Dostoievski. En *Crimen y castigo* se lee: “¿Puede acaso una mujer decente y honorable esperar

1 Choi, H., en Smith, B., Robinson, N. (eds.), *The Routledge History of Feminism*, Londres, 2022, p. 105.

2 Dumas, A. (fils), *La question de la femme*, París, 1872, pp. 14-15.

ganar su propio sustento por el trabajo honesto?”³. León Tolstoi, también sensible a los movimientos sociales de la época, escribía en *Anna Karenina*:

La mujer está privada de derechos porque está privada de instrucción, y la falta de instrucción impacta en la ausencia de derechos. No olvidemos que la sujeción de la mujer está tan enraizada en nuestras costumbres, que muy frecuentemente somos incapaces de comprender el abismo legal que la separa de nosotros⁴.

La pregunta por el espacio que ocupan las mujeres y su reconocimiento en la vida pública comenzó mucho antes que el debate de fin del siglo XIX. Sin embargo, el fin del siglo XIX ofrece una interesante postal de los movimientos del imaginario social en torno al desplazamiento de la mujer del ámbito privado del cuidado a la equiparación creciente con el hombre en el acceso a la esfera de la instrucción, el trabajo y los derechos civiles y políticos. Esta postal es la que preside los grandes reclamos de los primeros feminismos del siglo XX.

2. Los feminismos del siglo XX en adelante

La categoría y la palabra “feminismo” hacen su aparición en la escena pública recién a fines del siglo XIX y principios del siglo XX⁵. En América Latina, la primera vez que se documenta la aparición de la palabra es en una disertación en la Universidad de Buenos Aires en 1901⁶. De ahí que podamos pensarlo como categoría a partir de entonces.

El movimiento feminista, en términos identitarios, busca tener una narrativa, un sentido de su historia⁷. De ahí que tenga sentido que esa narrativa

3 Dostoievski, F., *Crimen y castigo*, capítulo 6.

4 Tolstoi, L., *Anna Karenina*, capítulo 8.

5 Walters, M., *Feminism: A very short Introduction*, Oxford University Press, 2005, p. 1.

6 Lavrin, A., *Woman, Feminism and Social Change in Argentina, Chile and Uruguay, 1890-1940*, University of Nebraska Press, Lincoln and London, 1995, p. 41.

7 Hodgson-Wright, S., “Early Feminism”, en Gamble, S., *The Routledge Companion to Feminism and Postfeminism*, Londres, 1991, p. 5.

abarque una suerte de prehistoria que absorba eventos, pensadoras y pensadores, figuras, que hayan tenido alguna pregnancia en el feminismo. Así se incorporan, en esa suerte de prehistoria, figuras egregias como Hildegarda von Bingen, Christine de Pizan, Leonor de Aquitania, etc. Son todas figuras de un gran relieve e inspiradoras. Sin embargo, es menester tener presente que para hablar estrictamente de feminismo debemos atenernos al nacimiento de la categoría, para lo cual por lo menos es necesario que se use el vocablo “feminismo” para designar estas corrientes, lo cual en lo que denominamos “prehistoria” del feminismo no sucede.

Es muy común hablar de “olas” del feminismo –feminismos de la primera ola, de la segunda, de la tercera y de la cuarta–, sin que la literatura coincida siempre en qué es lo que define cada movimiento⁸. Algunos celebran la metáfora de la ola, porque remite a la persistencia del movimiento feminista: las olas suponen una permanencia y, al mismo tiempo, un renovarse constante⁹. Otros autores entienden que hablar de “olas” supone desactivar la riqueza y los matices de los muchos movimientos feministas¹⁰.

Aquí haremos uso de la metáfora de las olas, en virtud de su utilidad para encuadrar en pocos párrafos una descripción sucinta de la evolución del movimiento en los últimos 150 años.

A. FEMINISMO DE LA PRIMERA OLA. LA CIUDADANÍA POLÍTICA

Indudablemente, si se intenta una línea del tiempo, el punto de partida es el movimiento de las sufragistas en el siglo XIX; es lo que algunos llaman la

8 Naples, N. (ed.), *A Companion to Women's and Gender Studies*, Wiley Blackwell, Oxford, 2020, p. 8.

9 Llewellyn, D., “Talking in Waves: A Generational and Secular Metaphor”, *Reading, Feminism and Spirituality*, Palgrave Macmillan, pp. 31-64.

10 Evans, E. & Prudence, C., “Critical Waves: Exploring Feminist Identity, Discourse and Praxis in Western Feminism, Social Movement Studies”, *Journal of Social, Cultural and Political Protest*, 2014, DOI: 10.1080/14742837.2014.964199 (consultado el 18 de enero de 2023).

primera ola del feminismo. Las sufragistas lucharon por la equiparación en el derecho al voto de la mujer. Por insólito que pueda parecer hoy, la mujer no tenía derecho a votar. El derecho al voto tenía un valor simbólico trascendente, que remite al derecho a la ciudadanía de la mujer.

Hay que recordar que la universalización del derecho al voto fue progresiva también para los hombres. Por ejemplo, en Inglaterra, a mediados de 1870, solo un tercio de los hombres tenía derecho al voto¹¹. El filósofo inglés John Stuart Mill¹², y también su esposa, Harriet Taylor Mill¹³, señalaron por la misma época que las mujeres tenían intereses distintos de los hombres y que estos intereses debían estar representados en el parlamento inglés¹⁴.

En América Latina, el derecho al voto femenino llegó primero a Ecuador, en 1929; luego a Brasil y Uruguay (1932), Cuba (1934), El Salvador (1939), República Dominicana (1942), Panamá, Costa Rica y Guatemala (1945), Venezuela y Argentina (1947), Chile (1949), Haití (1959), México (1953), Honduras, Nicaragua y Perú (1955), Colombia (1957) y Paraguay (1961).

Suele señalarse como raíz teórica remota de esta primera ola el pensamiento de Mary Wollstonecraft. En su *Vindication of the Rights of Women* (1792) procuró reivindicar un equilibrio entre la vida doméstica y la participación en la esfera pública, alentando la instrucción de la mujer. Si su obra

11 Walters, M., *op. cit.*, p. 69.

12 Mill, J. S., *The Subjection of Women*, New York, Appleton & Company, 1869. Decía Mill: "The principle which regulates the existing social relations between the two sexes –the legal subordination for one sex to the other– is wrong in itself, and now one of the chief hindrances to human improvement; and that it ought to be replaced by a principle of perfect equality, admitting no power or privilege on the one side nor disability on the other" (p. 1).
13 Mill, J. S., Taylor Mill, H., "The Enfranchisement of Women", *Westminster Review*, 1850. Accesible online en la página de la Universidad de Texas: <https://www.laits.utexas.edu/poltheory/jsmill/diss-disc/eow-intro.html> (consultado el 28/8/2022). El ensayo, aunque fue escrito conjuntamente, fue publicado bajo el nombre de John S. Mill.

14 El argumento de Mill hoy día no sería bien recibido: según él, que las mujeres tuvieran derecho a votar se derivaba lógicamente de que tenían derecho a elegir un marido. Un marido gobierna sobre la mujer. Si la mujer puede elegir quien la gobierne en el matrimonio, puede elegir quien la gobierne en la esfera política. Está claro que es un argumento poco aceptable hoy día. (Mill, J. S., *The Subjection...* *op. cit.*, p. 96).

quedó en el olvido, la de su hija, que abrazó la literatura, alcanzó la fama (Mary Shelley). Como representantes teóricos de esta época se suele señalar a Harriet Taylor y John Stuart Mill, y Susan B. Anthony, entre otros.

En América Latina el feminismo comenzó a ser discutido y definido a fines del siglo XIX, y hacia 1920 formaba parte del vocabulario de mujeres socialistas y liberales de clase media, reformadores sociales y parlamentarios¹⁵. Entre sus protagonistas más destacadas pueden contarse las argentinas Alicia Moreau de Justo y Elvira Rawson de Dellepiane, Elena Caffarena en Chile y las uruguayas María Abella de Ramírez, Paulina Luisi y Ofelia Machado Bonet. Si bien, al igual que el movimiento europeo, tendió a asegurar derechos políticos, resultó también urgente la causa por los derechos civiles de la mujer en el matrimonio. Los debates en América Latina, a diferencia de los europeos, estuvieron marcados por la valoración especial de la maternidad. En el feminismo de esta época conviven vertientes liberales, vertientes socialistas y vertientes que encuentran afinidades con el pensamiento católico¹⁶.

A medida que se fueron consolidando los derechos políticos, hubo una creciente sensibilidad hacia los derechos económicos, sociales y culturales de la mujer.

B. LA SEGUNDA OLA DEL FEMINISMO. DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES Y FEMINISMO LIBERAL

Se suele señalar como segunda ola del feminismo lo que se denomina como feminismo liberal: “distintos pero iguales”. Es un movimiento de posguerra, a partir de la década del 50 en adelante.

El feminismo liberal parte de la idea de la equiparación de derechos en la esfera social, económica y cultural. La Declaración Internacional de Derechos Humanos estableció ya en 1959 que “[l]os hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho (...) a casarse y fundar una

15 Lavrin, A., *op. cit.*, p. 46.

16 *Ibid.*, cap. 1.

familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.” (art. 16.1). En líneas generales, se celebra también el desplazamiento del genérico masculino (hombre) al giro neutral de género “ser humano” (*human being*) a la hora de enunciar los derechos humanos, p. ej., en el art. 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales”. La distinción hombre-mujer solo aparece allí donde es necesaria para proteger a la mujer (iguales derechos, matrimonio, maternidad)¹⁷.

El movimiento feminista de postguerra concentra su atención en la discriminación basada en la categoría del sexo¹⁸. Con todo, el movimiento –como se verá a lo largo de su historia–, no estuvo exento de tensiones y contradicciones internas. Por una parte se desarrolló el movimiento liberal, que persigue equiparar los derechos de las mujeres con los derechos de los hombres, asumiendo “todos los privilegios y responsabilidades de ellos en una auténtica sociedad igualitaria con ellos”¹⁹. Por otra, el movimiento radical, que apuntó a la concientización y liberación de las mujeres “de su subordinación inmemorial”²⁰. Mientras que el feminismo radical se orientó crecientemente a la teoría, el feminismo del movimiento de los *equal rights* (iguales derechos) se orientó más bien a transformar la praxis.

A continuación, una somera presentación de los movimientos feministas que caracterizaron este segundo feminismo. Comenzaremos por el feminismo liberal, siguiendo con un esbozo del feminismo radical, para luego tratar algunos temas específicos, como la controversia entre diferencialismo e

17 Organización de las Naciones Unidas (ONU), Preámbulo y art. 16, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1959.

18 Thornham, S., “Second Wave Feminism”, en Gamble, S., *op. cit.*, p. 26.

19 De acuerdo con la invitación formulada por la National Organization for Women para integrarse, en Estados Unidos, en septiembre de 1966, disponible en: <https://feminist.org/resources/feminist-chronicles/part-iii-the-early-documents/national-organization-for-women-an-invitation-to-join/#:~:text=Issued%20September%2C%201966,truly%20equal%20partnership%20with%20men> (consultado el 20/8/2022).

20 Millett, K., *Sexual Politics*, Columbia University Press, 1969, p. 363.

igualitarismo, el universalismo y el multiculturalismo y, finalmente, algunas consideraciones sobre los fundamentos ético-filosóficos presupuestados en algunos de estos debates.

Feminismo liberal

Aquí conviene tomar la vertiente norteamericana. Hacia la década del 60 del siglo XX, se crean una serie de organizaciones para promover los derechos de la mujer, entre las que destaca la Organización Nacional para las Mujeres (NOW, National Organization for Women). La clave principal del movimiento es generar acciones y presión para lograr la igualdad de condiciones económicas y sociales para las mujeres. De este modo, el movimiento feminista se alineó con el movimiento de derechos civiles de personas afrodescendientes, y así se generó una mayor concientización sobre la discriminación. En 1961, el presidente John F. Kennedy estableció la Comisión Presidencial sobre el Estatus de las Mujeres y en 1964 el Congreso aprobó la ley de derechos civiles, en la que se prohibía toda discriminación basada en el sexo, raza, color, religión u origen por parte de empleadores privados o agencias y sindicatos²¹. Básicamente, el feminismo liberal tiene confianza en que la mujer puede lograr la igualdad dentro del sistema.

En 1968, la NOW propuso una Carta de Derechos, que demuestra el espíritu de este feminismo: igual oportunidad laboral para hombres y mujeres, que las mujeres sean protegidas por ley para asegurarles poder volver a su trabajo en un tiempo razonable luego del nacimiento de sus hijos, inmediata revisión de las leyes impositivas para permitir la deducción de los costos del cuidado de niños para padres que trabajan, guarderías desde la preescolaridad hasta la adolescencia accesibles sin importar el nivel de ingresos y amplios derechos sexuales y reproductivos²². Muchos de estos derechos fueron alcanzados en varios países de Occidente; algunos todavía requieren realización plena.

21 Tong, R., Fernandes Botts, T., *Feminist Thought. A More Comprehensive Introduction*, Routledge, NY, Oxon, 2018, p. 63.

22 *Ibid.*, pp. 66-67.

Es interesante apuntar un tema que tendrá incidencia en la colisión entre el feminismo liberal y el feminismo radical. El primer feminismo no es explícito respecto de la inclusión de la orientación sexual, especialmente respecto del lesbianismo. Sin embargo, el movimiento feminista tiene participación creciente de mujeres lesbianas, lo que genera más y más tensiones internas en relación con la forma de abordar los derechos de la mujer desde las perspectivas de la igualdad y la diferencia y, más tarde, en el asunto de la indiferenciación de género.

La principal pluma que destaca es la de Betty Friedan (1921-2006). En realidad, la militancia feminista de Friedan es larga y su pensamiento varió a lo largo del tiempo. Sin embargo, hay algunas notas que permanecen: ella es de la idea de que la mujer debería alcanzar en algún momento iguales derechos con los hombres. En su primer escrito, *Femenine Mystique* (Mística femenina), parte de la idea de que la mujer se aburre en el hogar, educando a los hijos, cuidando de su apariencia y de las tareas domésticas. Las mujeres deberían encontrar un trabajo en la esfera pública, fuera del ámbito doméstico. Implícitamente, subyace el prejuicio (no necesariamente universalizable) de que la vida doméstica era sofocante para la mujer.

En su segunda obra, *The Second Stage* (El segundo estadio), que es una revisión de *Femenine Mystique*, Friedan cambia su visión. Sus ideas son provocadoras. Ella advierte que la generación de su hija, tratando de satisfacer las expectativas del feminismo de ser una “supermujer” (una mujer que fuera, simultáneamente, ama de casa a tiempo completo, profesional a tiempo completo y madre a tiempo completo), lejos de liberarse de la opresión, generó más opresión que las mujeres amas de casa de la década del 60. Para Friedan, el feminismo había logrado el resultado contrario al perseguido, la mujer estaba peor que antes.

Friedan alerta acerca de que el feminismo liberal al principio pensaba la liberación de la mujer como una emulación de patrones de conducta masculinos. Haciendo una autocrítica, sostiene que en *Femenine Mystique*, el modelo

que proponía forzaba a las mujeres a ser como los hombres para ofrecer un cambio significativo en la ecuación de la vida social. Al contrario, en *The Second Stage* sostiene que la mujer no tiene que reproducir al macho alfa, sino valorizar sus condiciones intuitivas beta: fluidez, flexibilidad y sensibilidad, y urge a la mujer a abrazar su feminidad como algo valioso²³.

Críticas al feminismo liberal

El feminismo liberal ha recibido diversas críticas. La primera de ellas es que reposa con demasiada confianza en la autonomía, la razón y la libertad²⁴.

La segunda es que las mujeres no deberían tratar de emular a los hombres. Aquí es muy significativo el aporte de la filosofía comunitarista de Jean Bethke Elshtain (1941-2013). Ella denuncia que el feminismo liberal incurre en tres errores fundamentales: a) creer que las mujeres pueden asemejarse a los hombres si lo intentan, b) creer que la mayoría de las mujeres quieren asemejarse a los hombres, y c) que las mujeres deberían aspirar a los valores masculinos. Respecto de lo primero, señala que no hay evidencia para la afirmación de que la mujer es una construcción cultural, y que el feminismo se niega a aceptar que existen diferencias biológicas entre mujeres y hombres por temor a que esas diferencias biológicas sean utilizadas como marcadores para oprimirlas²⁵. Respecto de lo segundo, el feminismo liberal sobreestima, a su modo de ver, el número de mujeres que desean adquirir características propias de lo masculino. Para ella, la afirmación según la cual el patriarcado es el que insidiosamente inspira a la mujer a convertirse en esposa y madre desestima la inteligencia y conciencia de millones de mujeres. Esa afirmación es tan contradictoria que, si fuera cierta, no hubiera sido posible que las mujeres adquirieran una conciencia de sí contradiciendo el patriarcado²⁶. Por último, Elshtain

23 Friedan, B., *The Second Stage*, Summit Books, New York, 1981, pp. 248-294.

24 Tong, R., Fernandes Botts, T., *op. cit.*, p. 45.

25 Elshtain, J. B., *Public Man, Private Woman: Woman and Social and Political Thought*, Princeton University Press, Princeton, 1982, p. 252.

26 *Ibid.*, p. 250.

entiende que no todas las mujeres entienden que el prototipo de la liberación es la emulación de las virtudes masculinas²⁷.

Una tercera crítica al feminismo liberal entiende que, por su universalismo y su tendencia diferencialista, tiene dificultades para incorporar los debates en torno a la interseccionalidad (raza, clase y orientación sexual)²⁸.

Una cuarta crítica se dirige a la confianza en el sistema: Ellen Willis, desde el feminismo radical, sostuvo que el feminismo liberal es, en realidad, un pseudofeminismo que les quita a las mujeres la posibilidad de derrocar el patriarcado y el capitalismo²⁹. Esto nos lleva a estudiar las posiciones del feminismo radical.

Feminismo radical

Una segunda corriente, que surge paralelamente al feminismo liberal, es la corriente del feminismo radical. Dentro de estas corrientes hubo representantes sumamente influyentes. Además de *Sexual Politics* (Política sexual), de Kate Millett (1934-2017), ya citado más arriba, Robin Morgan publica *Sisterhood is Powerful* (La sororidad es poderosa) en 1970 y Shulamit Firestone publica *The Dialectic of Sex* (La dialéctica del sexo) en 1971³⁰. Es necesario detenerse un instante en estas tres referentes, todas ellas, como Friedan, norteamericanas.

Millett entiende que la categoría de sexo tiene un aspecto político y estudia el impacto del “patriarcado en las relaciones sexuales” analizando obras de arte y literarias. Su obra es considerada un clásico del feminismo radical. Para

27 *Ibid.*, p. 251.

28 Tong, R., Fernandes Botts, T., *op. cit.*, p. 51.

29 *Ibid.*, p. 51.

30 Morgan, R. (ed.), *Sisterhood is Powerful: An Anthology of Writings from the Women's Liberation Movement*, Random House, New York, 1970. Una segunda versión se publicó en 1984: Morgan, R., *Sisterhood is Global: The International Women's Movement Anthology*, Anchor Press/Doubleday, New York, 1984. El libro tuvo una tercera versión en 2003: Morgan, R. (ed.), *Sisterhood is Forever: The Women's Anthology for a New Millennium*, Washington Square Press, Washington, 2003.

ella, “la sexualización del poder es la base de toda dominación”³¹. Los principios del patriarcado son dos: los hombres dominarán a las mujeres, los hombres de más edad dominarán a los más jóvenes³². La revolución sexual debería tender a vencer el “aura negativa” de las relaciones que no se encuadran en el patriarcado, como la homosexualidad, el sexo adolescente y extramarital, y el doble estándar de la prostitución³³. De allí surgiría un reexamen de lo que se denomina “masculino”, asociado con la violencia, y lo “femenino”, asociado con la pasividad³⁴. Millett entiende que el patriarcado es una ideología internalizada por las mismas mujeres a través de patrones culturales, y que es la fuente de otras opresiones. Se sienta así una base para la teoría crítica, que escruta las pautas culturales para descifrar en ellas el patriarcado implícito, que las mismas mujeres han naturalizado.

Shulamit Firestone (1945-2012) escribió su libro más influyente (*The Dialectic of Sex*), que se publicó cuando ella contaba con apenas 25 años. Tomando ideas del materialismo dialéctico, Firestone parte de la idea de que el dimorfismo sexual que involucra a las mujeres en la función reproductiva causa la inequidad y la opresión económica de la mujer³⁵. Sostiene que esa inequidad puede ser eliminada a través de la cultura y las condiciones tecnológicas del presente. Siempre según Firestone, la estructura familiar nuclear aísla a la pareja y su descendencia. La autora sostiene que la revolución socialista liberará a la mujer de los hijos “rompiendo así la tiranía de la familia biológica”³⁶, para dejarlas en total independencia económica y libertad sexual. Por eso es necesario eliminar la familia biológica y el tabú del incesto³⁷, para

31 MacKinnon, C. A., “Foreword”, en Millett, K., *op. cit.*, p. 108.

32 Millett, K., *op. cit.*, p. 108.

33 *Ibid.*, p. 196.

34 *Ibid.*, p. 198.

35 Firestone, S., *Dialectic of Sex*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2003, p. 19 (según la edición original de 1970).

36 *Ibid.*, p. 22.

37 *Ibid.*, p. 96: “So that to eliminate the incest taboo we would have to eliminate the family, and sexuality as it is now structured. Not such a bad idea. For this traditional and by now almost universal proscription on incest has caused us to accept as ‘normal’ a sexuality in which

facilitar una relación heterosexual más auténtica³⁸. Para ella, la tecnología reproductiva realizará finalmente esta liberación de la mujer de la familia nuclear, el matrimonio y la reproducción biológica. Finalmente, sostiene que la revolución feminista terminará con la división entre el “modo estético” y el “modo tecnológico”, y permitirá que Eros se difunda y humanice la cultura³⁹. Se lee en estas ideas una hoja de ruta seguida por el feminismo radical en la tercera ola del feminismo.

Robin Morgan (nac. 1941) es otra de las representantes del pensamiento feminista radical de la segunda ola, autora, entre otras obras, del libro *Sisterhood is Powerful*, una colección de ensayos sobre la liberación de las mujeres por medio del movimiento feminista⁴⁰. El libro se divide en cinco partes: “La mayoría oprimida”, “La mujer invisible: represión psicológica y sexual”, “Ve y dilo en el valle: la conciencia cambiante”, “A partir del sexismo, ideologías emergentes”, “La mano que mece la cuna: protesta y revuelta”; cada parte, a su vez, contiene varios ensayos. La primera parte trata sobre la opresión de las mujeres. Comienza con una muestra de frases sexistas, trata luego sobre estadísticas, las dinámicas del matrimonio y la maternidad, para seguir con testimonios de mujeres profesionales, entre algunos ensayos más. La segunda parte trata sobre la mujer invisible. Allí se estudia la mujer en el imaginario social. En la tercera parte contiene un antípodo de lo que luego sería abordado por las teorías de interseccionalidad. Los temas que trata son, la situación de distintos colectivos de mujeres oprimidas y “las mujeres negras en el movimiento de liberación”. La cuarta parte analiza el sexismo y las ideologías emergentes. Entre otros temas, aborda “la política del trabajo doméstico”, las “bases sociales de la igualdad sexual” y “la liberación de la

individual potential remains unfulfilled, Freud described the psychological penalties of sexual repression caused by the incest taboo, discovering particularly the existence of the Oedipus Complex in every normal male child, and its counterpart, the Electra, in every normal female".
38 Firestone entiende que la homosexualidad solo ocurre a causa de las represiones al incesto mal resueltas. *Ibid.*, p. 96.

39 *Ibid.*, p. 280 y ss.

40 Morgan, R., *Sisterhood is powerful...*, *op. cit.*

mujer como la base de la revolución social". La quinta parte, sobre "la mano que mece la cuna", trata acerca de la poesía como protesta, a lo que se agregan documentos históricos. A lo largo de las páginas se repiten las ideas de condena de la familia nuclear como ámbito opresivo, la noción de patriarcado, el acento en lo sexual como político y la noción de la lucha contra el patriarcado. Aunque aparecen las tensiones internas del movimiento (homosexualismo, movimiento de mujeres negras), el libro no deja de tener en el horizonte la universalidad de los derechos de las mujeres como un fenómeno global que puede mantener su lucha unida. El libro de Morgan no solo es interesante por revelar abordajes radicales, sino también por el uso de la palabra "hermanas" (*sisters*) para referirse a las demás mujeres feministas que allí escriben, y porque elige que sea escrito, editado y corregido solo por mujeres; no deja espacio a la interferencia de ningún varón.

Debate sobre el *backlash* o efecto rebote del movimiento radical

Estas tres últimas postales del feminismo radical trasladan la lucha del segundo feminismo liberal al terreno de la lucha de clases y, sobre todo, aunque se conserva la dimensión universal y global del movimiento, son testigos de sus tensiones y fragmentación interna y su desplazamiento al plano de la cultura, la política y la ideología. Claro que este desplazamiento desde el feminismo liberal, que perseguía cambios eficaces en términos de *equal rights* en los derechos económicos, sociales y culturales, a la lucha retórica e ideológica, ralentizó el progreso de la ampliación de derechos de la mujer. En 1997, las británicas Ann Oakley y Juliet Mitchell, en su *Who's Afraid of Feminism? Seeing through the Backlash* (*¿Quién le tiene el miedo al feminismo? Viendo al través del efecto rebote*)⁴¹, advirtieron, entre otras cuestiones: a) la fragmentación en una pluralidad de feminismos; b) el "deprimente"⁴² progreso en los cuatro objetivos principales que había planteado el feminismo liberal en 1970 (igual

41 Oakley, A., Mitchell, J., *Who's Afraid of Feminism? Seeing through the Backlash*, New Press, New York, 1997.

42 *Ibid.*

paga, igual educación y oportunidades, guarderías de veinticuatro horas, derechos reproductivos); y c) que en algunas ocasiones había una cierta misoginia u odio a las mujeres dentro del mismo feminismo.

Críticas al feminismo radical

El movimiento feminista radical recibió críticas de diversos sectores. Una primera crítica es muy significativa y muy actual. Elshtain sugiere que para las feministas radicales hay, tanto en el nivel ontológico como en el biológico, dos clases de criaturas: los hombres que son corruptos y las mujeres que son inocentes. O, en otros términos, el patriarcado opresor y las mujeres que legítimamente intentan liberarse.

Mary Daly (1928-2010) es una de las representantes significativas de esta corriente. De formación católica, luego de publicar un primer libro en 1966 sobre el conocimiento natural de Dios en Jacques Maritain⁴³ y obtener tres doctorados en teología, filosofía y religión, Daly obtuvo una posición para enseñar en el Boston College, de orientación jesuita. Poco después comenzó su apartamiento de la fe católica. En 1968 publicó *The Church and the Second Sex* (La Iglesia y el segundo sexo)⁴⁴, en donde procuraba defender una igualdad entre hombres y mujeres en la Iglesia católica. El libro ya tenía un tono crítico y fue el comienzo de su alejamiento de la Iglesia. Sus discursos se volvieron cada vez más radicales. En 1999 acordó renunciar a su cátedra en el Boston College, en virtud de prohibir la participación de hombres en sus cursos sobre los estudios de la mujer⁴⁵. El pensamiento de Daly evolucionó hacia sostener la premisa de que patriarcado es la supremacía masculina y la sujeción femenina como consecuencia, en todas partes. Lo masculino repudiado se representa como lo otro amenazante⁴⁶.

43 *On the Natural Knowledge of God in the Philosophy of Jacques Maritain. A Critical Study*, Catholic Book Agency, 1966.

44 Hay una reedición en Beacon Press, 1986.

45 Hunt, M. E., "Biographical sketch", en Rycenga, J. y Barufaldi, L., *A Mary Daly Reader*, New York University Press, 2017, pp. XV y ss.

46 Elshtain, J. B., *op. cit.*, p. 217.

Recordemos que Daly, en *Beyond God the Father* (Más allá de Dios Padre)⁴⁷, partía de la idea de que hasta que las mujeres no se liberan de Dios en su conciencia, nunca podrán empoderarse plenamente como personas, porque Dios Padre es el ícono de todos los patriarcados. Evidentemente, este feminismo extremo que declara la guerra al Dios de las principales religiones occidentales y orientales se plantea respecto de una mujer que se siente amenazada por Dios: “He sugerido ya que si Dios es hombre, entonces el hombre es Dios⁴⁸. El divino patriarca castra a las mujeres en tanto se le permita sobrevivir en la imaginación humana”⁴⁹, sostiene Daly. Por eso, hay que castrar a Dios: “El problema es transformar el imaginario colectivo de forma que la distorsión de la aspiración humana a la trascendencia pierda credibilidad”⁵⁰. Así, mientras que el feminismo hunde sus raíces en cosmovisiones religiosas que valorizan a la mujer y son aliadas de ella, el feminismo de Daly ve en Dios un enemigo de la mujer⁵¹.

En algunas corrientes del feminismo radical, la mujer es caracterizada como la víctima universal, la explotada, la desamparada, que invariabilmente estará amenazada⁵². Es una mirada que no hace justicia al movimiento feminista ni a la conciencia de sí que tiene la mujer contemporánea. Paradójicamente, así, el feminismo desestima la igual dignidad de la mujer y su autoconciencia. Esto es de poca ayuda para la integración de la mujer en términos de equidad en el mundo contemporáneo y presenta un escenario mítico, que no responde a las condiciones reales de existencia actual de la

47 Daly, M., *Beyond God the Father. Toward a Philosophy of Women's Liberation*, Beacon Press, Boston, 1973.

48 Aquí, la falacia del razonamiento es evidente. Es una falacia *non sequitur*.

49 Daly, M., *op. cit.*, p. 19.

50 *Ibid.*

51 Dice Hunt que ante el deterioro cognitivo de Daly, ella fue encargada de llevarle con Rycenberg algunas pertenencias al hogar. Eligieron, entre ellas, llevarle la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino. Daly, al verla, manifestó emoción y gratitud. Ver Hunt, M., “Celebrating and Cerebrating Mary Daly”, en *Journal of Feminist Studies and Religion*, Nro. 28, 2, pp. 90-93). Por las mismas razones enunciadas en *Beyond God...*, Daly se oponía al transfeminismo, que entendía como una forma más de patriarcado.

52 Elshtain, J.B., *op. cit.*, p. 228. También, p. 225.

mujer. De ahí que Elshtain concluya que el feminismo radical vive un mito utópico distorsivo⁵³.

Martha Nussbaum, filósofa feminista, critica la idea de la sororidad, según la cual toda acción de la mujer deriva de su calidad de víctima pura. En su artículo “The weakness of the furies” (La debilidad de las furias), sostiene: “Es atractivo para las feministas el creer que las víctimas siempre son puras y tienen razón –mujeres y otras víctimas de injusticia–”⁵⁴. Para Nussbaum, esta afirmación es paradójica, porque sustrae a la mujer de la noción de imputabilidad moral, que hace a la mujer tan digna como el hombre, capaz de mal moral.

Otra crítica que se hace al feminismo radical es la relativa a los valores que defiende. Se advierte que buena parte de sus debates interesan a un subgrupo de mujeres de clase media alta, blancas y, muchas veces, heterosexuales. Especialmente cuando se focalizan en cuestiones reproductivas, en las que sectorizan el análisis, desentendiéndose del impacto desproporcionado en las mujeres más vulnerables, que desembocan en esterilizaciones o abortos forzados, o acceso desigual a la maternidad⁵⁵.

Una última crítica que se hace al feminismo radical es que es parte del problema sin proponer verdaderas soluciones, pues su discurso victimizante agrava la falta de integración de la mujer en la vida social. De esta forma, en lugar de promover los cambios concretos que se requieren para lograr esa finalidad, se plantea la situación de la mujer en oposiciones dicotómicas que tienen finalidad retórica pero no ayudan a hacer progresar la agenda de la mujer⁵⁶.

Otras tensiones internas del movimiento surgieron de las diferencias de clase y raza. Las mujeres afrodescendientes no siempre encontraron modo

53 *Ibid.*, p. 222 *passim*.

54 Nussbaum, M.C., “The Weakness of the Furies”, *Boston Review*, 19-2-2020, disponible en: <https://www.law.uchicago.edu/news/martha-c-nussbaum-feminist-philosophies-anger>

55 Tong, R., Fernandes Botts, T., *op. cit.*, p. 167. Ver este tópico más abajo, en este mismo capítulo.

56 *Ibid.*, p. 170.

de identificarse con el movimiento feminista, predominantemente impulsado por mujeres blancas. Por otra parte, la mujer trabajadora encontraba mayor identificación con la lucha de clases. En la década del 70 aparecen además las tensiones derivadas de los movimientos de liberación sexual. Comienza a acusarse al feminismo de heterosexista, por su baja permeabilidad hacia las mujeres lesbianas, en un movimiento más bien articulado por mujeres blancas, de clase media alta y heterosexuales⁵⁷.

Igualitarismo vs. diferencialismo

Antes de cerrar el segmento referido al segundo feminismo conviene referirse a los movimientos diferencialistas franceses o, también, *french theory*. Para poner en contexto el debate sobre igualitarismo y diferencialismo, es necesario retroceder en el tiempo a Simone de Beauvoir. En su *Le deuxième sexe* (El segundo sexo), Simone de Beauvoir postula la idea más dramática de que no se nace mujer, sino que se deviene mujer. Vale la pena transcribir el fragmento completo para comprender en sus palabras la sensación de frustración que trasunta hacia la condición femenina:

Uno no nace mujer, uno deviene mujer. No hay destino biológico, psicológico, económico, que defina la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana. Es el conjunto de la civilización la que elabora este producto intermedio entre el macho y el castrado que se califica como femenino⁵⁸.

Es un lugar común en los estudios sobre la obra de Simone de Beauvoir advertir cómo sus experiencias y vivencias personales pudieron haber condicionado su pensamiento⁵⁹.

57 Thornham, S., *op. cit.*, p. 28.

58 “On ne naît pas femme: on le devient. Aucun destin biologique, psychique, économique ne définit la figure que revêt au sein de la société la femelle humaine; c'est l'ensemble de la civilisation qui élabore ce produit intermédiaire entre le mâle et le castrat qu'on qualifie de féminin.” Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, Éd. Folio, Gallimard, París, T. II, 1949, p. 7.

59 Walters, M., *op. cit.*, p. 101. Simone de Beauvoir dejó cuatro autobiografías, además de numerosos estudios sobre su persona y su pensamiento.

Uno de los problemas principales del pensamiento de Simone de Beauvoir es el rol que ella misma atribuye al hombre a raíz de las teorías filosóficas de las que parte. Para De Beauvoir, la individuación de la persona ocurre por la mediación de otro, en este caso, la mujer por medio del hombre: “Solamente la mediación de otro puede constituir un individuo como otro. En tanto que existe para sí, el niño no sabría concebirse como sujeto sexualmente diferenciado”⁶⁰. Y así, hace depender la esencia femenina del principio masculino. En última instancia, la filosofía de De Beauvoir presenta un problema que deriva de la forma en que comprende el principio de individuación⁶¹.

Para De Beauvoir, la biología es irrelevante para la individuación. En *El segundo sexo* dedica un capítulo completo a describir la biología diferencial de la mujer, para luego desestimarla. Uno no es mujer, sino que deviene mujer por individuación social, por representaciones sociales: “es en tanto que sujetado a tabús, a leyes, que el sujeto toma conciencia de sí mismo y se realiza”⁶². Sus afirmaciones estarían en contradicción con algunos modelos explicativos de la violencia contra la mujer, pues, para De Beauvoir, la superioridad masculina, pese al tamaño y la mayor musculatura, es también una construcción social: “la superioridad de la masa muscular del hombre no es la fuente de su poder”⁶³, dice.

En este sentido, el pensamiento de De Beauvoir conecta con el tercer feminismo de Judith Butler. La misma Butler se identifica con la idea del “devenir” mujer y entiende que el pensamiento de De Beauvoir es precursor

60 “Seule la médiation d'autrui peut constituer un individu comme un Autre. En tant qu'il existe pour soi l'enfant ne saurait se saisir comme sexuellement différencié”. De Beauvoir, S., *op. cit.*, p. 7.

61 Al respecto, ver Hengehold, L., *Simone de Beauvoir's Philosophy of Individuation. The Problem of the Second Sex*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2017.

62 “... c'est en tant que corps assujetti à des tabous, à des lois, que le sujet prend conscience de lui-même et s'accomplit”, De Beauvoir, S., *op. cit.*, T. I, p. 110.

63 *Ibid.*, “la supériorité musculaire du mâle n'est pas source de pouvoir”.

de la distinción entre sexo y género (que De Beauvoir nunca enuncia, en realidad)⁶⁴.

A diferencia del desarrollo teórico radical norteamericano, autoras como Julia Kristeva y Luce Irigaray⁶⁵ tomaron los aportes del psicoanálisis para desarrollar el concepto de una subjetividad diferencial femenina que se oponga como un “otro” a la cultura construida y centrada en lo masculino⁶⁶. El riesgo es siempre la abolición de lo femenino que se opone al reconocimiento de la subjetividad de la mujer.

Por último, y volviendo a Estados Unidos, y también dentro el feminismo de la diferencia, merece ser mencionada la psicóloga Carol Gilligan. Originariamente colaboradora de Lawrence Kohlberg, quien elaboró una teoría sobre los estados del desarrollo moral, Gilligan advirtió que con los patrones científicos de Kohlberg, las niñas obtenían escalas más bajas de desarrollo moral. Así descubrió que el método de Kohlberg evaluaba una forma de razonamiento moral a través de los principios, que es más propia del pensamiento masculino, en tanto que las mujeres piensan la moral más en términos de relación. En su libro *In a Different Voice (Otra voz)*, desarrolló la voz moral de la mujer⁶⁷. Es aquí donde postula la “ética del cuidado” (*ethics of care*, *éticas del cuidado*). Para ella, la ética del cuidado es “una ética femenina”, y cuando alguien es cuidadoso, cuida de otros y es desprendido de sí, realiza una tarea femenina⁶⁸.

64 Butler, J., “Sex and Gender in Simone de Beauvoir’s Second Sex”, *Yale French Studies*, no. 72, 1986, pp. 35-49. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/2930225>. Consultado el 28 de agosto de 2022.

65 Irigaray, L., *Speculum, the Other Women*, Cornell University Press, 1985.

66 Kristeva, J., “Y a-t-il un génie féminin”, en *Le génie féminin*, vol. III, Colette, éditions Fayard, 2002, réédition Folio Essais, Gallimard, pp. 540-558.

67 Gilligan, C., *In a Different Voice*, Harvard University Press, 1982.

68 “In the gendered universe of patriarchy, care is a feminine ethic, not a universal one. Caring is what good women do, and the people who care are doing women’s work. They are devoted to others, responsive to their needs, attentive to their voices. They are selfless.” Gilligan, C., “Looking back to look forward: Revisiting In a different voice”, Harvard University Press, 2011, disponible en: <https://classics-at.chs.harvard.edu/classics9-carol-gilligan-looking-back-to-look-forward-revisiting-in-a-different-voice/>.

Para Gilligan, la ética del cuidado y la diferencia de la mujer respecto del hombre están bajo ataque, porque el feminismo está bajo ataque:

En un marco patriarcal, cuidado es una ética femenina. Una ética feminista del cuidado es una voz diferente dentro de una cultura patriarcal porque une razón con emoción, la mente con el cuerpo, el *self* con las relaciones, los hombres con las mujeres, resistiendo divisiones que mantengan un orden patriarcal. (...) Una ética del cuidado reposa sobre un entendimiento fuerte más que sobre un entendimiento débil de la democracia. Una interpretación débil de la democracia homogeneiza las diferencias en nombre de la igualdad, un entendimiento fuerte de la democracia valora las voces que son parte integral de la sociedad democrática⁶⁹.

Gilligan fue la primera en obtener una cátedra en estudios de género en la Universidad de Harvard.

Así, se advierte que en el camino hacia el tercer feminismo, el segundo feminismo llega astillado. Se esboza ya la inquietud del diferencialismo por sostener una narrativa de la subjetividad de la mujer, que llega incluso a plasmarse como un temor a una “misoginia” proveniente del mismo feminismo. Aparece la politización y asimilación del feminismo con la lucha de clases y, a la par, el temor de que la ideologización del movimiento ralentice las conquistas reales y pragmáticas perseguidas por el feminismo liberal de la ampliación de derechos (*backlash*). Si bien el segundo feminismo mantiene siempre la aspiración global y universalista, cuando el feminismo radical toma la

69 “Within a patriarchal framework, care is a feminine ethic. Within a democratic framework, care is a human ethic. A feminist ethic of care is a different voice within a patriarchal culture because it joins reason with emotion, mind with body, self with relationships, men with women, resisting the divisions that maintain a patriarchal order. (...) —a feminist ethic of care rests on a thick rather than thin understanding of democracy. A thin interpretation of democracy homogenizes differences in the name of equality, whereas thick democracy rests on the premise that different voices are integral to the vitality of a democratic society.” Gilligan, C., “Looking back to look forward: Revisiting In a different voice”, *op. cit.*

bifurcación hacia la política de la identidad se ve obligado a fragmentarse en clases y subclases, abriendo camino a la interseccionalidad. El movimiento feminista queda bajo acusación en la óptica del feminismo radical, en virtud de sus privilegios blancos, heterosexuales y de clase, lo que abre fisuras internas adicionales en la “sororidad” (*sisterhood*).

Las proyecciones éticas: ética del cuidado, ética de la vulnerabilidad y precariedad

Hay tres derivaciones de las proyecciones éticas del feminismo: la ética del cuidado, la de la vulnerabilidad y la de la precariedad. A partir de las dos diádicas universalismo-multiculturalismo e igualitarismo-diferencialismo, se entronca otro debate del tercer feminismo: la diáda vulnerabilidad y cuidado vs. precariedad. Se trata de un debate que corresponde más bien al campo de la ética, pero que se produce en el seno del feminismo. El punto de partida es la “ética del cuidado” (*ethics of care*) tal como fue propuesta por Gilligan. Recordemos que Gilligan fue una de las primeras teóricas del feminismo diferencialista, en el marco de las teorías éticas evolutivas.

Una segunda derivación se encuentra en el pensamiento de Martha Fineman sobre la ética de la vulnerabilidad. En su artículo “The Neutered Mother” (La madre neutralizada), de 1992, en el que postula un retorno a la “ley del padre” a partir de determinadas reformas hechas para mejorar la posición de la mujer, que, sin embargo, la empeoran⁷⁰. La neutralidad de la madre en el derecho (la neutralidad de género, diríamos hoy día) coloca a la mujer en peor situación que antes:

Se espera de las mujeres y las esposas, como socios igualitarios, que trabajen –que sean autosuficientes y asuman igual responsabilidad financiera en el divorcio (...) Es innecesario decir que estos cambios en las políticas dañaron a las mujeres más desventajadas y sin defensa⁷¹.

70 Albertson Fineman, M., “The Neutered Mother”, *University of Miami Law Review* 46, no. 3, January 1992, pp. 653-670.

71 *Ibid.*, p. 661.

En estudios posteriores, Fineman evoluciona desde esta crítica de la igualdad formal de contenido liberal hacia una ética de la vulnerabilidad. Con su proyecto iniciado en 2008 sobre el concepto de vulnerabilidad, publica ese mismo año en el *Yale Journal of Law and Feminism* el artículo de referencia “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition” (El sujeto vulnerable: anclando la equidad en la condición humana)⁷². La tesis principal gira en torno a los límites de la igualdad formal y la afirmación de que la vulnerabilidad es una característica compartida que surge de la corporeidad y de la finitud humana. Como puede advertirse, esta tesis no desconoce la diferencia, pero no hace de ella una oposición o una lucha, sino que, partiendo de la empatía de la que la igualdad formal es incapaz, y valorando la diferencia, procura empoderar. La vulnerabilidad, en este contexto, afirma la diferencia y, al mismo tiempo, es universal.

Una tercera deriva en torno a la fragilidad, muy distinta de las anteriores, y es el argumento de Judith Butler sobre la precariedad. Aunque el hilo del razonamiento es a veces oscuro, Butler retorna sobre una posible formulación del universalismo en el derecho antidiscriminatorio al enunciar que la precariedad es una nota común de lo humano. Sin embargo, agrega que lo precario de las vidas se distribuye desigualmente y esa distribución es netamente política⁷³. Para ella,

decir que el género es performativo es decir que hay un cierto tipo de representación (enactment); la “apariencia” de género es frecuentemente confundida como un signo de una veracidad interna, el género surge de normas obligatorias de pertenecer a un género o al otro (usualmente dentro de un marco estrictamente binario), y la reproducción del género es entonces siempre una negociación con poder; y finalmente, no hay

72 Fineman, M., “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, no. 3/20, 2008.

73 Butler, J., “Performativity, Precarity and Sexual Politics”, en *AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana*, www.aibr.org Vol. 4, nro. 3, septiembre-diciembre 2009, pp. i-xiii Madrid: Antropólogos Iberoamericanos.

género sin la reproducción de normas que arriesgan deshacer o rehacer la norma en formas inesperadas, abriendo a la posibilidad de una recreación de la realidad de género sobre bases nuevas⁷⁴.

La precariedad se vincula con las normas de género, “pues sabemos que aquellos que no viven su vida en géneros que sean inteligibles”⁷⁵ para la sociedad están bajo una mayor amenaza de hostigamiento y violencia. A esto Butler lo denomina política sexual. Para ella, no hay un sujeto al que se imputen las normas, porque, al igual que en De Beauvoir, el “yo” es definido por el marco político de relaciones de poder que lo precede, que lo reconoce como una vida vivible⁷⁶.

Todos estos temas reaparecen entreverados en la tercera ola del feminismo y encuentran su raíz remota en la idea de alteridad que define la identidad en De Beauvoir, y su idea de la ética de la ambigüedad y la percepción de la mujer como segundo sexo trasvasada al género como constructo social mediado políticamente. Hay una continuidad, pero también una evolución, que termina en el debilitamiento de la subjetividad, que resulta absorbida por la dimensión política que la crea. Por otro lado, aparece ya la confianza excesiva en la política (que define la identidad y reparte la precariedad), y así una propuesta de acción implícita, que veremos desarrollarse en la teoría crítica. Por último, el desmantelamiento de la diferencia termina de consumarse: el género es un *enactment* y cualquier intento de clasificación diferencial acaba siendo una forma de precarización política.

74 *Ibid.* Butler, J., “Precarious Life, Vulnerability, and the Ethics of Cohabitation”, *The Journal of Speculative Philosophy*, Vol. 26, No. 2, Special Issue with the Society for Phenomenology and Existential Philosophy, 2012, pp. 134-151. Published by: Penn State University Press Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/10.5325/jspecphil.26.2.0134>.

75 *Ibid.*

76 Butler, J., *Frames of War, When is life Grievable?* New York, Verso, 2016, p. 68.

Feminismo de la segunda ola en tópicos: pornografía, prostitución, reproducción artificial, maternidad biológica y maternidad subrogada

Hay una serie de tópicos, relacionados con la reproducción, que aparecen a lo largo de la segunda ola del feminismo.

Heterosexualidad/homosexualidad

Algunos de ellos tienen que ver con la posición que toma el feminismo frente a la heterosexualidad. Mientras que las feministas liberales tuvieron en un principio dificultad en integrar el movimiento lésbico (que, sin embargo, formaba una parte importante de sus filas), para las feministas radicales la heterosexualidad fue frecuentemente representada como una forma de represión patriarcal que estigmatiza a las minorías porque reproduce estereotipos sociales de opresión.

Sexualidad

Otros tienen que ver con la mujer y su sexualidad. Aquí los feminismos coinciden en la raíz, pero se diversifican en los efectos. Casi todos entienden que la mujer debe poder alcanzar la libertad tanto de decidir acerca del ejercicio de la sexualidad como de sus consecuencias (aquí aparecen los debates sobre el aborto, con el que algunas feministas mantienen reservas). También aparece, sobre todo en el feminismo radical, el tema del consentimiento de la mujer.

Pornografía

El uso de la pornografía aparece tematizado en el feminismo radical. El feminismo radical libertario insiste en la libertad de la mujer recurrir a la pornografía. El feminismo radical cultural, en cambio, entiende que la pornografía puede ser una forma de opresión de la mujer. Los hombres son sujetos y las mujeres son objetos en las representaciones: son deshumanizadas, subordinadas y vistas como objetos y *commodities*⁷⁷.

77 Especialmente, Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon. MacKinnon, C. A., “Francis Biddle’s Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech”, en *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, p. 176.

Prostitución

En este asunto aparece otra vez una división entre los feminismos radicales. El libertario entiende que la prostitución puede ser vista como una profesión y que la mujer es libre de ejercerla. El feminismo radical cultural vincula la prostitución con la trata de mujeres y subraya la situación de extrema necesidad en que se encuentran las mujeres que la ejercen y los aspectos relativos a la explotación por parte de los hombres. Para Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon, la prostitución es una puesta en acto de la pornografía que cosifica a la mujer⁷⁸.

Reproducción artificial vs. reproducción natural

Como anticipamos al abordar el pensamiento de Firestone, el feminismo radical libertario entiende que la concepción natural es una forma de opresión de la cual las mujeres deberían liberarse. Las feministas culturales realzan la manipulación cultural que hacen los hombres de la potestad reproductiva, indicando a las mujeres cómo deben parir, de qué manera deben educar, etc. En la obra de Margaret Atwood *El cuento de la criada*, ella imagina un mundo compuesto por Marthas (las domésticas), Esposas (que son secretarias sociales y funcionarias), Jezabeles (prostitutas) y las Criadas (que son las prostitutas gestacionales, colocando la gestación subrogada como una forma de explotación masculina).

En cambio, Gena Corea señala que muchas mujeres se sienten obligadas a recurrir a la reproducción artificial para poder tener un niño, aun cuando eso signifique un riesgo para su salud. También, que las mujeres son inducidas a crioconservar sus ovocitos a partir de los veinte años, para asegurarse la posibilidad de tener hijos más tarde⁷⁹.

78 Dworkin, A., *Pornography: Men Possessing Women*, New York, Perigee Books, 1979, y MacKinnon C., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987.

79 Corea, G., "Egg Snatchers", en Arditti, R. Duelli Klien, R. y Minden, S. (eds.), *Test-Tube Women: What Future for Motherhood?*, Pandora Press, Londres, 1984, p. 45.

Dentro del feminismo, como veremos más abajo, aparece la idea de la ética del cuidado que parte del *mothering* o maternaje. Por ejemplo, Adrienne Rich critica a Firestone por desestimar la maternidad biológica, sin tomar en cuenta que la experiencia plena del embarazo y la maternidad biológica son significativas para una gran mayoría de mujeres⁸⁰.

Sin embargo, otros feminismos entienden que la maternidad no necesita ser biológica y que la sociedad patriarcal refuerza estereotipos opresivos a partir de la maternidad biológica⁸¹.

Maternidad subrogada o gestación por sustitución

Aquí también se dividen las aguas. El feminismo libertario piensa que la mujer debe poder desentenderse de la gestación, que es opresiva, y por eso no ve inconveniente en contractualizarla. En cambio, el feminismo radical cultural ve en esto una forma de explotación de mujeres por mujeres, lo que crea divisiones destructivas entre ellas. Por una parte están las económicamente aventajadas, que pueden pagar y se liberan así de gestar; y por otra, las mujeres que ven en este recurso una forma de subsistir.

Se señala también que la división entre mujeres que engendran, mujeres que gestan y mujeres que crían es una división que recorre la historia como un modo de explotación y resulta graficada en *The Handmaid's Tale (El cuento de la criada)*, de Atwood⁸². Para Corea, la reproducción hoy día se segmenta y se especializa como un modo de producción. Para ella, en el futuro, las mujeres genéticamente superiores concebirán hijos, las mujeres saludables los gestarán y las mujeres con capacidades de maternaje los criarán⁸³.

80 Rich, A., *Of Woman Born*, p. 174, cit. en Tong, R., Fernandes Botts, T., *op. cit.*, pp. 149-150.

81 Tong, R., Fernandes Botts, T., *op. cit.*, p. 144.

82 *Ibid.*, p. 101.

83 Corea, G., *The Mother Machine: Reproduction Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Harper & Row, New York, 1985, pp. 213-249.

C. POSTFEMINISMO Y FEMINISMO DE LA TERCERA OLA

El último estadio del feminismo que analizaremos en este capítulo se refiere al feminismo de la tercera ola. Hemos optado por tratar conjuntamente con la tercera ola la denominación de postfeminismo, que difiere de la tercera ola, pues tienen varias convergencias y algunas pocas divergencias.

Feminismo de la tercera ola

Los autores coinciden en la dificultad de perfilar el feminismo de la tercera ola. Coincidén, sin embargo, en algunas pinceladas comunes.

El escenario en el que ingresa la tercera ola es un contexto contemporáneo, en el que:

... la estructura y sentido de las relaciones de género están bajo un cuestionamiento sustancial, debido en parte a los avances alcanzados por las mujeres, los cambios sociales que trajeron la reestructuración de las economías, mayor diversidad cultural, la proliferación de la tecnocultura y la expansión de las tecnologías de la información, la dinámica de la globalización y el ascenso del capitalismo global, las crisis de degradación ambiental, la diversificación de las sexualidades y prácticas íntimas, los cambios demográficos y la declinante vitalidad de la economía⁸⁴.

El tercer feminismo percibe un agotamiento discursivo del segundo. Las grietas argumentativas que arrastra el feminismo de la segunda ola, la creciente ininteligibilidad de las grandes retóricas y narrativas feministas, su desconexión cada vez mayor con los problemas de la mujer común y su

84 “The contemporary context is one in which the structure and meaning of gender relations are undergoing substantial questioning, due in part to advancements achieved by women; societal changes brought about by the restructuring of economies; increased cultural diversity; the proliferation of technoculture and the expansion of information technologies; the dynamics of globalization and the rise of global capitalism; crises of environmental degradation; diversifying sexualities and intimate practices; changing demographics; and declining economic vitality”, Dicker, R., Piepmeier, A. (eds.), *A Catching a Wave: Reclaiming Feminism for the 21st Century*, Northeastern University Press, Boston, p. 4.

falta de respuesta a lo que reclama el mundo contemporáneo hacen que el feminismo, salvo que evolucione hacia una nueva plasmación, vaya perdiendo creciente significación y terreno en el mundo contemporáneo. De allí que, frente a estas incertidumbres y la crisis del segundo feminismo, surja la pregunta acerca de por qué el feminismo seguiría siendo relevante para el mundo de hoy⁸⁵. A esa pregunta, y a las razones de la crisis, intenta responder la tercera ola.

¿Qué características podrían describir adecuadamente la tercera ola? Rápidamente se advertirá que uno de los propósitos de la tercera ola es no quedar encasillada en definiciones o narrativas: cuanto menos exigente sea la necesidad de consenso sobre un piso mínimo, más posibilidades de reconstruir las divisiones del feminismo. Es un feminismo caracterizado por lo “fluido, más que por lo fijo; por la multiplicidad, más que por la singularidad; por la contradicción por sobre las consistencias”⁸⁶.

El feminismo popular

Es un feminismo que busca reconstruir la base de reconocimiento social. Frente al efecto rebote del feminismo agresivo radicalizado, el nuevo feminismo busca objetivos políticos de reconocimiento social y popular. Para esto, el uso de los medios sociales cobra una relevancia inusitada. Se habla del feminismo del hashtag (#meetoo, #niunamenos, ver más abajo), del feminismo popular, aparecen libros que explican el feminismo con diseños o cómics, remeras y distintas formas de marketing.

Muchas veces son eslóganes sin grandes teorías detrás de ellos. Es un feminismo al que no le interesan los grandes debates académicos, las discusiones metafísicas o las grandes retóricas. Se requiere que sea asible y comprensible con facilidad en un mínimo de pocos caracteres.

El objetivo es lograr consenso social y reconocimiento social. La equidad de género, tan importante para el feminismo de la primera ola, ya ha sido una

85 Budgeon, S., *Third Wave Feminism and the Politics of Gender in the Late Modernity*, Palgrave Macmillan, New York, 2011, p. 11.

86 *Ibid.*, p. 5.

meta en parte alcanzada y parece menos relevante para la tercera ola que el impacto social y el cambio cultural en virtud de la discriminación estructural y simbólica que subsiste en forma implícita en el imaginario colectivo⁸⁷.

Por ejemplo, las Riot Grrrls, un movimiento feminista oriundo de Washington que cuestiona las formas internalizadas de sexismoy acentúa los vínculos de las “chicas” (*grrrls*) entre sí. Toma la palabra *girls* porque es usual que las chicas sean vistas como débiles e inconsecuentes. Se manifiesta también contra el “thinism, ageism, able-bodism, specicism, sexism, y heterosexism” (flaquismo, edadismo, capacitismo, la especismo, el sexismoy el heterosexismo). Es un buen ejemplo de la ambigüedad y falta de esqueleto teórico de estos movimientos, que en general se mueven a través de pancartas, acciones o hashtags.

O también las Guerrilla Girls, tal vez más conocidas, que son una forma de activismo en el arte nacido en Nueva York en 1985. Han hecho diversas campañas con pósteres en las calles. Una de ellas, muy conocida, es la que anuncia la falta de representación de las artistas mujeres en el Museo de Arte Metropolitano de Nueva York, en el que aparece diseñado un desnudo de mujer con el siguiente anuncio: “Do women have to be naked to get into the Met? Less than 4% of the artists in the Modern Art sections are women, but 76% of the nudes are female” (¿Tienen que estar desnudas las mujeres para entrar al Museo Met? Menos del 4% de los artistas en la sección de arte moderno son mujeres, pero el 76% de los desnudos son de mujeres). Esta misma agrupación hizo movidas semejantes contra coleccionistas de arte, la campaña a favor del aborto, contra la violencia policial, a favor de los grupos LGBTQ y contra Donald Trump en su campaña a la presidencia.

En ambos casos, como puede advertirse, se trata de campañas de impacto, en general gráficas, con inconsistencias teóricas y que abarcan un abanico de cuestiones políticamente correctas.

Por otra parte, la publicación de novelas gráficas o filmes también contribuye a visibilizar las ideas. Un ejemplo es *Persépolis*, el filme animado de

87 *Ibid.*

2007 de Marjane Satrapi que narra la situación en Irán de una familia de ideas marxistas frente al avance de ideas más conservadoras del régimen musulmán. Aparecen temáticas relativas al poder político, la revolución y el género. *Persépolis* fue premiada internacionalmente, y así el mensaje se difundió en un contenido asequible y fácil, más a través de la imagen que de la palabra.

El feminismo del hashtag y las campañas digitales

Otra área hacia la que se proyecta el feminismo, con el mismo marco teórico indefinido, ambiguo y popular, son las campañas de hashtag. Es el feminismo de los 140 caracteres de twitter, que se adapta perfectamente a una sociedad crecientemente puesta en la posición de decidir masivamente si adhiere o condena una afirmación sin conocer sus fundamentos, es decir, sin pensar. Las redes estimulan las emociones básicas, no aportan demasiadas palabras ni razonamientos; por eso no provocan el pensamiento⁸⁸. El lector está puesto ante una posición irreflexiva: aceptar o rechazar una afirmación ante el escenario exhibicionista de las redes, en donde su posición quedará expuesta y accesible en el futuro.

Aparecen así las primeras campañas digitales, de las cuales la más exitosa fue indudablemente el movimiento #metoo, originado en 2006 por la activista de derechos de la comunidad afrodescendiente en Estados Unidos Tarana Burke. El hashtag reapareció frente al juicio del productor de cine Harvey Weinstein (luego condenado por abusos sexuales) y periódicamente vuelve a resurgir frente a diversas denuncias de abuso sexual.

En los países latinoamericanos y originada en Argentina, fue también representativa la campaña #niunamenos, originada en el femicidio de la adolescente Chiara Páez, quien, por estar embarazada y no querer abortar, fue asesinada por su novio y el padre de su novio y enterrada en el patio trasero de la casa de estos. Curiosamente, la campaña fue absorbida por grupos proabortion.

88 Clavé, C., "Baisse du QI, appauvrissement du langage et ruine de la pensée", en AGEFI, consultado el 5/9/2022: <https://agefi.com/actualites/acteurs/baisse-du-qI-appauvrissement-du-langage-et-ruine-de-la-pensee>.

por lo que la madre de la joven (contraria al aborto) se sintió excluida del movimiento. Se verificó en este movimiento otra nota de interés del tercer feminismo: la cooptación de los individuos por los colectivos, que desintegra el drama personal en la causa colectiva.

Los hashtags carismáticos tienen la ventaja de instalar rápidamente una temática y generar apoyos veloces. Al mismo tiempo, tienen la desventaja de provocar una ola de seguimientos que es difícil de contrarrestar porque implica una exposición contramayoritaria. Pueden también implicar una condena injusta o tomar por sorpresa al lector sin brindarle suficiente información para tomar posición sobre una temática. Reposan también sobre la emoción básica y la irreflexión. Como todo instrumento, su valor depende del modo en que se utilice.

La superación de la binariedad para lograr un sujeto unificado

Ante la crisis de la categoría de mujer por los feminismos de la segunda ola, el tercer feminismo busca crear consensos retomando las narrativas de la interseccionalidad y multiperspectivistas⁸⁹. Se trata de repensar la dicotomía varón-mujer, pensando más bien a la mujer desde la otredad⁹⁰, como lo que es distinto, incluso con independencia de la vivencia de la sexualidad, de la orientación sexual o de la identidad de género.

Interesa ver cómo la mujer es percibida en los medios, escrutar el lenguaje, introducir lenguaje inclusivo, desdoblar las diferentes formas en que las mujeres se entienden a sí mismas⁹¹

Es un feminismo que piensa a la mujer más en términos de biografías individuales o intereses colectivos anónimos que sobre la base de la individualidad universal de la mujer. Imbuido como está de la filosofía postmetafísica (postmoderna), desconoce cualquier universalidad y prefiere hablar de mujeres en plural, en vez de hacerlo en singular.

89 Snyder, R. C., "What Is Third-Wave Feminism? A New Directions Essay", *Journal of Women in Culture and Society*, 2008, nro. 34, p. 1.

90 Budgeon, S., *op. cit.*, p. 4.

91 *Ibid.*, p. 5.

Si el feminismo se diluye en una atomización fragmentaria o en una colectividad anónima, es más improbable que encuentre efectos rebote como, en cambio, tenía el segundo feminismo con sus grandes narrativas.

Mayor equidad, mayor diversidad; menos teoría, más acción

La nueva narrativa del feminismo prefiere expresarse a través de una pluralidad de voces multiculturales, prefiere la atomización e individuación del relato a las grandes síntesis de ideas, la acción política y social por sobre la justificación teórica.

Al feminismo de la tercera ola le interesan más las diferencias que dividen y distinguen que las semejanzas que unen y agrupan. Prefiere las experiencias individuales de la feminidad, que permiten diversidad y ambigüedad al mismo tiempo, es decir, que permiten que cada mujer se defina a sí misma. Así, el feminismo se suma a otras campañas que tienen algún punto de convergencia, generando alianzas. Por ejemplo, el movimiento Fat Liberation o Body Positive de Susie Orbach, en la década del 70, que visibiliza los patrones de belleza impuestos a la mujer, considerada como objeto, según quienes favorecen la campaña. Otro ejemplo es el el feminismo postcolonial, en el que se puede incluir a la conocida autora de *Todas deberíamos ser feministas*, Chimamanda Ngozi Adichie, quien resalta el impacto negativo de la globalización, entre otros, como el feminismo indígena, el feminismo chicano y el ecofeminismo (que asocian la maternidad con la tierra). Por otra parte, se acuña el concepto de interseccionalidad en los escritos de Kimberlé Crenshaw, para señalar la discrepancia de objetivos entre el feminismo de clase media blanca y la posición de las mujeres de raza negra.

La mujer se presenta aspiracionalmente como una mujer poderosa, liberada y muy individualizada.

Sin embargo, este feminismo de acción, concreto, diverso, por su misma ambigüedad no resulta fácil de integrar. Es opaco a la comprensión, porque carece de fundamentos teóricos y científicos. Así, crecientemente el

feminismo va despidiéndose de las grandes retóricas y aspiraciones del siglo pasado para desinteresarse de los grandes objetivos ambiciosos planteados bajo el segundo feminismo liberal o radical.

Tercer feminismo y maternidad

El tercer feminismo no es tan lineal en su abordaje de la maternidad, precisamente por los abordajes transversales y causas que asume. Por un lado, un segmento importante del feminismo sigue abrazando la causa del aborto y los derechos reproductivos. Una de las temáticas que aparecen aquí es que, como señala Todd, desde la década del 60 la mayoría de los países tienen acceso a métodos razonablemente seguros para impedir la concepción, con lo cual la causa por el aborto en alguna medida se traslada a la responsabilidad previa: el embarazo es por primera vez evitable y, en consecuencia, el aborto pierde un argumento relevante: la mujer puede evitar quedar embarazada (ser dueña de su cuerpo) sin necesidad de abortar.

Otro tema que aparece de la mano de la interseccionalidad es el asunto de la “justicia reproductiva”. A partir de Loretta Ross y su *Sister Song* (*Canto de hermana*), se llama la atención sobre la situación de mujeres pobres, de color, pertenecientes a la clase trabajadora, que son objeto de esterilizaciones forzadas. Aparecen entonces el aborto eugenésico (de niños con malformaciones o patologías) y las esterilizaciones forzadas: se comprueba un sesgo en la práctica y presiones mayores cuando se trata de mujeres trabajadoras, migrantes de clase baja, o por razones étnicas y de color de piel.

En Estados Unidos, más de cincuenta estados legalizaron leyes que permiten la esterilización de personas diagnosticadas con padecimientos mentales, mujeres en situación de cárcel o epilepsia. Desde 1930 a 1980, Japón, Canadá, Suecia, Noruega, Finlandia, Estonia, Eslovaquia, Suiza y Islandia (entre otros países) habían legalizado formas de esterilización forzada para personas con discapacidad, minorías raciales, alcohólicos y personas con

enfermedades determinadas. Más recientemente, las mismas leyes cundieron en América Latina y África⁹².

El consentimiento forzado ocurre cuando: a) el consentimiento se obtiene en situaciones en que las mujeres no están en circunstancia de consentir debido al alto estrés en el que se encuentran; b) el consentimiento es inválido porque no se les ofrecen alternativas de tratamiento o no se les provee toda la información; c) el consentimiento directamente no se obtuvo.

El mismo problema se plantea con el aborto forzado. En Estados Unidos, las mujeres de un estado socioeconómico más bajo o de color tienen tasas más altas de aborto que las mujeres blancas. En India, el aborto es selectivo según el sexo (se abortan más niñas que varones). El Instituto Europeo de Equidad de Género (EIGE) señala que un aborto que se practica sin el pleno consentimiento de la madre es una práctica dañosa. Se suele practicar sobre adolescentes y mujeres que están en una situación de vulnerabilidad o marginalización⁹³.

Se acuña crecientemente la idea de que el aborto no puede ser defendido sin defender al mismo tiempo el derecho a tener un hijo y de poder educarlo en un ambiente seguro. El Estado debe garantizar también la opción de la mujer de ser madre y poder serlo en condiciones adecuadas.

Por otro lado, como siempre, un núcleo de defensoras de los derechos de la mujer y que no favorece el aborto llama al reconocimiento sobre los derechos de la mujer, sus responsabilidades y sus límites, como una cuestión de dignidad humana. Al igual que los hombres deben hacerse cargo del producto de la concepción, también las mujeres. Ambos están en paritaria situación de impedir el embarazo.

92 Patel, P. "Forced sterilization of women as discrimination", *Public Health Rev* 38, 15, 2017, <https://doi.org/10.1186/s40985-017-0060-9>.

93 Ver <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1135> (consultado 5/9/2022).

Postfeminismo

Se entiende por postfeminismo la corriente que sostiene que el feminismo ha sido superado en sus valores y principios. La primera acuñación del término aparece en un artículo publicado en *The New York Times* por Susan Bolotin, en 1982⁹⁴. La idea detrás es el agotamiento del discurso feminista radical y el alcance de la mayoría de las metas que se había propuesto el feminismo de primera y segunda generación.

En el postfeminismo se conserva el lenguaje feminista, pero no las mismas metas. Tiene su fundamento en la fragmentación postmoderna y está más allá de certidumbres y narrativas. Es un feminismo ambiguo, no “exclusivista”, menos prejuicioso o sentencioso que el feminismo de la segunda ola, pues está muy abierto a cualquier manifestación de la mujer. Para Angela McRobbie⁹⁵, es una forma de feminismo que involuntariamente se desliza hacia una nueva forma de misoginia disfrazada de libertad, pues la mujer en sus muchas expresiones solo es aceptada si responde al patrón y a las expectativas del postfeminismo. Las teorías de Butler y sus seguidores son para ella una demolición radical del feminismo tradicional⁹⁶.

Frente al anhelo universalista, el postfeminismo vuelve sobre la feminidad como una experiencia individual. Es usual que aparezcan relatos de historias personales, más que estudios de género o sobre la mujer.

3. Un balance y un estado del arte

Este primer abordaje de las evoluciones del movimiento feminista demuestra su complejidad, pero, por sobre todo, una profunda heterogeneidad, que en el tercer feminismo ni siquiera confluye en la idea de mujer. En todo caso, este recorrido nos permite entender por qué pensamos como pensamos a la mujer y de dónde surgen algunas de las afirmaciones presentes en las representaciones colectivas sobre el feminismo.

94 Bolotin, S., “Voices of Postfeminism”, *The New York Times*, 17/10/1982.

95 McRobbie, A., *The Aftermath of Feminism*, Sage Publications, Londres, 2008.

96 *Ibid.*, p. 4 *passim*.

La vigencia de la categoría sospechosa de discriminación basada en el sexo (a distinguir del género y la orientación sexual) subsiste y está presente en todos los tratados internacionales de derechos humanos, con gran consenso universal. En este sentido, no debería caber duda de que el sexo es una categoría vigente. Esto significa que el debate sexo-género-orientación sexual dentro del feminismo tiene más proyección política que jurídica. Jurídicamente, solo la categoría de sexo está protegida internacionalmente.

Una segunda cuestión a considerar es cuál es el estado del arte actual de la equiparación de derechos. Según los estudios del antropólogo francés Emmanuel Todd en su obra *Où en sont-elles? Une esquisse de l'histoire des femmes* (¿Dónde están ellas? Una historia de las mujeres), la emancipación de las mujeres ha ocurrido ya en lo esencial; sin embargo, sus resultados no son los esperados⁹⁷. Según Todd, algunas de las consecuencias han sido lamentables⁹⁸. Para él, desde el año 2000 ha habido una “matrdominancia ideológica” impuesta por el feminismo, lo que documenta con diversos estudios de opinión⁹⁹. El feminismo habría logrado el objetivo de instalarse en la conciencia social; sin embargo, sus resultados económicos distan aún de las expectativas. Según los datos que aporta, hoy en día, en la mayoría de los países, el grado de participación de la mujer en el mercado laboral es relativamente equivalente al masculino (aunque aún haya diferencias en los cargos jerárquicos y, eventualmente, en el salario). Por otra parte, en cuanto al acceso a la educación universitaria, las mujeres han alcanzado en los países de la OCDE la misma participación que los hombres. En los países en desarrollo, estos datos tienden también a la equiparación. Para Todd, en buena medida, depende ahora de las mujeres el alcanzar niveles de equidad en virtud de

97 Todd, E., *Où en sont-elles? Une esquisse de l'histoire des femmes*, Seuil, París, 2022, p. 22.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*, p. 23.

la dominación femenina emergente¹⁰⁰, para lo que el feminismo emocional y militante tiene poco que aportar¹⁰¹. Se trata de negociar una nueva ecuación trabajo-procreación.

Un feminismo que trabaje sobre complejas estructuras teóricas, o suprima la categoría de mujer mediante elaboraciones teóricas de difícil asimilación para el común de la vida social, gira, en este sentido, parcialmente en vacío. Estaríamos ante un feminismo que sería parte del problema y no de la solución. Es posible que un feminismo radical militante y agresivo se vuelva crecientemente inteligible, en la medida en que da pocas respuestas concretas a las mujeres que todos los días buscan trabajar y conciliar sus aspiraciones personales, familiares y laborales en el mundo de hoy.

Las grandes categorías ahistóricas del patriarcado y de la lucha entre el hombre y la mujer, por otra parte, encuentran poca constatación en la evidencia científica. Los trabajos de Todd demuestran cómo los linajes matrilineales han estado representados en distintas sociedades a lo largo de la historia¹⁰². La división sexual del trabajo y la división entre la esfera pública y la privada tampoco encuentra una constatación universal, aunque sí mayoritaria¹⁰³. De todas formas, no puede sostenerse hoy que la mujer esté excluida del mundo laboral o de la esfera pública sin incurrir en retóricas alienantes respecto de la experiencia cotidiana de la mujer, que casi siempre trabaja y se ocupa de su familia. Es difícil predicar algo que las mujeres de hoy no viven o con lo que no se identifican. De ahí la necesidad de que el feminismo vuelva al cauce concreto de las desigualdades persistentes, en lugar de desarrollar narrativas difíciles de integrar.

La lucha entre el hombre y la mujer sobre la base de una concepción que alimenta identidades antagónicas impide la colaboración del hombre en la

100 *Ibid.*, p. 57.

101 *Ibid.*, p. 55.

102 *Ibid.*, pp. 15-31 *passim*.

103 *Ibid.*

tarea de igualación de derechos, sobre todo considerando que hasta ahora la estructura social no se considera como una lucha, sino que ha reposado siempre sobre la colaboración y la solidaridad recíproca, que es la base del sistema universal de derechos humanos. Esto no significa desconocer la existencia de desigualdades estructurales, de discriminaciones sistémicas e indirectas. Se trata solo de que el feminismo no se caiga en la tentación de estructuras discursivas fáciles, que lo desvíen de la tarea principal de lograr la igualdad plena en cada aspecto de la vida de las mujeres.

Si queremos presentar un cuadro de situación para las mujeres de América Latina y el Caribe, también pueden mostrarse importantes aunque insuficientes avances. Un reciente informe de la OIT muestra un aumento sostenido de la mujer en el mercado laboral (de 44,5% en 1992 a 56,4% en 2014, contra un 86,9% y 84,7%, respectivamente, de los hombres)¹⁰⁴. La cantidad de mujeres sin ingresos propios (usualmente sobre las que recaen las obligaciones de cuidado) se redujo del 41,7% en el año 2002 a 28,9% en el año 2014). Sin embargo, la feminización de la pobreza ha crecido. Según la CEPAL, el índice de feminidad en la pobreza ha crecido del 43,9% en 2002 a 118,2% en 2014¹⁰⁵. Para leer mejor estos datos, sería necesario medir específicamente los niveles de pobreza de los hogares monoparentales de jefatura femenina, que suelen ser los más pobres en la vida social. La tendencia global es

104 Fuente: OIT (Organización Internacional del Trabajo), 2016. “Base de datos de indicadores clave del mercado de trabajo (KILM)”, consultado en diciembre de 2016: <http://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/research-and-databases/kilm/lang--en/index.htm>, cit. en ONU Mujeres, El progreso de las mujeres en América Latina y el Caribe en 2016, disponible en: <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2016/12/el-progreso-de-las-mujeres-america-latina-y-el-caribe-2017#view> (consultado el 5/9/2022).

105 Fuente: CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2016). “Autonomía de las mujeres e igualdad de género en la Agenda de Desarrollo Sostenible”. Decimotercera Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. 25 al 28 de octubre, Montevideo, cit. en <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2016/12/el-progreso-de-las-mujeres-america-latina-y-el-caribe-2017#view> (consultado el 5/9/2022).

al crecimiento del hogar monoparental en general, por la falta de políticas públicas familiares tendientes a favorecer y acompañar la estabilidad familiar, el cuidado doméstico y proteger a la mujer ante la ruptura de la pareja. Por otro lado, se habla del triple juego de techos de cristal, escaleras rotas y pisos pegajosos: subsisten brechas salariales y segregación ocupacional, pese a la inserción laboral (techos de cristal), las mujeres tienen ganancias inestables y vulnerables a los cambios, participación laboral volátil y creciente dificultad para conciliar trabajo y familia (escaleras rotas), y hay bajo grado de empoderamiento económico y obstáculos estructurales en el acceso al empleo o acceso a trabajos precarios (pisos pegajosos)¹⁰⁶.

La mujer se ve obligada a postergar proyectos familiares hasta etapas en las que la fecundidad disminuye o se pierde, pues el sistema jurídico y económico les exige alcanzar autonomía económica para sostenerlas.

El derecho privado, que podría ayudar a distribuir el peso del derecho a la vida familiar con la vida profesional, trata a la mujer como si tuviera igualdad de oportunidades. Sigue sin ser acompañada por el derecho privado y carga el peso de la postergación con la soledad.

A ello se suman los problemas derivados de las distintas formas de violencia contra la mujer, que se dan en situaciones de relaciones desiguales entre varón y mujer parcialmente gestadas por una regulación inadecuada o poco beneficiosa para la mujer en el ámbito de la familia, de la ruptura y del sostenimiento de los hijos, que crea contextos de dependencia.

En este libro nos concentraremos en este enfoque proactivo y concreto. Buscamos detectar las desigualdades persistentes y trabajar para evidenciarlas y así lograr un cambio.

106 <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2016/12/el-progreso-de-las-mujeres-america-latina-y-el-caribe-2017#view> (consultado el 5/9/2022).



Ursula Cristina Basset

Abogada (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UCA). Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesora titular ordinaria con dedicación especial a la investigación en Derecho de Familia y en Derecho de las Sucesiones (UCA). Directora del Centro de Investigaciones en Familia y de la revista EDFA (UCA). Directora de las carreras de Especialización en Familia UCALP y UCASAL. Secretaria general de la International Society of Family Law y de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas. Miembro de la Subcomisión Redactora del Código Civil y Comercial Argentino en Régimen Patrimonial del Matrimonio. Dos veces becaria postdoctoral en el Inst. Max Planck de Derecho Internacional y Privado.

CAPÍTULO 2

Los derechos de la mujer en el sistema universal y regional de derechos humanos

Ursula C. Basset

1. Los derechos humanos y la mujer

Los derechos de la mujer resultan garantizados en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Estos instrumentos podemos clasificarlos en instrumentos genéricos e instrumentos específicos, según su objeto; y en instrumentos universales e instrumentos regionales, según provengan de la Organización de las Naciones Unidas o de sistemas regionales europeos, africanos o americanos.

Los instrumentos genéricos declaran o reconocen una serie de derechos que predicen de toda persona humana. Esto es, abarcan tanto a los hombres como a las mujeres, y también a toda otra categoría de sujetos vulnerables, en forma indistinta. Pueden ser universales o regionales.

Los instrumentos específicos, en el ámbito de este trabajo, son instrumentos que se refieren específicamente a la posición de la mujer en los derechos humanos, tanto en el marco universal como en el regional.

Los instrumentos universales tienen una proyección global, aunque, naturalmente, solo se aplican a los países signatarios. La mayoría de los países americanos han adherido a los instrumentos internacionales universales.

Los instrumentos regionales son los que se generaron en una región determinada y los países suscriptores pertenecen a la región sobre la que estos instrumentos se proyectan. Aquí pensamos en los sistemas interamericano, europeo y africano de derechos humanos.

A continuación desarrollamos los derechos de la mujer tal como están comprendidos en cada uno de estos instrumentos.

A) INSTRUMENTOS UNIVERSALES GENÉRICOS

Los principales instrumentos a tener en cuenta son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966) y la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993).

Demás está decir que todos los derechos y deberes enunciados en estos instrumentos son aplicables tanto a los hombres como a las mujeres. Sin embargo, en algunos casos, la mujer es enunciada específicamente dentro de estos documentos. Casi siempre, cuando esto sucede elucida un telón de fondo de protección de la mujer o supone una concepción de división sexual de alguna institución.

El camino hacia el reconocimiento de los derechos de la mujer en la Organización Internacional del Trabajo

La evolución de los derechos humanos de las mujeres da sus pasos iniciales con los primeros convenios de la OIT, que reconocen la vulnerabilidad especial de la mujer en el ámbito laboral. En primer lugar, el Convenio No. 3 sobre Protección de la maternidad de 1919 y el Convenio No. 4 sobre el trabajo nocturno de las mujeres.

El Convenio No. 3 disponía en su art. 3:

En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

(a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

- (b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrepondrá probablemente en un término de seis semanas;
- (c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;
- (d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia¹⁰⁷.

El art. 4 prohíbe el despido durante el embarazo o durante un período de enfermedad médica constatado.

Más de un siglo más tarde, el núcleo de estas regulaciones subsiste, a pesar de sus revisiones ulteriores. El Convenio No. 3 fue revisado en 1952 por el Convenio 103¹⁰⁸.

Desde siempre, los convenios de la OIT dejaron evidenciadas las tensiones entre protección y promoción de los derechos laborales de la mujer. Mucha protección laboral puede implicar que el empleo femenino sea más oneroso para el Estado o para las empresas¹⁰⁹. Se trata de un equilibrio difícil de alcanzar.

107 Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312148 (consultado el 14/9/2022).

108 Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312248 (consultado el 14/9/2022).

109 Smith, R. K. M., *Text and Materials on International Human Rights*, Routledge, Londres, 2020, p. 506.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1959)

El primer instrumento internacional no específico que plasma la cuestión de la mujer es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, originada en la Organización de las Naciones Unidas en 1959. Ya en su Preámbulo dice:

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; (...)

Resulta claro que mientras que la dignidad humana se predica de todo ser humano, la igualdad de derechos contrapone los derechos del hombre y de la mujer.

El art. 2 incorpora el sexo como categoría de discriminación:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

El art. 16 de la Declaración también se refiere a las mujeres, esta vez para garantizar sus derechos a casarse y fundar una familia. El contexto es la naturaleza heterosexual de la institución que presidió su redacción:

Art. 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o

religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

La Declaración hubiera podido afirmar, como lo hace el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que todo ser humano tiene derecho a casarse. Si se utiliza la diversidad sexual es porque, en la época de la redacción se entendía que debía protegerse el derecho a elegir de la mujer y que la diversidad sexual del matrimonio era un presupuesto.

El art. 23, aunque sin mencionarlo explícitamente, también se refiere a las mujeres, al requerir para todo ser humano igual pago por igual labor: “Art. 23.2. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.

Las mujeres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sin duda, el papel más destacado es el de Eleanor Roosevelt, quien ocupó el lugar de presidenta del Comité de Redacción de la Declaración Universal. Sin embargo, otras mujeres tuvieron roles sumamente importantes. Su desempeño fue capital en la época de la postguerra para lograr los acuerdos necesarios y así lanzar el primer instrumento global de derechos humanos¹¹⁰.

Varias mujeres participaron en la redacción de la Declaración¹¹¹:

- Hansa Mehta, de India, fue la única mujer delegada fuera de Eleanor Roosevelt. Conviene resaltar que se debe a Hansa Mehta que en la última redacción se reemplazara la frase “Todos los hombres nacen libres e iguales” por “Todos los seres humanos nacen libres e iguales”, evitando así el genérico masculino.

110 Ver Glendon, M. A., *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, Nueva York, 2002.

111 Adami, R., *Women and the Universal Declaration of Human Rights*, Routledge, 2018, disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2019/11/women_who_shaped_the_udhr.pdf.

- La inclusión de la igualdad entre hombres y mujeres se debe al activismo de la diplomática y líder feminista Minerva Bernardino, de República Dominicana.
- Se debe a Begum Shaista Ikramullah, delegada de Pakistán, el haber incluido a la mujer en el art. 16, acerca de los iguales derechos para el matrimonio.
- Bodil Begtrup, de Dinamarca, tuvo a su cargo la Comisión sobre el Estatus de las Mujeres en 1946 y luego, en 1947, fue quien abogó para que el sujeto de los derechos fuera “todos” (*all, everyone*), en lugar del genérico masculino “todos los hombres” (*all men*).
- Marie-Hélène Lefaucheux, de Francia, fue comisionada en la Comisión sobre el Estatus de la Mujer. A ella se le debe la inclusión del sexo como categoría de discriminación en el art. 2.
- Otra mujer, Evdokia Uralova, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, fue relatora de la Comisión del Estatus de la Mujer en 1947, y desde esa posición pudo insistir en el art. 23.2, sobre igual trabajo e igual remuneración.
- Finalmente, a Lakshmi Menon, delegada de la India al Tercer Comité de la Asamblea General de la ONU de 1948, corresponde la mención de “iguales derechos para el hombre y la mujer” en el Preámbulo.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966)

Del Preámbulo surge claramente el reconocimiento de la “dignidad inherente y de los iguales e inalienables derechos de todos los miembros de la familia humana”. Se reconoce allí que todos los derechos surgen de esa dignidad inalienable de la “persona humana”.

En el Preámbulo del Pacto hay una muy interesante referencia a una condición psicológica que produce la desigualdad de poder y la discriminación. El preámbulo se refiere a “la libertad del temor”:

No puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos

que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Es una dimensión significativa y ausente del derecho internacional la empatía con el temor de la persona cuyos iguales derechos humanos son vulnerados por estructuras que invisibilizan al ser humano como sujeto de derechos.

También del preámbulo surge la referencia a los deberes y responsabilidades compartidos en relación con los derechos humanos. La imputabilidad y la responsabilidad se predican de todo individuo de la especie humana, es decir, también de las mujeres.

El art. 2 del Pacto prohíbe toda forma de discriminación, especialmente aquella basada en “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. La categoría de sexo es enunciada así como una categoría sospechosa de discriminación. Los Estados quedan obligados como garantes para tomar las medidas que sean necesarias para dar efectividad a estos derechos. También el art. 4 remite a la categoría de sexo: las garantías contra toda forma de discriminación basada en el sexo no pueden ser suspendidas durante una situación política excepcional que exija suspender las demás garantías. También los niños tienen derecho a no ser discriminados injustamente en virtud de su sexo (art. 24). Por último, el art. 26 dispone la igualdad ante la ley, sin discriminación en razón del sexo, entre otras condiciones.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se firmó cuando una buena parte de los países del mundo ya había reconocido varios de esos derechos a las mujeres. Sin embargo, el art. 3 dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

En el art. 6 se protege el derecho a la vida y la integridad personal, que se asocia con la protección contra toda forma de violencia. Especialmente, en el art. 6. 5., hay una referencia y consideración especial a la gravidez de la mujer: “No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

El art. 8 prohíbe toda forma de esclavitud y trata, obligando a los Estados signatarios tomar medidas para hacer efectiva la prohibición.

El art. 14 garantiza la igualdad frente a las cortes y tribunales y el art. 17, el derecho a la privacidad familiar. El art. 22 garantiza el derecho de libertad de asociación (vinculado a las asociaciones que promuevan los derechos de la mujer).

Con marcador de sexo, diferenciando varón de mujer, el art. 23.2. dispone la igualdad de derechos de ambos a formar una familia y contraer matrimonio: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

Al Comité de Derechos Humanos le corresponde monitorear el cumplimiento del Pacto. Es interesante subrayar que en la Observación General 28 sobre la igualdad de derechos de hombres y mujeres, el Comité de Derechos Humanos, acerca del art. 3 del Pacto del año 2000, establece la obligación de respetar y garantizar los derechos de las mujeres frente a todas las formas de discriminación y violencia¹¹².

Eventualmente, el Comité emite también comunicaciones específicas sobre peticiones que se elevan para su consideración acerca de la violación de derechos del Pacto, y debe decidir sobre ellas. Algunas de ellas conciernen a derechos de las mujeres en distintas comunidades o contextos.

112 Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/b-general-comment-no-28-equality-rights-between-men-and-women-article-3-2000> (consultado el 14/9/2022).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya en su preámbulo, establece principios que también bloquean toda posibilidad de trato discriminatorio injusto. Se reconoce la dignidad inherente y los iguales e inalienables derechos de todos los miembros de la familia humana, que se fundan en la libertad, la justicia y la paz. También se reconoce que dichos derechos se fundan en la dignidad inherente de la persona humana.

Para el goce efectivo de dichos derechos, es necesario que los Estados creen las condiciones en las que todos puedan gozar de los derechos económicos, sociales y culturales, así como de sus derechos civiles y políticos. Al igual que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Preámbulo recupera los “deberes humanos” de todo individuo y de la comunidad a la que pertenece en la promoción y la observancia de los derechos enunciados en la Convención.

La prohibición de discriminación por causa de sexo aparece enunciada en el art. 2.2.:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Notablemente, el art. 3 subraya la titularidad de la mujer en los derechos económicos, sociales y culturales, en pie de igualdad con el hombre: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”. No es usual ver los derechos declinados en la diferencia sexual. Si el Pacto lo resalta, es para poner en tensión de igualdad los derechos que usualmente se encuentran afectados por un tratamiento desigual cuando se trata de mujeres.

En cuanto a la igual remuneración por igual trabajo y las condiciones de trabajo, también y específicamente el Pacto vuelve sobre la diferencia sexual, poniendo de relieve la situación frecuente de desigualdad de la mujer en la garantía de ese derecho:

Art. 7. a) i) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.

El art. 9 garantiza el derecho a la seguridad social para todo ser humano.

La libertad igual para consentir el matrimonio, esta vez, no plasma la diferencia de sexo, sino que se predica por igual de hombres y mujeres. Se encuentra regulada en el art. 10 del Pacto. El art. 10.2.2. reconoce especial protección a las madres antes y después del parto y la licencia y prestaciones de seguridad social para esa eventualidad:

Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

El art. 11 exige a los Estados partes garantizar el derecho de todos a un estándar de vida adecuado para sí y para su familia. Estas condiciones lo son también para la libertad de elegir casarse o fundar una familia, pues si no están dadas las condiciones de posibilidad para hacerlo, la libertad de realizarlo en realidad no existe. De allí la relación de este derecho con la libertad de consentir y el principio de efectividad del derecho humano a fundar una familia.

Especialmente para los países en donde todavía existe discriminación en el acceso a la educación, el art. 13 garantiza igual derecho de acceso a la educación y también el art. 16 el derecho a tomar parte en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones y beneficiarse de

los intereses morales y materiales que resulten de cualquier producción científica, literaria o artística del que sea autor.

Es de señalar que en la Observación General Nro. 16 del año 2005, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ahondó el significado del art. 3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para analizar los derechos de las mujeres en materia del derecho al trabajo, sindicatos, seguridad social, salud y cultura¹¹³.

El seguimiento de los derechos de la mujer en los organismos internacionales y conferencias

En este segmento analizamos el impacto del “derecho blando” (*soft law*) en la realización y plasmación de los derechos humanos fundamentales de las mujeres. Pertenece a este segmento las conferencias internacionales que trataron la temática.

Conferencia de Viena de 1993: la creación de la Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer

La Conferencia de Viena de 1993 creó, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, la Relatoría Especial sobre la Violencia de la Mujer. También en el marco de esa conferencia tuvo lugar la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993.

Entre otras cuestiones, la Declaración afirma que los derechos de la mujer y de las niñas son inalienables, integrales y parte indivisible de los derechos humanos universales. Condena toda forma de violencia contra la mujer, acoso y explotación sexual, incluyendo los que resultan de los prejuicios culturales y la trata, que deben ser erradicados, y esto constituye un objetivo prioritario del derecho internacional¹¹⁴.

113 Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/f-general-comment-no-16-equal-right-men-and-women-enjoyment-all-economic-social-and-cultural-rights> (consultado el 14/9/2022).

114 Declaración de Viena Nro. 18. “Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena

Este objetivo puede lograrse con medidas de cooperación internacional en el desarrollo económico y social, educación, seguridad social, maternidad segura y cuidados de salud.

La Plataforma de Acción de Beijing 1995

La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, que tuvo lugar en Beijing en 1995, estableció una plataforma de acción sobre los derechos de la mujer¹¹⁵. Antes de Beijing, Naciones Unidas había organizado otras cuatro conferencias mundiales: la primera conferencia mundial sobre la mujer tuvo lugar en la ciudad de México en 1975; la segunda, en Copenhague en 1980; la tercera, en Nairobi en 1985. Despues de Beijing, en 1995, siguieron una serie de exámenes quinquenales (Beijing +5, Beijing +10, Beijing +15, Beijing +20, etc.)¹¹⁶.

La plataforma fue adoptada en forma unánime por 189 países al modo de un programa de avance en términos de equidad en 12 temas cruciales:

- Mujer y pobreza
- Educación y capacitación de la mujer
- Mujer y salud
- Violencia contra la mujer

participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas.". Hay un capítulo entero dedicado desde el nro. 36 y ss. a "La igualdad de condición y los derechos humanos de la mujer".

115 Puede consultarse en: https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/BPA_S_Final_WEB.pdf (consultado el 15/9/2022).

116 Fuente: <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women#:~:text=Las%20Naciones%20Unidas%20han%20organizado,una%20serie%20de%20ex%C3%A1menes%20quinquenales> (consultado el 15/9/2022).

- Mujer y conflictos armados
- Mujer y economía
- Mujer en el ejercicio del poder y adopción de decisiones
- Mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer
- Derechos humanos y mujer
- Mujer y medios de difusión
- Mujer y medioambiente
- Niñas

La Plataforma de Acción fue una forma de poner objetivos concretos de cambio a los gobiernos. Entre los párrafos significativos de la Plataforma, encontramos el siguiente:

Reconociendo las aspiraciones de las mujeres del mundo entero y tomando nota de la diversidad de las mujeres y de sus funciones y circunstancias, haciendo honor a las mujeres que han allanado el camino, e inspirados por la esperanza que reside en la juventud del mundo...

Es interesante advertir cómo la Declaración de Beijing no toma los lineamientos del feminismo radical, sino que tiene una mirada abierta y despejada hacia a la mujer, con todos sus rostros.

Beijing también constata avances, lejos de una mirada pesimista, al mismo tiempo que registra los retrocesos, agravados por los países más pobres, en los que las mujeres padecen especialmente:

Reconocemos que la situación de la mujer ha avanzado en algunos aspectos importantes en el último decenio, aunque los progresos no han sido homogéneos, persisten las desigualdades entre mujeres y hombres y sigue habiendo obstáculos importantes, que entrañan graves consecuencias para el bienestar de todos los pueblos.

Queda mucho para hacer, pero el punto de partida es una mirada equilibrada, datos que reflejen el estado del arte y, sobre todo, no anteponer

ideologías a los cambios concretos que se requieren para una mayor solidaridad entre hombres y mujeres en la vida social.

Sobre todo, para ayudar a la mujer es necesario no anularla, ni en los discursos ni en las políticas, con categorías que la invisibilicen o neutralicen. Es la doble tentación del feminismo: subsumir a la mujer en el género o invisibilizarla con un lenguaje neutro que no distinga el sexo. En ambos casos se trata de nuevos movimientos contra la mujer. Como concluye el compromiso adoptado en la Declaración de Beijing:

Nos comprometemos sin reservas a combatir estas limitaciones y obstáculos y a promover así el adelanto y la potenciación del papel de la mujer en todo el mundo, y convenimos en que esta tarea exige una acción urgente, con espíritu decidido, esperanza, cooperación y solidaridad, ahora y en los albores del nuevo siglo.

B. INSTRUMENTOS REGIONALES INESPECÍFICOS

Corresponde ahora avanzar hacia los instrumentos regionales inespecíficos que se refieren a los derechos de la mujer. En este caso, nos referiremos específicamente a los instrumentos del sistema interamericano.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 1959)

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es el primer documento internacional de derechos humanos, pues antecede a la Declaración Universal.

En su Preámbulo se resalta la igualdad, pero el lenguaje aún usa el genérico “hombres” para referirse a hombres y mujeres: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”.

En el art. II establece la categoría de “sexo” como una categoría discriminatoria: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y

deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

También consagra el derecho de protección de la maternidad y la infancia. En el artículo VII dispone: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos desarrolla en términos obligatorios los derechos declarados en la Declaración Americana.

En el art. 1 se prohíbe la discriminación en función de la categoría de sexo: “Artículo 1. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El art. 27 prohíbe la suspensión del derecho a la familia y del principio de no discriminación frente al Estado de excepción (artículo puesto a prueba frente a la pandemia, recientemente).

Encontramos, fuera de las declaraciones preambulares, que en la protección genérica del derecho a la vida se prohíbe la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez: “Art. 4.5. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

También hay una condena explícita a la trata de mujeres en el art. 6, pues se prohíbe “la trata de esclavos y la trata de mujeres” en todas sus formas.

En materia de protección de la familia, el art. 17 reconoce el derecho paritario del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Estas obligaciones y derechos compartidos y paritarios frente a la familia se coronan en el art. 32, que impone, a diferencia de otras declaraciones y convenciones de derechos humanos, deberes humanos a “todo individuo” para con la familia, la sociedad y el Estado¹¹⁷.

C. TRATADOS UNIVERSALES ESPECÍFICOS

La formulación de tratados específicos respecto de categorías determinadas de sujetos vulnerables es una nota evolutiva del derecho internacional de los derechos humanos. Indudablemente, el documento más significativo es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas, de 1979.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979)

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés) tiene por finalidad una “humanidad inclusiva”¹¹⁸. En realidad, todas las “traducciones”¹¹⁹ de los derechos humanos universales para diversos grupos de sujetos vulnerables de la vida social tienen esa finalidad de hacer de la comunidad una fraternidad universal capaz de empatía, solidaridad e inclusión.

117 “1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.”

118 Zwiegel, S., *Translating International Women's Rights. The CEDAW Convention in Context*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014, pp. 2-3.

119 Traducción cultural, dice Zwiegel, *ibid.*

Las divisiones de la CEDAW

La CEDAW contiene 30 artículos, divididos en 6 partes:

- Parte I (arts. 1-6): no discriminación, estereotipos de sexo y trata.
- Parte II (arts. 7-9): los derechos de la mujer a la ciudadanía política.
- Parte III (arts. 10-14): derechos económicos-sociales y culturales.
- Parte IV (arts. 15-16): igualdad de derechos en el matrimonio y la familia.
- Parte V (arts. 17-22): establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
- Parte VI (arts. 23-30): efectos de la Convención para los Estados Parte.

Los objetivos de la CEDAW

El objetivo de la Convención es, indudablemente, la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer. Ese objetivo podría plantearse en términos de la garantía de completa equidad entre hombres y mujeres, mejorar la posición de la mujer en la vida social y modificar los estereotipos basados en el género¹²⁰. Según Holtmaat, existen principalmente tres medios para lograr ese objetivo: a) garantizar los derechos individuales de las mujeres, b) aportar apoyo social a las mujeres, y c) evolucionar hacia un cambio cultural y social¹²¹. En buena parte, este es el diseño que surge del art. 5 de la CEDAW, que plantea un objetivo que va más allá de toda distinción entre la igualdad formal y real, y que va hacia una igualdad transformativa, que coloca el objetivo no solo en términos de eliminar la discriminación directa e indirecta, sino más bien en términos de combatir la discriminación sistémica y estructural¹²². En última instancia, la CEDAW se encuadra en el

120 Holtmaat, R., "The CEDAW: a holistic approach to women's equality and freedom", en Hellum, A. y Sinding Aasen, H., *Women's Human Rights. CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 95 y ss.

121 *Ibid.*

122 *Ibid.*

movimiento trazado por el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales”.

Definición de discriminación en la CEDAW: distinción basada en el sexo

La definición de discriminación que ofrece la CEDAW surge del art. 1:

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

Debe entenderse que la CEDAW trabaja sobre la discriminación en razón de sexo.

Tal vez el art. 1 debería leerse complementariamente con el art. 5, que se relaciona con la discriminación estructural y a su vez demuestra el riesgo de los estereotipos de toda especie, que persisten tanto en la vida social como en el corazón de algunos feminismos:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Hay que advertir que el art. 5 señala no solo los prejuicios “consuetudinarios” en el sentido de ancestrales, sino también “cualquier otra índole” de prejuicios basados en la idea de “inferioridad o superioridad” de “cualquiera de los sexos”. Es decir, que también abarca los prejuicios ideológicos hacia el sexo masculino y el femenino, que surgen de las vertientes más radicales del feminismo y que están fuertemente impregnados de estereotipos y valoraciones combativas y ahistoricas sobre el rol del hombre y de la mujer en la vida social.

Por otra parte, resulta clara la valoración de la maternidad como función social, otro prejuicio que impregna a una buena parte del feminismo radical.

Finalmente, es de resaltar el principio de prioridad absoluta de la infancia, aun frente a la mujer, que surge del art. 5, bien contrario a muchas capacitaciones obligatorias que se brindan solamente en género sin tener en cuenta que el principio de prioridad absoluta de la infancia tiene primacía sobre la mujer, aun en la CEDAW.

Lecturas desdibujadas del espíritu y el sentido de la CEDAW: oportunidades y derechos específicos

Algunas lecturas de la CEDAW exhiben una infidelidad a las intenciones y sentidos mesurados que surgen de ese instrumento. La CEDAW perseguía una visión inclusiva y no excluyente o combativa de la mujer. Se buscaba una igualdad que se basaba incluso en la privilegiada posición y función social de la mujer como madre, tan minusvalorada por algunas vertientes del feminismo que se refieren a la mujer embarazada como “cuerpo gestante” o a la mujer como “persona menstruante”, que devalúan así el rol de la maternidad.

La CEDAW no ofrece una interpretación masculinizante de la mujer, que equipare a la mujer con el hombre y haga de ella un ser andrógino o neutral de género privándola así de su femineidad. Más bien al contrario, emerge de ella una idea de mujer que permite su despliegue sin encasillamientos o estereotipos respecto de sus roles e incluso valorando la función de madre.

Como explica la Observación General Nro. 25 (2004) dedicada al art 4.1. por el Comité de la CEDAW, no se trata de dar iguales derechos al hombre e iguales oportunidades, sino que deben darse a la mujer las oportunidades y derechos apropiados para su realización:

Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer¹²³.

El Comité de la CEDAW ha señalado que la Convención requiere que se haga claro que su correcta implementación requiere:

el reconocimiento de que las mujeres pueden tener varios roles en la sociedad, no sólo el importante rol de mujer y esposa, exclusivamente responsable por los niños y la familia, pero también un rol como persona individual y actor en la comunidad y en la sociedad en general¹²⁴.

Derechos de las mujeres en movimiento: el Comité de la CEDAW

El Comité que crea la CEDAW tiene la facultad de requerir y analizar informes periódicos de los países signatarios. También emite periódicamente observaciones generales temáticas.

123 Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_S.pdf (consultado el 15/9/2022).

124 Comité de la CEDAW, *Observaciones conclusivas a Suriname*, 2002, par. 557, 558 y 566, para. 48.

Por otra parte, el Protocolo adicional de la CEDAW (1998) agrega la posibilidad de que el Comité examine quejas individuales sean hechas ante el Comité de la CEDAW por personas de los países signatarios.

Esto da lugar a tres tipos de documentos diferenciados: a) las Recomendaciones Generales¹²⁵, b) las respuestas a los informes periódicos¹²⁶, y c) la resolución de casos elevados a la consideración del Comité¹²⁷.

Una lista de las recomendaciones generales de la CEDAW

Las observaciones generales son temáticas y expanden el sentido de la Convención. A continuación, ofrecemos una lista de las 39 recomendaciones temáticas hechas por la CEDAW hasta la fecha:

Recomendación General Nº. 1 - Sobre las reglas de los Estados Parte para enviar los reportes.
Recomendación General Nº. 2 - Sobre los informes de los Estados Parte.
Recomendación General Nº. 3 - Educación e información en campañas públicas.
Recomendación General Nº. 4 - Reservas a la Convención.
Recomendación General Nº. 5 - Medidas temporales especiales.
Recomendación General Nº. 6 - Publicidad y campañas efectivas a nivel nacional.
Recomendación General Nº. 7 - Sobre recursos y derechos de las mujeres.
Recomendación General Nº. 8 - Sobre la implementación del art. 8 de la CEDAW.
Recomendación General Nº. 9 - Datos estadísticos.
Recomendación General Nº. 10 - Décimo aniversario de la CEDAW.
Recomendación General Nº. 11 - Servicios técnicos para la producción de informes.

125 Disponible en: <https://www.ohchr.org/fr/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations> (consultado el 15/9/2002).

126 Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports.htm> (consultado el 15/9/2022).

127 Pueden ser consultados en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/dec-views.htm> (consultado el 15/9/2022).

Recomendación General N°. 12 - Violencia a las mujeres.
Recomendación General N°. 13 - Igual salario por igual tarea.
Recomendación General N°. 14 - Circuncisión de la mujer.
Recomendación General N°. 15 - Erradicación de la discriminación de la mujer en estrategias nacionales de prevención y control por el SIDA.
Recomendación General N°. 16 - Trabajadoras rurales impagadas y mujeres en empresas familiares urbanas.
Recomendación General N°. 17 - Medición y cuantificación de las tareas domésticas no remuneradas de las mujeres y su reconocimiento en el producto bruto interno.
Recomendación General N°. 18 - Mujeres con discapacidad.
Recomendación General N°. 19 - Violencia contra las mujeres.
Recomendación General N°. 20 - Reservas a la Convención.
Recomendación General N°. 21 - Igualdad en el matrimonio y las relaciones de familia.
Recomendación General N°. 22 - Modificación del art. 20 de la CEDAW.
Recomendación General N°. 23 - Vida política y pública.
Recomendación General N°. 24 - Mujer y salud.
Recomendación General N°. 25 - Medidas especiales provisionales.
Recomendación General N°. 26 - Trabajadoras migrantes.
Recomendación General N°. 27 - Mujeres adultas mayores y la protección de sus derechos humanos.
Recomendación General N°. 28 - Obligaciones principales de los Estados Partes frente al art. 2 de la CEDAW.
Recomendación General N°. 29 - art. 16. Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones de familia y su disolución.
Recomendación General N°. 30 - Mujeres en la prevención de conflictos, conflictos y post-conflictos.
Recomendación General Conjunta N°. 31 y Recomendación General 18 del Comité de Derechos del Niño sobre las prácticas dañinas a mujeres y niñas.
Recomendación General N°. 32 - Sobre las cuestiones de género relativas al estatus y refugiados, asilos, nacionalidad y apatridia.
Recomendación General N°. 33 - Acceso a justicia de las mujeres.
Recomendación General N°. 34 - Derechos de las mujeres rurales.

Recomendación General N°. 35 - Sobre la violencia contra las mujeres que actualiza la Recomendación General No. 19.
Recomendación General N°. 36 - Sobre los derechos de las niñas y las mujeres a la educación.
Recomendación General N°. 37 - Sobre las dimensiones de género en el contexto del cambio climático.
Recomendación General N°. 38 - Sobre la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración global.
Recomendación General N°. 39 - Mujeres y niñas indígenas.

Con esta presentación general de las recomendaciones no perseguimos desarrollar el contenido de cada una de ellas, sino ofrecer una red de recursos de consulta para cada caso concreto.

D. TRATADOS REGIONALES ESPECÍFICOS

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) cuenta con su tratado regional específico sobre derechos de la mujer que aborda la problemática de la violencia. Se trata de la Convención de Belem do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) de la Organización de Estados Americanos, de 1994.

La Convención tiene su comité de seguimiento propio, que es el MESECVI (Mecanismo de Seguimiento de la Convención)¹²⁸.

Convención de Belem do Pará (OEA, 1994)

La Convención de Belem do Pará nace de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Entró en vigor el 28 de marzo de 1996 y ha sido ratificada por 32 de los 35 miembros de la OEA, con excepción de Cuba, Canadá y Estados Unidos. Se trata del

¹²⁸ El MESECVI tiene su página propia: <https://www.oas.org/es/mesecvi/nosotros.asp> (consultado 15/9/2022).

primer instrumento internacional de derechos humanos sobre la violencia contra la mujer.

Las divisiones de la Convención de Belem do Pará (en adelante CBP)

La Convención presenta tres partes:

- Parte I. Definiciones y marco general – arts. 1 y 2
- Parte II. Listado de derechos – arts. 3-9
- Parte III. Mecanismos de informes periódicos e individuales – arts. 10-25

Los objetivos de la CBP

La CBP tiene por objetivo erradicar un flagelo asociado, de acuerdo con la percepción de la Convención, con un contexto cultural latinoamericano en el que se manifiestan “relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”¹²⁹.

El objetivo principal es el mandato a los Estados de prevenir, sancionar y garantizar reparaciones para la violencia “contra la mujer (...) basada en el género”. Es decir, se trata de un instrumento dirigido a la mujer, pero introduce la palabra “género”, hasta entonces ausente en los documentos internacionales. Obliga a los Estados a tomar medidas de acción positiva¹³⁰.

Principales definiciones de la CBP

La CBP parte de la idea de que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana¹³¹.

La violencia “contra la mujer” queda definida en el art. 1 como aquella “basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

129 CBP, Préambulo, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

130 Celorio, R., *Women and International Human Rights in Modern Times*, Elgar, Cheltenham, 2022, p. 49.

131 CBP, Preámbulo.

En cuanto a los rubros, comprende la violencia física, sexual y psicológica. En cuanto al ámbito, distingue la producida en el ámbito familiar o en relaciones interpersonales de la producida en la comunidad. Respecto a la primera, la familiar e interpersonal, incorpora la violación marital. Respecto de la segunda, incorpora como formas de violencia la violación, el abuso sexual, la tortura, la trata de personas, la prostitución forzada, el secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, instituciones educativas, establecimientos de salud. Finalmente, la CBP regula también la violencia “perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

Originalidad de las obligaciones que pesan sobre el Estado en materia de violencia

La CBP crea un deber de diligencia en la prevención y erradicación por parte del Estado, que se verá reflejado luego en los casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Estado debe adoptar “por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”¹³². Especialmente debe:

- Velar por que los funcionarios, personal y agentes del Estado se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer.
- Actuar “con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.
- Incluir en su legislación interna las normas penales, civiles y administrativas que sean necesarias.
- Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida, la propiedad o la integridad de la mujer.
- Tomar medidas apropiadas para modificar las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

132 CBP, art. 7, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

- Establecer procedimientos legales, justos y eficaces, con medidas de protección.
- Establecer medidas para que haya acceso a un debido resarcimiento o compensación justa.
- Adoptar legislaciones que hagan efectivas estas medidas.

Obliga al Estado a capacitar y establecer campañas para “modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres” y a “ofrecer programas de rehabilitación y servicios apropiados para la atención a la víctima, inclusive refugios y servicios de orientación para toda la familia, incluidos los niños. También, a guardar estadísticas y promover la cooperación internacional.

A pesar de la novedad del art. 7, la Convención solamente admite que se judicialicen casos de violencia si el Estado infringe el art. 7, pues así se limita el acceso a justicia, según lo dispone el art. 12 CBP. Es decir que la jurisdicción de la Corte solo puede activarse si las violaciones de derechos abarcan, además y en conjunción, una infracción del Estado al art. 7.

El deber de diligencia en la esfera internacional

El deber de diligencia del Estado en la esfera internacional se planteó en el caso de referencia “Campo Algodonero vs. México”, en que la Corte IDH define la extensión de este deber:

De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben

adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará¹³³.

Según estos lineamientos, el deber de diligencia abarca:

- a) un marco jurídico de protección,
- b) la efectividad del marco jurídico de protección,
- c) las políticas públicas de prevención,
- d) prácticas que permitan una intervención eficaz ante las denuncias.

Es interesante advertir que la Corte espera que la estrategia de prevención sea integral, es decir, determinando los factores de riesgo, sobre todo porque la Corte hace mención a un contexto social, económico y cultural donde el riesgo es alto, como es el caso de Ciudad Juárez. Contextos análogos podrían pensarse en varios ámbitos de América Latina.

El deber de diligencia abarca, lógicamente, la eficacia judicial y la investigación de oficio (§ 368 y 388).

La interseccionalidad en el art. 9

El art. 9 acoge la doctrina de la interseccionalidad. La violencia impacta desproporcionalmente en mujeres marginalizadas por discriminaciones múltiples:

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, 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, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación

133 Corte IDH, “Campo Algodonero v. México”, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, § 258.

socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

El modelo explicativo ideológico en el sustrato de la CBP

Señala O'Connell que en el preámbulo de la CBP se expresa una particular forma de feminismo: el feminismo radical que parte de la explicación de un patrón histórico de relaciones de poder desiguales¹³⁴.

Este modelo explicativo monocausal provisto por la CBP contrasta con el entendimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH en “*Campo Algodonero v. México*” de que el deber de prevención del Estado debe ser integral. Por ello, abarcar distintos posibles abordajes causales de la violencia es esencial para dar cumplimiento a la integridad. Pensamos, por ejemplo, en los modelos sistémicos, psicológicos o socioeconómicos, ausentes en la Convención de Belem do Pará. Como la Corte IDH es intérprete viviente de la Convención, los aplicadores del derecho deberán inclinarse más hacia un modelo pluricausal integral que hacia la explicación ideológica más sesgada que surge de la CBP. Todo lo cual, por lo demás, es coincidente con el abordaje pluricausal de la violencia que surge del marco internacional¹³⁵.

2. Los siete principios de los derechos humanos de las mujeres¹³⁶

Como cierre de este recorrido por los derechos humanos de la mujer así como se plasman en el derecho internacional, parece oportuno presentar una síntesis de los principios que lo guían.

134 O'Connell, C., “Women's Rights and the Inter-American System”, en Reilly, N., *International Human Rights of Women*. Londres, Springer, 2019, p. 142.

135 Ver Basset, U. C., “Derecho a la integridad personal de la mujer”, en Basset, U. C., Santiago, A., *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2022.

136 Mertus, J. A., Flowers, N., *Local Action/Global Change: A Handbook on Women's Human Rights*, Routledge, Oxon, 2016, p. 31.

Una buena enunciación que condensa el marco de análisis es el marco de análisis provisto por Mertus y Flowers, con los siete principios de derechos humanos de la mujer, que desarrollamos a continuación.

A. PRINCIPIO 1. DIGNIDAD

El fundamento del derecho a la igualdad de mujeres y hombres es el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales". Así lo entiende el preámbulo de la CEDAW cuando en el primero y segundo párrafo apoya los derechos de las mujeres en la igual dignidad de toda persona humana:

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo,

La dignidad no tiene sexo. Los derechos humanos no son experimentados de la misma manera por todos los seres humanos. En cambio, la dignidad es un sustrato que emana de la naturaleza humana, más allá del sexo femenino o masculino, la edad, la condición racial o cualquier otra característica.

Sin embargo, toda forma de discriminación es una forma de agravio a la dignidad humana:

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia

y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad,

Por otra parte, la Convención de Belem do Pará entiende la violencia como una forma de agravio a la dignidad humana. En el Preámbulo de la CBP, se lee que “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana”. Entre los derechos enunciados en el art. 4, e, se enuncia la dignidad inherente a su persona como víctima de violencia. El art. 8, g, insta a los medios de comunicación a realizar el respeto hacia la dignidad de la mujer, precepto poco cumplido y, menos aún, sancionado.

La dignidad supone también la responsabilidad e igual imputabilidad de la mujer. La mujer no tiene menos imputabilidad ni menos calidad de sujeto de derechos y obligaciones que el varón. Es tan responsable como otro adulto de sus acciones y está tan obligada en las esferas de su desenvolvimiento hacia la familia, la sociedad y el Estado como cualquier otro ser humano (art. 32 de la CADH). No sostener esta igualdad de trato en iguales condiciones es también atentar contra la igual dignidad de la mujer en el ámbito de los deberes humanos, entre los que se incluye el de no dañar. Considerar que la mujer es inimputable o que su responsabilidad merma por el solo hecho de ser mujer es atentar contra la plenitud del enunciado “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia y deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”¹³⁷.

B. PRINCIPIO 2. UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS DE LA MUJER

Si bien, como dijimos, los derechos humanos no se experimentan de la misma forma por diversas personas, hay un estándar mínimo que es común a todas las culturas. Ese estándar mínimo no conoce distinciones de raza, etnia, condición social o religión.

137 Art. 1, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Es un tópico de algunos feminismos la relativización de los derechos humanos de las mujeres según el patrón cultural, la etnia o la religión a la que pertenecen. La afirmación de que los derechos humanos de la mujer y su extensión podrían tener una valencia diferenciada según la cultura o la etnia, la edad o cualquier otra condición es profundamente discriminatoria, pues supone que algunas mujeres tienen derechos de mayor extensión que otras.

De allí que un principio que preside las enunciaciones de derechos humanos de los sistemas universales y regionales es la universalidad, que significa que todos los derechos tienen igual valencia respecto de cada mujer.

C. PRINCIPIO 3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Los derechos de las mujeres son los mismos que los de los hombres en todos los tratados internacionales de derechos humanos. De allí las enunciaciones genéricas con frases tales como “todo ser humano” o “toda persona”. La mujer, al igual que los niños, los migrantes y los demás destinatarios de convenciones específicas están comprendidos en las convenciones inespecíficas.

Por otro lado, la enunciación misma de derechos de la mujer en la esfera internacional tiene como punto de partida que la mujer no sea discriminada respecto del hombre. Por eso existe una “traducción” de los derechos universales en términos específicos para la mujer. Es el punto de partida de la CEDAW en su art. 1. La palabra “discriminación” aparece en 30 ocasiones en la CEDAW, pues es su misma razón de ser.

Más allá de esto, el principio de igualdad y no discriminación tiene un doble significado en materia de derechos de la mujer. Significa, por una parte, que los derechos enunciados no pueden ser aplicados con una valencia diferenciada. Así surge del principio de universalidad (Principio 2).

Sin embargo, el principio de igualdad significa también una acción de empoderamiento y fortalecimiento de las mujeres más marginadas. En este sentido se plasma en el art. 9 de la CBP, cuando se aborda la situación de vulnerabilidad a la violencia y el deber de los Estados parte de adoptar medidas frente a ella. Se menciona especialmente la condición étnica, de migrante,

refugiada o desplazada, embarazada, discapacitada, ser menor de edad, ser anciana o estar en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o privación de libertad. Sin embargo, es claro que esta enunciación no es taxativa.

D. PRINCIPIO 4. INDIVISIBILIDAD

Los derechos humanos de la mujer se conciben como un cuerpo de derechos indivisible, incluyendo los derechos políticos, económicos, sociales y culturales que aparecen enunciados en los tratados inespecíficos. No existe prioridad entre estos derechos, sino armonía.

Tampoco hay divisibilidad entre los derechos de los niños, los ancianos u otros grupos vulnerables, ni pueden ser interpretados en desmedro del principio de igualdad. Por eso, no son válidas las interpretaciones que ven en los derechos de las mujeres o de otros grupos vulnerables una visión conflictiva de la historia, una lucha de clases entre sectores vulnerables, que debería definirse en un privilegio o hegemonía final de un grupo sobre otro. Sería una forma de abusar de la lucha de las mujeres por la igualdad a fin de hacer prevalecer una determinada ideología o interpretación de la realidad. El objetivo de los derechos humanos es la equidad e igualdad en el goce efectivo de derechos, no la derrota de un grupo por otro. El fin último de los derechos humanos es la obligación de “comportarse fraternalmente” unos con otros, pues todos somos miembros de la familia humana¹³⁸.

Un reflejo de la indivisibilidad se expresa el art. 16 de la CEDAW, cuando en el marco mismo de la Convención Internacional que promueve los derechos de la mujer se afirma el principio de prioridad absoluta de la infancia¹³⁹.

138 Art. 1, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

139 Art. 16 inc. f, CEDAW.

E. PRINCIPIO 5. INTERCONEXIÓN

Los derechos humanos de la mujer se plasman en todas las esferas de su existencia: en las escuelas, hogares, lugares de trabajo, elecciones, acceso a justicia, etc. Las violaciones de los derechos humanos están interconectadas: las violaciones en un ámbito pueden derivar en violaciones en otros ámbitos, pues todas las violaciones suponen una afectación de la dignidad humana.

Al mismo tiempo, la promoción de una serie de derechos humanos puede desatar un círculo virtuoso. Por ejemplo, la promoción de los derechos humanos, sociales y culturales puede implicar una mayor concientización de la dignidad de la mujer y promover así cambios favorables en otras áreas de la vida de las mujeres.

F. PRINCIPIO 6. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Los derechos humanos no son concesiones de los Estados, sino que su garantía es obligación de los Estados en el terreno internacional. Los gobiernos deberían evitar el impacto desproporcionado de la aplicación de los derechos y deberían tomar medidas para que fueran protegidos los derechos humanos de todas las mujeres. De no hacerlo, incurren en responsabilidad internacional.

G. PRINCIPIO 7. RESPONSABILIDAD PRIVADA

No solo los gobiernos incurren en violaciones de derechos humanos, sino que también pueden provenir de individuos, empresas o corporaciones. En todos los casos, es responsabilidad del Estado garantizar que por cada violación de los derechos humanos de las mujeres resulte en una imputación del responsable. No solo eso; es responsabilidad del Estado generar un cambio cultural que permita prevenir dichas violaciones, erradicarlas y evitarlas.

CAPÍTULO 3

Qué es la perspectiva o enfoque sensible al género de la mujer y cómo se aplica

Ursula C. Basset

1. Análisis de género, sensible al género, perspectiva de género: tres conceptos distintos

Para comenzar, conviene distinguir tres giros que se suelen utilizar: el análisis de género, la sensibilidad al género y la perspectiva de género. El análisis de género es una herramienta que permite reconocer y hacer visible el posible sesgo perceptivo en relación con el sexo o con el género, que puede conducir a una violación a los derechos humanos. La sensibilidad al género, en cambio, es una habilidad que se desarrolla en cada persona y que permite ser respetuoso de la igual dignidad, y así evitar la discriminación, tomando en cuenta las diferentes situaciones, necesidades y atributos de la mujer. Por último, la perspectiva de mujer o género (no es lo mismo) es una pauta específica que obliga a aplicar el análisis de género, a partir de la sensibilidad que cada uno haya desarrollado, a fin de percibir, interpretar y corregir los sesgos que pudieran descubrirse.

Brevemente: el análisis es una examinación que permite descubrir los sesgos que desvirtúan la igualdad. La sensibilidad, una habilidad personal de detección. La perspectiva, lo que conjuga ambas y permite corregir los desvíos.

2. “Mujer”, “sexo femenino” y “género”: ¿son sinónimos?

La diferencia entre mujer y género es que las dos primeras (mujer, sexo femenino) son categorías con gran representación en casi todos los tratados internacionales. En cambio, “género” es una categoría con escasa representación internacional en el lenguaje de los tratados, pero con un auge creciente.

Mientras que la definición de “sexo femenino” y, en alguna medida, la de mujer, tienden a ser claras e inequívocas, la noción de “género” tiende a ser equívoca: a veces es diferencialista, es decir que se usa como sinónimo de la categoría de sexo femenino, para referirse a la mujer y la proyección cultural que la femineidad supone, a diferencia del varón. Sin embargo, y sin distinguir demasiado en el texto, “género” se utiliza para denotar identidades no necesariamente coincidentes con la categoría de sexo.

Por otra parte, en general, “sexo” y “mujer” son categorías más objetivas y estandarizadas. “Género” tiene que ver con proyecciones del sexo femenino o masculino en una cultura dada e incluso puede relacionarse con la autopercepción. Por eso, es una categoría subjetiva y no estandarizada.

3. La perspectiva de género en el derecho internacional

La perspectiva de género fue enunciada por primera vez en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing en 1995, donde aparece en varios segmentos del texto.

En ese documento, en todos los casos, por perspectiva de género se entiende el análisis, interpretación y promoción de los derechos y la situación de la mujer. Es decir que, en Beijing, “género” es equivalente a la mujer o proyección cultural de lo femenino, no de otros géneros, pues se alinea con los objetivos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

A continuación analizamos las características del uso de la palabra “género” en los documentos internacionales y tratados.

A. UN GÉNERO DIFERENCIALISTA

El diferencialismo es la corriente feminista que defiende la diferencia sexual y, como consecuencia, la discriminación sobre la base del sexo, y es la que está más representada en los tratados internacionales. Género, como vimos, no siempre coincide con mujer o discriminación sobre la base del sexo y, en realidad, el punto de partida es muy distinto al del sexo. El sexo presupone la corporeidad y su significación psicológica, cultural y social; en cambio, el género puede prescindir del cuerpo o el fenotipo femenino o masculino y proyectarse sobre el terreno de lo social y cultural. Por eso, cuando se habla de género femenino o masculino, hay una ambivalencia: puede o no ser coincidente con el sexo.

Dicho esto, es necesario aclarar que aun en los usos diferencialistas del término “género” hay siempre una insinuación de la deconstrucción del sexo. Como el género se refiere a la proyección cultural del sexo femenino, por eso, en principio, prescinde del fenotipo femenino o masculino (lo dado, lo biológico), para concentrarse en las asignaciones o valoraciones culturales. Género es siempre lo cultural (aunque presupone siempre lo biológico, aun cuando no parezca). Como es cultural, puede ser variable en distintas épocas y culturas (aunque algunos teóricos sorprendentemente hablan de género femenino como si fuera un universal idéntico en todas las culturas y épocas). En la medida en que se concentra en lo cultural, olvida el sexo femenino y, al hacerlo, invisibiliza el cuerpo femenino, los genes femeninos, lo peculiar de la mujer en su dimensión corporal. Por eso, desde la intencionalidad de su uso probablemente encierre el propósito de diluir el concepto de “cuerpo de la mujer” en la noción de que la femineidad es más bien una construcción social, más que una identidad que surge del diálogo entre lo dado (el cuerpo) y lo recibido (epigénesis, cultura, intercambios sociales).

A pesar de la aclaración del párrafo anterior, la palabra género en el derecho internacional se usa casi siempre en una perspectiva diferencialista, es

decir, refiriéndose a la proyección cultural y social del sexo femenino, entendiéndolo como un continuo. Por eso decimos que solo en principio el género no tiene relación con el sexo. Casi la totalidad de los documentos internacionales y convenciones que usan la palabra género la usan en este segundo sentido, que, por conservar la base sexual (en razón del sexo), puede llamarse un enfoque diferencialista de la palabra género.

B. EL USO DEL GIRO “PERSPECTIVA DE GÉNERO”

En la Plataforma de Beijing, se entiende que la perspectiva de género debe presidir los cambios operativos en las políticas públicas, el presupuesto y la legislación, y en forma diferencialista (referido a la promoción y protección de la mujer). Veremos que otros documentos de la ONU¹⁴⁰ también siguen estos lineamientos, siempre con el abordaje diferencialista entre el hombre y la mujer. Finalmente, la palabra “género” aparece también en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), aunque con un significado diferencialista: así como surge del título mismo de la Convención, protege a la mujer y no al género.

De ahí que, contrariamente a lo que se enuncia a veces, identificar la perspectiva de género con la perspectiva de mujer es una interpretación razonable y querida por el derecho internacional: es lo que hacen los documentos

140 El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas definió la transversalización de la perspectiva de género de la siguiente manera: “Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros” (UN Doc. A/52/3 Rev. 1, pp. 24-25). En las sesiones 21^a, 22^a, 31^a y 33^a, celebradas los días 9, 10, 17 y 18 de julio, el Consejo examinó la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y actividades de Naciones Unidas. En las actas resumidas correspondientes figura una reseña de las deliberaciones (E/1997/SR.21, 22, 31 y 33). El Consejo tuvo ante sí los siguientes documentos:

internacionales en la materia. Dada la ambigüedad de la terminología, es comprensible que algunos intérpretes, a partir de la ambivalencia, pretendan extenderla a otros géneros. Sin embargo, en rigor de verdad, en el derecho internacional, “género” es una herramienta de protección de la mujer, pues tiene su fuente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (que jamás usa la palabra “género”).

Como decíamos más arriba, hablar de género supone de todas formas una migración conceptual, pues implica despegarse de la categoría de sexo para acentuar la proyección del sexo en la interacción social. Es decir, entiende el sexo como un valor cultural. Es cierto que todo fenómeno humano es también cultural. Por eso, el acento en lo cultural es incontrovertible. El problema es cuando la proyección social y cultural del sexo cobra autonomía y se predica con independencia de la categoría de sexo que le da origen. Ese gran divorcio está ausente en los tratados internacionales. Sexo y género van de la mano tanto en la Plataforma de Beijing como en los documentos derivados, incluso en la Convención de Belem do Pará contra la violencia hacia la mujer.

4. ¿Qué dice la Plataforma de Beijing?

El primer documento internacional que hace uso de la perspectiva o enfoque de género es la Plataforma de Beijing, que, como vimos, lo entiende como una proyección social o cultural de la femineidad (es decir,

-
- a) Informe del Secretario General sobre la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de las Naciones Unidas (E/1997/66).
 - b) Nota de la Secretaría por la que se pone a disposición del Consejo para su examen la resolución 41/6 de la Comisión de Condición Jurídica y Social de la Mujer titulada “Incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de las Naciones Unidas” (E/1997/94).
 - c) Declaración presentada por la Unión Interparlamentaria, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva por el Consejo Económico y Social (E/1997/NGO/1).

como un desprendimiento del sexo fenotípico). La Plataforma de Beijing es el producto de la VI Conferencia de la Mujer, que se celebró en Beijing (de ahí el nombre) en 1995. ¿Qué dice la Plataforma sobre la perspectiva de género?

A. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO O MUJER COMO ENFOQUE TRANSVERSAL

La perspectiva de mujer o género tiene por finalidad transversalizar las políticas e intervenciones antidiscriminatorias, de forma que recorran todos los ámbitos sociales, culturales y políticos. En la Plataforma de Beijing, en el punto 38, se insta a “asegurar que una perspectiva de género se refleje en todas nuestras políticas y programas”. En el nro. 25 se indica la necesidad de asegurar que las perspectivas de género impregnén todas las esferas de la sociedad. La falta de implementación de una perspectiva de género en el análisis económico y planeamiento contribuye a las causas estructurales de la pobreza, según surge del nro. 48. La perspectiva de género debería ser incorporada en todas las políticas generales en todas las esferas de la sociedad, a través de medidas de acción positiva y de aporte financiero en todos los niveles (nro. 57).

B. CONTENIDO DEL ENFOQUE DE GÉNERO

Los gobiernos deberían realizar análisis desde una perspectiva de género en políticas y programas, inclusive aquellos relacionados con la estabilidad macroeconómica, ajustes estructurales, deuda externa, impuestos, empleo, mercados y todos los sectores relevantes de la economía, en relación con el impacto de la pobreza y la inequidad y particularmente sobre las mujeres, esclareciendo su impacto en el bienestar familiar y en sus condiciones, y ajustarlas, como sea apropiado, para promover una distribución más equitativa de los ingresos, riqueza, oportunidades, ingresos y servicios (nro. 59, Plataforma de Beijing). Se sugiere especialmente:

- Respecto de los organismos financieros multilaterales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional e instituciones de desarrollo regional), se debe fortalecer la capacidad analítica con perspectiva de género e integrarla dentro del diseño e implementación de programas de préstamo (nro. 60).
- Para las ONG nacionales, internacionales y grupos de mujeres, deben procurar financiamiento que asegure y extienda dichos servicios en orden a que lleguen a áreas remotas y rurales que no son alcanzadas por los gobiernos (nro. 66).
- Los gobiernos y entes intergubernamentales, las instituciones académicas y de investigación del sector privado deben implementar la perspectiva de género en todos los aspectos de política económica (nro. 67).
- En las organizaciones nacionales que aporten análisis de datos estadísticos, se solicita que desarrollen indicadores cuantitativos y cualitativos para facilitar y asesorar el desarrollo económico desde la perspectiva de género (nro. 68).
- La perspectiva de género debe presidir el abordaje de temáticas como acceso a la educación, consumo, salud, medioambiente, pobreza, prevención de la violencia contra la mujer en los conflictos armados, en términos de iguales oportunidades de hombres y mujeres (nros. 79, 105, 123, 124, 141, 142, 244, 252).

La Plataforma de Beijing concluye diciendo que se debe apoyar a la mujer y definir las áreas que requieren atención y acción para integrar una perspectiva de género.

C. LA FINALIDAD DEL ENFOQUE DE GÉNERO ES CREAR IGUALDAD

En la Plataforma de Beijing se entiende que la perspectiva de género es necesaria para apreciar los impactos negativos de la falta de equidad de género implicada en el trabajo y el empleo. Dice el nro. 163:

Para lograr la plena igualdad entre la mujer y el hombre en su contribución a la economía, se requieren esfuerzos decididos para que se reconozca y aprecie por igual la influencia que el trabajo, la experiencia, los conocimientos y los valores tanto de la mujer como del hombre, tienen en la sociedad.

Se promueve también la perspectiva de género para la implementación de programas en los ámbitos de decisión, incluso si eso significa aplicar políticas de afirmación positiva (nro. 187).

Es decir, la perspectiva de género o mujer sería a la vez una herramienta perceptiva (permite percibir la inequidad) y una herramienta de cambio (permite intervenir en la realidad para corregir la desigualdad).

D. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La Plataforma sostiene que debe incorporarse la perspectiva de género también en la legislación, las políticas públicas, programas y proyectos, y esto constituye un objetivo estratégico para la plataforma de Beijing. Este objetivo estratégico requiere trabajar con los cuerpos legislativos y los ministros de los gobiernos. A tal fin, debe proveerse capacitación.

E. BALANCE

Para recapitular, la Conferencia de Beijing formula una perspectiva transversal de género, con la finalidad de desarticular las discriminaciones invisibles, tanto estructurales como indirectas.

No obstante, aunque no da una definición precisa de género, no deja dudas de que por perspectiva de género se entiende perspectiva de mujer. Puesto que la Declaración y la Plataforma de Beijing se enmarcan en las Conferencias para la Mujer, no podría ser de otra forma.

5. Acceso a la justicia con perspectiva de género en la Recomendación General Nro. 33 (CEDAW, 2005)

La recomendación general nro. 33 de la CEDAW desarrolla la “perspectiva de género” en relación con el acceso a justicia efectivo (RG 33, nro. 2). El acceso a justicia abarca: “la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia” (RG 33, nro. 1). Para la CEDAW, el acceso a justicia tiene un efecto emancipatorio y transformador (RG 33, nro. 2).

A. LOS OBSTÁCULOS PARA ALCANZAR LA IGUALDAD: DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL, ESTEREOTIPOS, INTERSECCIONALIDAD

Para el Comité de la CEDAW, los obstáculos para el acceso a la justicia se dan sobre todo en contextos de discriminación estructural y presencia de estereotipos y leyes discriminatorias, que producen sistemáticamente inequidad en el procedimiento, en la carga de la prueba y en las prácticas (RG, nro. 3).

Afectan especialmente el acceso a la justicia las distintas formas de discriminación interseccional y los remedios inefectivos. Las mujeres que padecen formas de discriminación interseccional son menos propensas a denunciar a la justicia, por miedo a ser humilladas, estigmatizadas, arrestadas o deportadas por el hecho de denunciar.

B. EL FUNDAMENTO: IGUALDAD EN EL DERECHO AL GOCE EFECTIVO DE DERECHOS

El fundamento del derecho al acceso a justicia de las mujeres es el derecho a la misma protección de los derechos humanos frente a la ley (CEDAW, art. 15), el derecho a la no discriminación en todas las áreas de la vida (CEDAW, art. 2) y el derecho a gozar de todos los derechos (CEDAW, art. 3), con las obligaciones correlativas del Estado (CEDAW, RG nro. 28).

C. PAUTAS DE JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

La justiciabilidad supone el acceso irrestricto a la justicia y a los derechos de las mujeres. Para ello es necesario remover obstáculos. Para removerlos, se sugiere lo siguiente:

- **Justicia de cercanía:** la justicia se avecina a la mujer. Debe estar en zonas rurales y urbanas, siempre accesible en sentido geográfico. La cercanía también requiere accesibilidad en términos de costo: que las mujeres puedan costear el proceso. Deben removverse, en cuanto sea posible, los obstáculos lingüísticos.
- **Justicia de buena calidad:** debe tratarse de una justicia competente, eficiente, interdependiente e imparcial, que dé lugar a una solución sostenible en las controversias de género.
- **Justicia que ofrece protección y reparación:** la justicia debe ofrecer protección a las mujeres durante y después del proceso, y reparación al daño que hayan sufrido.
- **Justicia que rinde cuentas:** la justicia debe rendir cuentas tanto respecto de los resultados como de las infracciones en que incurran.
- **Justicia que revisa la igualdad al detalle:** se deben revisar especialmente las normas de carga de la prueba, para que sean equitativas. En casos de violencia, debe asegurarse asistencia financiera, refugios, líneas de emergencia y servicios médicos y psicosociales de orientación. La justicia también debe estar abierta a que las organizaciones de la sociedad civil que tengan interés en un caso puedan participar en él.

D. MEDIDAS DE CONCIENTIZACIÓN Y FOMENTO

Si el trasfondo de la RG 33 es que el acceso a la justicia se encuentra restringido, en parte por discriminación estructural y estereotipos, es lógico que parte de las respuestas provenga de combatir los estereotipos. Por eso, la Recomendación trabaja sobre distintas formas de erradicar los estereotipos que presiden el acceso a la justicia. Entre ellas:

- **Concientización en la enseñanza y en los sistemas de justicia.** A fin de erradicar los estereotipos, debe trabajarse en la enseñanza y en la capacitación de estudiantes y de los operadores judiciales. La capacitación debe producirse en relación con los derechos humanos de la mujer y la jurisprudencia.
- **Nudos problemáticos.** Se enuncian diversos núcleos problemáticos, tales como la credibilidad de la mujer, la ponderación dada a las opiniones y argumentos de la mujer en su calidad de partes y testigos, la eliminación de las normas inflexibles que algunos jueces tienen acerca de cuál sería el comportamiento esperado de la mujer.
- **Generar espacios de diálogo sobre impactos negativos de los estereotipos y sesgos de género.** Trabajar en diálogo sobre esos impactos puede ayudar a deshacerse de ellos.

E. BALANCE

La Recomendación General nro. 33 tiene como objetivo trabajar sobre los obstáculos subsistentes para acceder a la justicia. En buena medida, tiene el mismo tono genérico que se advierte en otros instrumentos internacionales. Ese tono genérico se adapta bien a un instrumento que tiene la función de inspirar cambios internos. Por eso, resulta insuficiente si se pretende su aplicación directa: requiere ser complementada con protocolos o guías concretas.

No ofrece una aproximación a qué es la perspectiva de género o cómo implementarla. Aunque no ofrece una definición precisa sobre qué deba

entenderse por perspectiva de género, se indica claramente que se refiere a la protección de mujeres y niñas (RG, nro. 1) y que, en cierta manera, la forma de hacer esa perspectiva efectiva en términos de acceso a justicia pasa por desactivar estereotipos y discriminaciones estructurales o indirectas. Trae valiosas indicaciones acerca de la carga de la prueba, el tratamiento de la credibilidad y los estereotipos y la accesibilidad en términos geográficos, económicos y sociales.

No hay otros documentos internacionales que hayan desarrollado la “perspectiva de género” con amplitud. Sin embargo, a nivel interno han proliferado muchas veces guías, modelos y protocolos para fallar con perspectiva de género.

6) Algunos problemas de las guías, modelos y protocolos para fallar con perspectiva de género

Es muy común que se ofrezcan guías, protocolos e incluso doctrina que propone respuestas en torno a cómo fallar con perspectiva de género. Muchos de los materiales a disposición tienen alguno de estos tres problemas: misma generalidad que los instrumentos internacionales, problemas de matrices de análisis restrictivas o problemas de falta de fundamentación hermenéutica rigurosa. Estos tres problemas desvalorizan la posibilidad de aplicar un enfoque de derechos y un análisis de la discriminación que dé fundamentación científica a la perspectiva.

A. MATERIAL CON ENUNCIACIONES GENÉRICAS O CONTENIDO IDEOLÓGICO

Algunas veces el material es genérico y, en este sentido, no ofrece una respuesta a los problemas de fundamentación de los jueces. Es muy frecuente leer comentarios que incorporan fallos internacionales o consideraciones generales acerca de qué debe entenderse por género y sobre la discriminación de la mujer, sin abordar concretamente en qué consiste la perspectiva de

género. Si la guía tiene la misma amplitud que los documentos internacionales, resulta ser inespecífica y con poca dimensión práctica.

Más aún, a veces se entiende por perspectiva de género lo que no entienden los documentos internacionales que parten de la mujer como clave de protección. Al amplificar la base de análisis, la mujer queda sin protección específica, y se desnaturaliza así el propósito de la Plataforma de Beijing.

La intención es buena, pues se piensa que cuanto más amplio y más genérico sea el abordaje, más impacto tendrá. Sin embargo, el resultado es el contrario: al no ser específico y riguroso, la aplicación del contenido resulta endeble y poco fundada. En ambos casos, se aplica el refrán: “el que mucho abarca poco aprieta”. Los operadores quedan sin material adecuado, ya sea por la generalidad de las guías, que copian el lenguaje internacional, ya sea por la extensión del concepto de género al de otras identidades sexuales, que desdibujan la protección específica de la mujer (a diferencia del abordaje de la CEDAW, que, en esto, es bien específico y se refiere a mujeres y niñas).

B. MATERIAL QUE TOMA UNA SOLA MATRIZ DE ANÁLISIS DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

En algunos casos, el problema del material disponible es que reduce discriminación a sometimiento, hegemonía o dominación. La discriminación no siempre equivale a sometimiento o a opresión; muchas veces es simplemente un trato desigual. El problema con elegir una de las derivaciones posibles de la discriminación es que restringe su área de impacto, y exige así un estándar más alto a cumplir. Si se toma la perspectiva de género como opresión, discriminación, dependencia, patriarcado, se le exige a la mujer, para acceder al estándar protector del instrumento o de la pieza legislativa, que sea discriminada por esa forma de opresión del patriarcado. Si no se da esta condición, por ejemplo, cuando es discriminada sin una opresión estructural patriarcal, queda al margen del acceso al sistema protector.

Esto no se condice con los estándares de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, que condenan la discriminación por cualquier razón

que esta ocurra, no solo por la opresión y el patriarcado. Por eso, este abordaje de la perspectiva de género es reduccionista y desprotege a las mujeres.

El problema de los materiales que toman en cuenta una sola matriz (la del patriarcado o la hegemonía) es que crean estándares más exigentes y suplementarios para el acceso de la mujer a la corrección en razón de la perspectiva. Con la mejor de las intenciones, lo que resulta es que al tomar solo pautas culturales históricamente heredadas (patriarcado), y un modelo explicativo de la discriminación que se basa en la opresión y la hegemonía, se le exige a la mujer un *plus*, un elemento suplementario para acceder al estándar de protección.

Los jueces suelen suplir ese *plus* de patriarcado y dominación, dándolo por evidente y presupuesto, pero justamente eso es lo que hace endeble y poco científica la argumentación. Si bien no cabe duda de que existen discriminación estructural y estereotipos (para todos los sexos y orientaciones sexuales), lo cierto es que no debería ser necesario probar además la dominación o la hegemonía, ni tener beneficios en el proceso judicial que den por sentada esa dominación o hegemonía, cuando en algunos casos no existe o ya no existe, o se dan estereotipos inversos. Exigir probar la discriminación estructural es inclinar la cancha en contra de la mujer: ponerle las cosas más difíciles para acceder a justicia.

Cuando no se exige probarla y se da por presupuesta, en cambio, se degrada la perspectiva de género y la dignidad de la mujer. Basta demostrar que no hay estereotipo para que la mujer no resulte beneficiaria del estándar de protección. Como no siempre la discriminación es estructural, la afirmación del patriarcado resulta inverosímil y poco creíble. Así, se degrada la perspectiva de género porque cae en descrédito: cualquiera que la confronta con la realidad empieza a pensar que es una afirmación contrafáctica o con poco apoyo en la evidencia. La mujer queda degradada en su dignidad, pues no se la considera digna de una igualdad procesal o jurídica por definición y, así, la perspectiva de género como criterio hegemónico termina siendo una nueva forma de discriminación estructural estereotípica.

Tal vez sea mejor explicarlo con un ejemplo. Si una mujer es profesional, independiente económicamente y psicológicamente no tiene un perfil de víctima, y sufre una discriminación por la que se le pide un trabajo nocturno que le impide cuidar de su madre enferma o de sus hijos, esa discriminación no es por patriarcado (al contrario), sino que se discrimina a la mujer en una tarea de cuidado que le es especialmente significativa y cercana, penalizándola de manera desproporcionada.

C. MATERIALES QUE SON COMPILACIONES DE FALLOS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

En algunas jurisdicciones directamente se opta por ofrecer compilaciones de fallos de jueces que aplican “perspectiva de género” en formas que el compilador considera modélicas e imitables.

El problema es que en muchos fallos, por los dos problemas precedentemente enunciados en los apartados anteriores, la aplicación de la perspectiva suele consistir en una enunciación genérica de documentos internacionales, legislación internacional y fragmentos que muchas veces se repiten en varios fallos en forma literal, sin establecer una vinculación concreta del derecho con los hechos en la argumentación del fallo y sin recurrir a las reglas científicas de interpretación y aplicación del derecho.

Se desmerece y se banaliza así la aplicación de la perspectiva de género, pues acaba siendo una palabra mágica, o un “modismo metodológico” o “una cláusula de estilo de aplicación automatizada” a fin de no “desnaturalizarla”¹⁴¹, permitiendo que el juez se desentienda del derecho aplicable y resuelva según su parecer. También las mujeres tienen derecho al derecho (art. 3, CEDAW).

141 Las citas entre comillas pertenecen a Cavas Martínez, F, *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 84.

D. EN CONSECUENCIA

En consecuencia, parece indispensable y urgente trabajar sobre una metodología científica de análisis y aplicación de la perspectiva de mujer propuesta por la Conferencia de Beijing. Esta perspectiva deberá permitir matrices múltiples de explicación de la discriminación de la mujer, reglas claras de aplicación de la perspectiva y criterios generales de procedencia.

7. Propuestas para fallar con perspectiva de género

En primer lugar, es necesario clarificar entonces qué entendemos por perspectiva de género, en una matriz que sea coherente con el derecho internacional que tiene a la CEDAW como marco pero que no opte por una línea única o restrictiva que limite las causas explicativas de la discriminación contra la mujer. Luego, será necesario clarificar un método de análisis. Para ello, hace falta superar la confusión imperante sobre la cuestión. No es lo mismo: a) el análisis general de la discriminación y la desigualdad; b) la discriminación por razón de sexo (escrutinio intermedio, si se siguen los estándares de la jurisprudencia norteamericana); y c) el recurso a la aplicación de la perspectiva de género, que es un correctivo excepcional cuando fallan todos los demás remedios. Finalmente, deberá concluirse con criterios generales y prácticos de procedencia que sean acordes con la metodología de interpretación del derecho.

A. UNA DEFINICIÓN MARCO

La perspectiva de género se entiende, en consonancia con el marco de la CEDAW, como una perspectiva de análisis que, transversalmente, debería ayudar a visibilizar la posición de la mujer en las relaciones sociales cuando, por razones diversas, resulta invisible.

Aquí conviene hacer una aclaración: los tratados internacionales en forma regular se refieren a la discriminación sobre la base del sexo, no sobre la

base del género. Por ejemplo, en la Declaración Internacional de Derechos Humanos:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

El lector advertirá que sexo es una categoría explícita.

Género es una categoría protegida según lo que se llama “derecho blando” o *soft law*, que se encuadra bajo la prohibición de discriminar por “cualquier otra condición”. Cuando en el derecho interno o en el derecho internacional, los autores o los organismos eligen utilizar el término “género” en lugar de “sexo”, privan a la mujer (y al hombre) de una categoría explícita y de contenido claro que la protege para preferir una categoría implícita que es ambigua en sus implicancias, porque puede abarcar otras discriminaciones que no sean solo de la mujer, sino, según la interpretación que se le dé, de los hombres, mujeres, personas trans u otras personas con otras proyecciones sobre su identidad sexual.

En sentido amplio, género puede abarcar todas las identidades sexuales; en sentido estricto, abarca solo la mujer y su proyección social. De modo que, si bien en el ámbito de los derechos de la mujer género suele interpretarse como mujer, lo cierto es que es un término ambiguo y por eso confuso en cuanto a la agenda que representa y los derechos que promueve en cada caso.

Hecha esta aclaración, más allá de que se utilice “género” para referirse a las proyecciones sociales, como dijimos antes, en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre la mujer cada vez que se utiliza la terminología género muchas veces la categoría de sexo está implícita. Por otro lado, para abarcar los imaginarios sociales que se siguen de ser mujer, la literatura especializada denomina a estas percepciones colectivas o grupales implícitas “estereotipos”. Los estereotipos muchas veces están en el origen de roles prefijados en relación con lo que se espera de la mujer, y así generan

formas de discriminación indirecta o simbólica y pueden estar en el origen de la violencia doméstica y social¹⁴². La palabra estereotipo tiene varias significaciones posibles, según la corriente feminista que use el término. Una definición sencilla es entenderlos en forma amplia como “creencias sociales acerca de ciertos grupos”. Otras definiciones más elaboradas sostienen que se trata de una preconcepción generalizada de atributos y características poseídas o roles que deberían ser ejecutados por los miembros de un grupo determinado. Algunas corrientes del feminismo tienen una interpretación restrictiva del concepto. Según estas corrientes, el estereotipo surge de una noción ahistórica del patriarcado que permite perpetuar normas androcéntricas opresivas.

En este capítulo preferimos la interpretación más amplia que entiende la noción de estereotipo como cristalizaciones y paradigmas que encasillan a la mujer en un rol determinado. Tomar un concepto amplio tiene la ventaja de que permite aplicar el concepto de estereotipo a todas las formas de discriminación y no solo a las mujeres. La noción de patriarcado remite a una idea ahistórica y en parte ficcional. La antropología estructural demuestra que históricamente y aún el día de hoy hay sociedades que han sido netamente matriarcales¹⁴³. Por otro lado, adoptar una visión dialéctica de lucha histórica al modo que se propone en algunos sectores dificulta trabajar conjuntamente sobre la inclusión y la igualdad. Más bien, esos abordajes generan más exclusión y conflicto¹⁴⁴.

Esas no quieren decir que no haya que estar atentos a la discriminación estructural y simbólica, que, demostraremos aquí, existe y debe ser desesterrada, sino que se trata del modo de enfrentarla. Los estereotipos existen para la infancia, para las masculinidades, para los adultos mayores, para

142 Peroni, L. y Timmer, A., “Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases”, *ibid.*, p. 39 y ss.

143 Ver, por ejemplo, los estudios de Godelier, M., *Metamorphose de la parenté*, Paris, Flammarion, 2010.

144 Como se evidencia en el correspondiente capítulo de este libro.

los indígenas y, entre otros muchos casos, para la mujer. Son provocados por imaginarios sociales que los hombres tienen sobre las mujeres, pero a veces también por imaginarios que las mujeres tienen sobre las mujeres e incluso que los feminismos tienen sobre las mujeres. En línea con los documentos internacionales que exponen un camino hacia la igualdad, se trata de no estereotipar los estereotipos, de no encasillarlos y limitarlos en abordajes teóricos restrictivos, sino de hacerlos útiles a la hora de alcanzar la igualdad.

Los estereotipos se relacionan con violencias de tipo simbólico y discriminación estructural. Sin embargo, y para volver a la perspectiva de género, dos tipos de discriminación están estrechamente vinculadas a la necesidad de recurrir a ella: la discriminación estructural y la discriminación indirecta. La discriminación estructural ancla en literaturas que advierten patrones de pensamiento que se repiten y que, como son compartidos, son invisibles a la propia conciencia. La discriminación indirecta supone una legislación o fallo que es aparentemente neutral, pero tiene un impacto desproporcionado en determinados grupos vulnerables.

La perspectiva de género (así como la entendemos aquí, en cuanto proyección social del rol de la mujer) viene a desarticular esas formas invisibles de discriminación, aquellas que están agazapadas y escondidas, por vía de una corrección hermenéutica, en supuestos que están de hecho contenidos o previstos en la ley o en el fallo, pero que, en la práctica, ya sea por impacto desproporcionado (discriminación indirecta) o por invisibilidad sistémica (discriminación estructural), son discriminatorios.

B. LOS DISTINTOS NIVELES DE ABORDAJE DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

La doctrina norteamericana conoce tres tipos de escrutinio para asegurar la igual protección frente a la ley. A continuación, algunos criterios importantes para tener en cuenta.

Derecho del Estado a crear categorías regulatorias en forma discrecional, si son razonables

Lo primero que es necesario precisar es que existe un rango de discriminación permitida a cualquier Estado: los diferentes deben ser tratados en forma diferente¹⁴⁵. La cláusula de igual protección no prohíbe que el Estado cree categorías legales que son necesarias para adjudicar derechos. Más aún, el Estado tiene un amplio margen de discreción para crearlas¹⁴⁶. Por ejemplo, distinguir el régimen de los inquilinos del de los que contratan por *leasing*. O, para acercarse aún más a nuestra temática: tratar a los niños distinto de los adultos sin restricciones a la capacidad. O tratar distinto a quienes tienen restricciones a la capacidad de quienes no la tienen. Todavía más: tratar a las mujeres distinto que a los hombres, por ejemplo, por beneficios en virtud de un embarazo.

Todas estas distinciones son válidas en tanto sean razonables¹⁴⁷. La parte que cuestiona la clasificación debe probar que esta clasificación no está justificada en una base razonable¹⁴⁸.

Los estándares de revisión de la violación de las cláusulas de igual protección

La Corte Suprema de los Estados Unidos utiliza diversos estándares cuando revisa una acción. Se trata de tres “tests” con guías generales. Los tres estándares –en una visión muy simplificada– son los siguientes¹⁴⁹:

145 Galloway Jr., R. W. “Basic Equal Protection Analysis”, 29 *Santa Clara L. Rev.* 121 (1989), disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol29/iss1/4>.

146 Rossum, R. et al., *American Constitutional Law*, Routledge, 2019, Vol. II, p. 570.

147 *Ibid.*

148 *Ibid.*

149 Fisher, L., Harriger, K. J., *American Constitutional Law*, Carolina Academic Press, 2019, p. 1925.

Rational basis

La legislación o acción es válida si el propósito es legítimo.
La legislación o acción es válida si está razonablemente relacionada con este propósito legítimo.

Escrutinio intermedio

La acción o ley son válidas si sirven un propósito importante.
Y si están “sustancialmente relacionadas” con este propósito.
Este estándar se aplica para la discriminación respecto de la categoría de “sexo”

Escrutinio estricto

La categoría discriminada es una categoría sospechosa o representa un interés fundamental del Estado (raza, matrimonio, voto).
Para ser válida, la clasificación legislativa tiene que ser necesaria para alcanzar un interés neutral del Estado.
La clasificación tiene que ser hecha a medida para restringir lo menos posible los derechos en juego.

Una clasificación contenida en una ley no debería ser dejada de lado si tiene elementos que la justifican. Esto significa que el intérprete debe presumir que el legislador ya hizo un juicio de coherencia y que encontró la clasificación justificada¹⁵⁰.

Estas tres clasificaciones se edificaron sobre una serie de casos tratados por la Corte Suprema de los Estados Unidos. A continuación, analizaremos cada una de ellas por separado.

Clasificaciones con escrutinio de razonabilidad

La base racional es la menos exigente. Es la que exige una conexión razonable (no estrecha ni exacta) entre el fin legítimo perseguido y la clasificación que tiene la legislación impugnada. El fin o interés requiere ser solo legítimo, y no central ni importante¹⁵¹. Se trata del estándar más débil y en algunos casos, la razonabilidad de la conexión entre el fin y la clasificación ha sido presumida por la jurisprudencia¹⁵².

150 *Ibid.*

151 Araiza, W. D., *Enforcing the Equal Protection Clause*, New York University Press, New York, 2015, p. 68.

152 *Ibid.*, p. 69.

Clasificaciones con escrutinio intermedio

Con el tiempo nació un tercer tipo de escrutinio: el intermedio. En el escrutinio intermedio, el Estado debe probar que hay un interés importante en la clasificación y que la clasificación está sustancialmente relacionada con el logro de esos intereses.

A este tercer tipo de análisis de la igual protección frente a la ley corresponden, en principio, las clasificaciones basadas en el género¹⁵³.

Clasificaciones con escrutinio estricto

Algunas clasificaciones están sujetas a un escrutinio más estricto. Cuando la clasificación afecta derechos fundamentales o se trata de una clasificación sospechosa, entonces el análisis de la cláusula de igual protección se hará bajo los estándares de escrutinio estricto. En ese caso, el Estado debe probar que la clasificación obedece a un interés gubernamental esencial y que la clasificación es lo menos limitativa posible.

La presunción resultará invertida y la carga de la prueba, en consecuencia, también. Será el Estado el que deba probar que hay un interés gubernamental y que la medida tomada es la menos restrictiva.

La evaluación de la discriminación según los estándares de escrutinio y según la perspectiva de género

Básicamente, el punto de partida es que la exigencia de igualación de la mujer y el hombre tiene como condición que, siempre que sea posible, a la mujer se le apliquen los mismos estándares que a todo ser humano para establecer si hay o no igual tratamiento ante la ley.

Esto significa que la perspectiva de género solo podría ser invocada si el análisis de la clasificación que es acusada de ser discriminatoria se hace de acuerdo con las reglas de análisis comunes de toda forma de desigualdad. Solo cuando estas son insuficientes para dar cuenta de la desigualdad

153 *Ibid.*, p. 572.

subsistente porque existe una forma de discriminación invisible (estructural o indirecta), inasible por la ley, se aplica la perspectiva correctiva por vía hermenéutica.

Esta forma de proceder es la única auténticamente respetuosa de la igualdad de la mujer en relación con el hombre y con los demás seres humanos cuyos derechos resultan clasificados y adjudicados: aplicar primero el estándar de revisión de la igual protección frente a la ley, y solo si: a) estos estándares de análisis resultan insuficientes y b) se comprueba la existencia de una forma de discriminación implícita e invisible (estructural o simbólica), se recurre a la perspectiva de género.

¿Por qué tomar este abordaje? Justamente para evitar el desgaste y la banalización del recurso a la perspectiva de género que corroa los iguales derechos de la mujer, tratándola como una persona inferior. Si la perspectiva de género no se invoca solo cuando los demás estándares no resuelven la discriminación y no se establece fácticamente la existencia de una forma de discriminación indirecta y estructural, la mujer resulta un ser humano de un estatus inferior que requiere el paternalismo del juez siempre e invariablemente. Eso implicaría un retroceso a las muchas generaciones de luchas del feminismo para lograr la paridad.

Balance: siempre que sea posible, análisis según estándares de igual protección; cuando hay discriminación invisible, una perspectiva correctiva

Dice Sosa que la “perspectiva de género es la mirada que debemos tener los operadores jurídicos” como “metodología y/o mecanismo que permite identificar la discriminación, la desigualdad y la exclusión de las mujeres, para así poder implementar acciones positivas...”¹⁵⁴.

154 Sosa, M. J., “Investigar y juzgar con perspectiva de género”, *Revista Jurídica AMFJN* www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ N°8-ISSN2683-8788.

Sin embargo, la doctrina coincide en que fallar con perspectiva de mujer o de género “no debe ser un mero modismo metodológico”¹⁵⁵ o “una cláusula de estilo automatizada”¹⁵⁶, “una moda jurídica”¹⁵⁷.

Es la forma habitual de proceder del Supremo Tribunal español¹⁵⁸. Al analizar la desigualdad, primero toma los estándares de discriminación que se aplican a todas las categorías, y solo si hay un impacto desproporcionado o patrones estereotipados que surjan de alguna forma de discriminación estructural aplica el estándar de correctivo del enfoque o perspectiva de género o mujer¹⁵⁹. Dice el español Cavas Martínez: “Si se puede resolver sin recurso a la perspectiva de género sino con derecho común” es tanto mejor, pues se

155 Cavas Martínez, F, *op. cit.*

156 *Ibid.*, p. 84.

157 Sosa, M. J., *op. cit.*

158 Cavas Martínez, F, *op. cit.*, p. 84.

159 Ver, p. ej., la sentencia del 3 de marzo de 2020, sobre el régimen de descansos y feriados: “Mas no es eso lo que permite hablar de discriminación si la norma convencional no provoca una distinción con relevancia sobre derechos constitucionales. Y no lo hace porque a lo que se limita es a determinar que seis descansos al año se harán en fines de semana, con independencia de la consideración o no de festivo de los sábados y, por tanto, con independencia de las circunstancias personales de los trabajadores afectados, quienes –todos ellos– tienen un régimen de jornada cuya distribución no garantiza, fuera de este derecho del art. 30, que el descanso semanal sea en sábados y domingos. En suma, la cláusula es neutra, pero también lo es el impacto”.

“De hecho, la Sala no acierta a comprender la postura de la parte recurrente, que parece partir de la idea de que la conciliación de la vida familiar y profesional es netamente femenina. Por el contrario, el mantenimiento de la insinuación de que los derechos de conciliación son derechos de las mujeres perpetúa los mecanismos de discriminación. De ahí que consideremos que resulta perfectamente ajustado a los fines de lograr la igualdad de oportunidades el que el citado precepto del convenio atribuya el beneficio sin distinción, fomentando así la corresponsabilidad familiar mediante el otorgamiento de medidas de conciliación no sesgadas”.

“Finalmente, el que se acepte o no la interpretación pedida por la parte recurrente no altera el nivel de equilibrio por razón de género exigible, pues éste es el mismo tanto si se incluye como si se excluyen los sábados festivos en cuestión.”

evita así que la interpretación tenga sesgo de género¹⁶⁰. Se lesiona el principio de igualdad por vía inversa¹⁶¹.

Lo señala también Elósegui Itxaso, comentando la jurisprudencia del Tribunal constitucional español en torno a la igualdad y diferencia hombre-mujer: hay un protecciónismo que es paternalista y desiguala¹⁶². En un fallo en el que se trata del derecho de las mujeres a trabajar en la explotación minera (tarea antaño prohibida), el Tribunal Supremo español señala la necesidad de que los medios de protección no constituyan obstáculos a la parificación¹⁶³.

Otra razón de no “sobreexplotar” el enfoque es que “pudiera redundar en descrédito de esa pauta hermenéutica”¹⁶⁴.

160 Cavas Martínez, F., *op. cit.*, p. 84.

161 *Ibid.*, p. 83.

162 Elósegui Itxaso, M., “Igualdad y diferencia hombre-mujer según el Tribunal Constitucional Español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, Nº 52, 1998, pp. 145-194.

163 “No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualitario entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un ‘derecho desigual igualitario’, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva (STC 128/1987 y 19/1989) equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer. Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos objetivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer”. Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de diciembre de 1992, S. 229/1992. Sobre prohibición del trabajo femenino en el interior de las minas. Estimatorio. La tradicional normativa protectora del trabajo de la mujer (como la prohibición del trabajo en el interior de las minas) es inconstitucional por discriminatoria.

164 *Ibid.*, p. 84.

Por lo tanto, “no es pertinente su empleo en todos los casos”, dice la española Rodríguez González, “sino únicamente en aquellos supuestos en que se constate una relación asimétrica de poder o una situación de desigualdad estructural que es necesario nivelar”¹⁶⁵.

Esta literatura y jurisprudencia ofrecen así una visión mesurada, que permite a la mujer acceder a estándares de escrutinio adecuados al caso que debe resolverse. Es, además, respetuosa al máximo del principio de igualdad, que se mantiene hasta donde es posible y solo habilita la metodología correctiva en la hipótesis de una discriminación invisible estructural o indirecta que afecte los cimientos mismos del análisis.

Conviene, entonces, pasar al tercer paso del itinerario: el diseño de una guía para decidir con perspectiva o enfoque de género o mujer.

8. Guías para fallar con perspectiva de mujer o género

Habiendo establecido entonces que la perspectiva o enfoque de género o mujer es una perspectiva correctiva de naturaleza excepcional, que su excepcionalidad forma parte de la garantía de igualdad ante la ley y que por eso exige aplicar previamente los tests de razonabilidad, el escrutinio intermedio o alto según sea el caso, conviene ahora examinar en qué consiste la perspectiva y cómo aplicarla.

A. FUNCIONES DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO O MUJER

La perspectiva de género, como toda perspectiva de vulnerabilidad, es una herramienta de abordaje, fortalecimiento y hermenéutica¹⁶⁶. Dicho en

165 Rodríguez Cano, S., “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, ISSN 2386-8090, N°. 76, 2021, ref. LA LEY 3607/2021.

166 Basset, U. C., “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho constitucional-convenional”, en Basset, U. C., Santiago, A., *Tratado de Derecho Convencional y Constitucional de*

otros términos, puede tener: a) una función de sensibilización, b) una función preventiva y c) una función moduladora o rectificadora de una norma.

B. LA FUNCIÓN DE SENSIBILIZACIÓN

La **función de sensibilización** viene de la transversalidad del enfoque, y presupone capacitaciones que permitan desarrollar una especial percepción para detectar casos en los cuales la mujer se encuentre en una posición desfavorecida¹⁶⁷. La herramienta principal será la empatía, en este como en todos los casos de vulnerabilidad. La sensibilización se vincula con la naturaleza transversal de la perspectiva¹⁶⁸. La sensibilidad también depende del rigor del Estado en la obtención de datos rigurosos que permitan ofrecer un cuadro de situación real¹⁶⁹, es decir, depende más de un abordaje basado en lo empírico (tanto en términos de datos como en la función perceptiva de la *fattispecie* o especie del caso), como así también en la argumentación teórica. La función perceptiva con sensibilidad es el primer acercamiento al caso concreto, y por eso es esencial.

C. LA FUNCIÓN DE PREVENCIÓN

La **función preventiva** supone el fortalecimiento y la intervención de cara a la resiliencia de la mujer en tanto que sujeto vulnerable en una relación jurídica.

Aquí, pues que se trata de fallar, se desarrolla la función rectificadora o correctiva. Sin embargo, conviene tener en cuenta que aun para la función correctiva, las dos funciones restantes son esenciales.

166 *Derecho de Familia y de las Personas*, Thomson Reuters, Buenos Aires, T. I, p. 350; especialmente, pp. 386 y ss.

167 Elósegui Itxaso, M., "La igualdad de oportunidades modelos y referentes: su influencia en el derecho", *Cuadernos de Derecho Judicial*, ISSN 1134-9670, N°. 3, 2004, pp. 411-448.

168 Elósegui Itxaso, M., "Por un nuevo Estado social innovador en equidad de género", *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 45 (2011), pp. 65-87.

169 *Ibid.*

D. FUNCIÓN CORRECTIVA O RECTIFICADORA: ESPECTRO DE LA APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA O ENFOQUE

Tomando como presupuesto la insuficiencia de los tests que sirven para corregir la cláusula de igual protección ante la ley, y la prueba de la existencia de discriminación invisible (estructural o indirecta), la perspectiva o enfoque se aplicaría, según Cavas Martínez, como un criterio correctivo hermenéutico al modo de *favor sexum aequalitatem*, con una función integradora cuando haya un vacío legal, o teniendo en cuenta una dimensión subjetiva en la aplicación de la ley¹⁷⁰.

En cuanto a la primera variante (interpretación favorable a la mujer o a la igualdad), se trata de elegir la interpretación que resulte más favorable a la mujer o a la igualdad cuando el tema regulado sea común y el grupo social de las mujeres padezca algún tipo de discriminación¹⁷¹.

La función integradora consiste en que cuando existe una norma con significado dudoso o existe una ausencia de normativa aplicable, cuando, por su trascendencia, debió haber sido considerado y, si se aplica la discriminación supletoria, ello impacta negativamente en la igualdad, debe aplicarse el efecto correctivo del enfoque.

Una vez que se detecta uno de los presupuestos para aplicar la perspectiva de género o de mujer (ver sección siguiente), la aplicación del enfoque “debe proyectarse al resto de fases judiciales, debe ser aplicada tanto en la tramitación del procedimiento como en la valoración de las conductas de las personas implicadas y de las pruebas propuestas, admitidas y practicadas a los efectos de fijación de los hechos a enjuiciar”¹⁷².

170 Cavas Martínez, F, *op. cit.*, p. 78.

171 *Ibid.*, p. 78.

172 *Ibid.*, pp. 89-90.

E. LOS PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO O MUJER

Según la literatura consultada hasta aquí, los requisitos de procedencia son los siguientes:

1. Que haya discriminación estructural.
2. Que haya una laguna del derecho.
3. Que el supuesto esté previsto, en general, por la norma, pero que, por la existencia de discriminación estructural subyacente, la aplicación de la norma al caso concreto conduzca a un resultado injusto en ese caso.
4. Cuando hay un impacto desproporcionado en la mujer.
5. Si por control de convencionalidad o constitucionalidad la norma es claramente contraria a la Constitución o a las convenciones.
6. Todos estos presupuestos deben surgir del expediente.
7. El juez no puede partir de la duda acerca de la coherencia entre la norma positiva y la convencional, sino que debe presumir que el juicio de coherencia lo hizo el legislador.

Como señala Cavas Martínez:

La perspectiva de género no tiene como efecto desbancar a los clásicos criterios de interpretación positivados en nuestro Derecho, sino que los nutre y les imprime un sentido unitario e integrador, para realizar de forma efectiva, no sólo programático-formal, el principio de igualdad de sexos¹⁷³.

173 *Ibid.*, pp. 89-90.

F. MODO DE APLICACIÓN: UNA GUÍA

Corresponde ahora elaborar una propuesta de una guía de aplicación de la perspectiva de género para el operador judicial.

Como toda perspectiva de vulnerabilidad (así sucede cuando se trata de un niño, de una persona con restricciones a la capacidad, de un adulto mayor, de una persona en situación de pobreza o marginación), es necesario considerar criterios para su aplicación razonable. En un trabajo anterior, habíamos propuesto el siguiente esquema:

- **Primero, la perspectiva de vulnerabilidad (en la hipótesis, de género o mujer) no puede aplicarse en forma derogatoria de la ley, sino en alineación con el sentido de la ley y sus fines.** Del mismo modo que las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas en el sentido de su conservación, como sucede también en el testamento, el principio de eficacia de la ley conlleva que el juez o el intérprete deben privilegiar la interpretación que mantenga a la ley en valor, dando por cierto que el legislador hizo un juicio de coherencia con el derecho de la Constitución y los Tratados al aprobarla. La ley se interpreta, según el art. 2 del Código Civil y Comercial argentino, “teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. La interpretación que lleva a derogar la ley, es, por tanto, excepcional y debe fundarse.
- **Segundo, la aplicación rectificadora de la perspectiva de género o mujer solo puede operar si de la evidencia fáctica surge discriminación estructural o indirecta en caso de que la ley se aplique como se sigue de su letra.** El juez debe fundamentar su decisión de apartarse de los estándares regulares de interpretación de la ley para aplicar la función correctiva o rectificadora según las pautas que desarrollamos más arriba.

Tomando en cuenta los aportes doctrinales y jurisprudenciales analizados, la perspectiva de género o mujer debe aplicarse tanto en la función perceptiva, en la función integrativa o hermenéutica como en la función correctiva en el orden siguiente:

FUNCIÓN PERCEPTIVA	Empatizar con cada uno de los protagonistas del conflicto, con sensibilidad a la vulnerabilidad producida por el sexo.
	Determinar si se trata de una protección discriminatoria directa frente a la cláusula de igual protección.
	Si este abordaje es insuficiente, detectar si en el caso operan esterotipos o formas discriminación indirecta.
FUNCIÓN INTEGRATIVA	Si hubiere vacío legal, debe completarse con figuras análogas.
FUNCIÓN CORRECTIVA	Si hubiere una ley vigente que causa un impacto desproporcionado, utilizar la función correctiva de la perspectiva de género integrando el valor de igualdad en la legislación que no lo cotemple.

CAPÍTULO 4

Violencia contra la mujer

Manuela Sancho
Rosario Inés Barros
Ursula C. Basset

1. La violencia contra la mujer como un flagelo doloroso y persistente

La violencia contra la mujer es un flagelo doloroso, que se manifiesta en una escala de grises que va desde los pequeños malos tratos cotidianos hasta la tragedia del femicidio. Siempre consiste en una forma de eliminar al otro, en su voluntad, en su singularidad, en sus amistades, en sus manifestaciones y, en casos extremos, eliminar la vida del otro. No hay que engañarse: hay violencias cotidianas y pequeñas que transforman a la mujer en una persona que está muerta en vida: no puede tener contacto con sus amistades o familiares, no puede obrar con libertad; la encierra el miedo.

La figura jurídica de la violencia no abarca necesariamente todas las formas de violencia, sino dos tipos específicos que tienen explicaciones muy diversas. Por una parte, la violencia familiar, p. ej., a nivel nacional la Ley 24.417, y en la provincia de Buenos Aires las leyes 12.569 y 14.509; cada provincia tiene su propio marco normativo. Por otra parte, las leyes de violencia que se refieren a la violencia machista, p. ej., a nivel nacional, la Ley 26.485. En este trabajo se analizan las leyes nacionales-marco.

En Argentina, las leyes de violencia, por ser de naturaleza procesal, son competencia de las provincias. Cada provincia tiene su propia ley, de acuerdo con su idiosincrasia y las problemáticas que se manifiestan en cada lugar.

La jerarquía legislativa empieza por la Constitución y los tratados. La Constitución y algunos tratados constitucionalizados (como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) tienen mayor jerarquía que las leyes. Por eso, en caso de oposición, prevalecen los primeros. Los tratados no constitucionalizados, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), también tienen jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución y convenciones constitucionalizadas.

Sin embargo, la normativa aplicable en casos de violencia comienza siempre como una pirámide a la que se accede desde abajo: siempre se empieza por la ley más concreta y específica y, en casos de vacío o si es necesario declarar una inconstitucionalidad, se remonta hasta la ley más general y jerárquica. P. ej.: no corresponde aplicar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer si en la jurisdicción existe una ley específica que la interprete.

2. ¿Por qué se produce la violencia?

Hay muchas teorías que explican por qué se produce la violencia en la vida social y especialmente contra la mujer. Libros enteros destinados a compilar las distintas explicaciones fisiológicas, neurológicas, sociales, culturales que desembocan en que los seres humanos se dañen unos a otros¹⁷⁴. La conclusión más plausible es que la violencia es un fenómeno multicausal¹⁷⁵.

Si se clarifica el modelo explicativo de la violencia (qué la causa), a partir de allí puede pensarse cómo erradicarla. Si el modelo explicativo consiste en afirmar que la violencia es un desequilibrio de poder entre el hombre y la

174 Ver, por ejemplo, la obra de Bogerts, B., *Where Does Violence Come From? A Multidimensional Approach to Its Causes and Manifestations*. Springer, 2021. También Lee, B. X., *Violence. An Interdisciplinary Approach to Causes, Consequences, and Cures*, Wiley and sons, Hoboken, 2019.

175 *Ibid.*

mujer, el remedio será solucionar la discriminación. En cambio, si la violencia puede estar originada en otros factores psicológicos, sociales o culturales, entonces el abordaje de la violencia será necesariamente multicausal. Este último abordaje es el que propone la OMS en recientes propuestas preventivas de la violencia¹⁷⁶.

El riesgo de tomar un abordaje demasiado sesgado de la violencia es la desprotección de la víctima para los casos no abarcados por el modelo elegido. Por ejemplo, si la violencia tiene por causa solo la desigualdad entre hombre y mujer, y solo se procura erradicar la discriminación pensando que así se erradica la violencia, se corre el riesgo de dejar desatendidas violencias que tienen que ver con perfiles psicológicos determinados que condicionan tanto a la víctima como al agresor.

Una explicación muy significativa, de naturaleza antropológico-filosófica, es la que ofrece el filósofo coreano-alemán Byung-Chul Han, para quien la violencia expresa una crisis de otredad y una patología del poder¹⁷⁷. La violencia consiste en robarles a las víctimas toda posibilidad de actuación, pues está precedida por la aniquilación de su subjetividad. Mediante el poder, el ego se prolonga en el otro. Minimiza la subjetividad del otro, pero no acaba completamente con él. En cambio, en la violencia, a diferencia del poder, se aniquila al otro, primero en los atributos de su personalidad, su estima, sus creencias, las expresiones de la personalidad, luego en sus vínculos y finalmente en su cuerpo o su persona¹⁷⁸.

176 WHO, *Violence prevention: the evidence*, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77936/9789241500845_eng.pdf?sequence=1. Published 2010.

177 Han, B.-C., *La topología de la violencia*, Herder, Barcelona, 2016, trad. Paula Kuffer, pp. 103-104.

178 Seguimos en esto a Basset, U. C., “Derecho a la integridad física y sexual”, en *Tratado constitucional y convencional del derecho de familia y de las personas*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2022, p. 155 y ss.

3. ¿Dónde está regulada la violencia en el derecho argentino? Derecho interno, Constitución nacional y tratados

A. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

En el Código Civil y Comercial Argentino, el fundamento de la exclusión de la violencia surge del principio de no dañar. El derecho civil entiende la violencia como un vicio de la voluntad. En el art. 276 la asocia a la intimidación, al uso de la fuerza y a las amenazas “que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes”. Las amenazas se valoran caso por caso y su relevancia debe juzgarse teniendo en cuenta la situación del amenazado y las circunstancias. La violencia puede ser ejercida por el agresor o por un tercero. El miedo es una parte importante para comprender el mecanismo de la violencia. Es un mecanismo de poder del agresor contra la víctima.

El derecho civil advierte que la violencia puede formar parte de las relaciones de familia, incluso al momento de celebrar el matrimonio.

La protección contra la violencia surge del deber de no dañar a otro. Si se daña a una persona, existe el deber de reparar ese daño (art. 1716 CCCN). Respecto del daño, se valora si este fue deliberado (doloso) o no (culposo). También, si la víctima al defenderse causó daño, puede esgrimirse legítima defensa, que quiere decir que la víctima, para evitar ser dañada, se defendió causando ella misma un daño, siempre y cuando el daño del que se defendió fuera mayor que el daño que causó.

En muchos otros sitios, el Código regula adjudicando sanciones contra las conductas violentas, por ejemplo, mediante una reciente reforma, cualquiera de los progenitores queda privado en su responsabilidad parental si fue condenado por un homicidio que haya involucrado violencia de género (art. 700 bis).

Sin embargo, no tiene aún regulación específica que aplique consecuencias diferenciadas si la víctima sufrió violencia, más allá de las enunciadas. Para estudiar los efectos de la violencia en los derechos de las víctimas, es necesario recurrir a las leyes específicas.

B. CONSTITUCIÓN NACIONAL

El derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación se encuentran plasmados tanto en la Constitución nacional —principalmente podemos mencionar los artículos 16, 37 y el 75, inciso 23— como en los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional. En realidad, la violencia se estudia bajo el prisma del derecho a la integridad personal, que es un artículo que surge de la protección del derecho a la vida dentro del art. 33 y en los tratados internacionales que se integran a la Constitución en el art. 77 inc. 22.

C. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA), CON RANGO CONSTITUCIONAL (ART. 75, INC. 22)

La Convención Americana trata la violencia en diversos artículos:

Derecho a la vida. El art. 4 establece que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Este artículo apunta a un problema de titularidad del derecho a la vida. En oposición al art. 1, que dice que “persona es todo ser humano”, este artículo debilita la tutela matizando la protección de la persona a partir de la concepción con el giro “en general”. Mucho se ha escrito sobre esto y no es el lugar de volver a plantear el inicio de la tutela de la vida humana. En cambio, en términos de violencia, resulta problemático considerar si los niños en proceso de gestación en el vientre materno son dignos de la protección universal contra la violencia como lo son sus madres, sobre todo en los sistemas latinoamericanos, que protegen la vida desde la concepción.

Derecho a la integridad personal. El art. 5 establece en su inc. 1 que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. También, en su inc. 2, que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

No discriminación. El art. 24 establece que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”.

Protección judicial. El art. 25 establece que

toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Derechos de los niños. El art. 19 establece el derecho de los niños a medidas de protección especial.

D. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW, 1979), CON RANGO CONSTITUCIONAL (ART. 75, INC. 22)

En la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979) se establece:

No discriminación. El art. 1 condena “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...”. El art. 2 condena todas las formas de discriminación contra la mujer y obliga a los Estados parte a tomar medidas adecuadas para removerla, especialmente consagrando en forma constitucional la igualdad hombre-mujer, adoptar medidas

legislativas, tomar medidas para evitar la discriminación en organizaciones o de personas o empresas y adoptar todas las medidas legislativas necesarias para eliminar reglamentos, usos y prácticas que las consagren. El art. 5 apunta a eliminar

patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los dos sexos.

Promoción del desarrollo de la mujer. El art. 3 llama a promover el desarrollo de la mujer en todas las esferas.

Protección de la maternidad. El art. 4.2. establece que la protección de la maternidad no se considerará discriminatoria.

Medidas temporarias de discriminación positiva. El art. 4.1. favorece la sanción de medidas positivas que tengan un carácter transicional hasta que se logre la igualdad hombre-mujer.

Prohibición de la trata y explotación de mujeres. El art. 6 llama a prohibir la trata con medidas apropiadas para eliminarla, como así también toda forma de explotación de las mujeres.

Medidas en el empleo. El art. 11 se refiere a medidas de igualdad en el empleo.

Medidas en la atención médica. El art. 12 se refiere a la discriminación en el ámbito médico.

Medidas en el ámbito familiar. El art. 16 se refiere a la igualdad-hombre mujer en el ámbito familiar. Consagra condiciones de igualdad en los siguientes ámbitos:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
 - f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
 - 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.
2. No tendrán ningún efecto jurídico los espousales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

La Argentina y otros países sudamericanos han suscripto el Protocolo Adicional de la CEDAW (1999), que reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones que se le sometan.

E. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ), SIN RANGO CONSTITUCIONAL

En 1994, en el marco de la OEA, se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención

de Belem do Pará" (CBP). Hoy día la Convención de Belem do Pará está firmada por 32 Estados. El Estado argentino adhirió sin formular reservas en el año 1996. Tiene rango de tratado superior a las leyes pero no forma parte de la Constitución nacional (no tiene jerarquía constitucional).

La Convención de Belem do Pará adopta, al igual que todos los demás documentos internacionales sobre la temática, la perspectiva de la mujer. A lo largo de la Convención se advierte igualmente una cierta ambivalencia: mujer y género aparecen como conceptos intercambiables. Por ejemplo, en el Preámbulo hay una clara alusión al sexo: "preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres". Mientras mujer aparece 56 veces, género solamente dos. Las dos incorporaciones del término "género" no son significativas, pues aparecen en el art. 1, a los efectos de la definición, pero equiparable a mujer, y en el art. 8 para referirse a la necesidad de modificar

los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres (...) o todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerbán la violencia contra la mujer.

En todo caso, la Convención de Belem do Pará trabaja sobre la idea de estereotipos sociales sin despegarse del sexo como su presupuesto.

La definición del art. 1 repite en alguna medida la de la Declaración: acción o conducta que cause daño tanto en el ámbito público o privado. El art. 2 también abarca, como la Declaración, la violencia en la familia o unidad doméstica "o en cualquier otra relación interpersonal", ya sea que el agresor comparta el mismo domicilio o no; o la que surge de la comunidad o sea tolerada o perpetrada por el Estado.

A diferencia de la DEVAW, la CBP no solamente incluye la violencia en la definición, sino también el riesgo de daño; así, por ejemplo las conductas amenazantes o intimidantes. En segundo lugar, contiene actos que tradicionalmente

no se veían como violencia pero que podrían conducir a la violencia, tales como el daño económico, las restricciones a la libertad de movimiento, derechos desiguales en el matrimonio, campañas mediáticas que retraten a la mujer con imágenes negativas, poligamia, costumbres y prácticas religiosas que vean a la mujer como un sujeto de grado inferior. Por otra parte, es la primera convención que toma los bienes de valor económico como un derecho a tutelar en el marco de la violencia. Por último, toma en cuenta la interseccionalidad como un aspecto a considerar al tomar medidas en relación con la violencia.

El capítulo 2 enuncia los derechos protegidos, entre los que se encuentran el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad, los derechos económicos, sociales, políticos y culturales, la dignidad personal y familiar, y la no discriminación.

El art. 8 refiere los deberes del Estado para cambiar las discriminaciones estructurales que perpetúan un sojuzgamiento de la mujer a nivel social y así exacerbar la violencia. En general, la Convención parece responder a un modelo causal único para explicar la violencia: el de los patrones socioculturales de discriminación.

El capítulo 3 se refiere a los deberes de los Estados. Impone la obligación de abstenerse de actos violentos, actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar (art. 7, b, g), incluir normas jurídicas adecuadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia (art. 7, c), incluir normas “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” (art. 7, d, que implica una referencia a la violencia económica), reformar las prácticas o leyes que impliquen tolerancia la violencia (art. 7, e). El principio de efectividad aparece en los arts. 7, g para la materia procesal y 7, h para lo referido al fondo.

El capítulo 5 establece mecanismos interamericanos de protección y obliga a los Estados a reportar a la Comisión Interamericana de Mujeres las medidas adoptadas para prevenir la violencia. Las ONG, personas o grupos de personas pueden presentar denuncias o quejas.

4. Leyes de protección contra la violencia familiar

En Argentina, la legislación sobre violencia establece procedimientos, en general meramente preventivos, de intervención. Como las leyes procesales en Argentina son competencia de las provincias, cada provincia y la ciudad de Buenos Aires tienen su propia ley de violencia. A continuación tratamos, a modo de ejemplo, las leyes de protección a nivel nacional y de la provincia de Buenos Aires.

El patrón es muy semejante. Casi siempre hay algún tipo de intervención interdisciplinaria, una evaluación del riesgo y la disposición de medidas cautelares preventivas para proteger a la víctima. Las leyes no prevén un diagnóstico de las partes para determinar el tipo y el grado de la violencia, sino que se basan normalmente en la declaración de la víctima.

Como no hay dispositivos diagnósticos o de seguimiento, el diseño dificulta cumplir con la obligación estatal de erradicar la violencia y hacer prevención terciaria (evitar la repetición). Muchos organismos, sin embargo, hacen un seguimiento a expensas de los escasos recursos, simplemente por vocación de servicio o por prácticas establecidas en los juzgados o por los trabajadores sociales.

A. LEY DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR Nº24.417. SANCIONADA 7/12/94 B.O. 3/1/95). DR 235/96, B.O. 8/3/96

Esta ley establece que toda persona que sufriera lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley, se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho.

La Ley 24.417 ha establecido un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo a las víctimas de la violencia familiar, que en modo alguno implica un decisorio de mérito que declare a alguien como

autor de los hechos que se le atribuyen. Basta la sospecha del maltrato ante la evidencia psíquica o física que presente el maltrato y la verosimilitud de la denuncia para que el juez pueda adoptar disposiciones que en su esencia, son verdaderas medidas cautelares, como lo es la exclusión del denunciado como agresor o el sometimiento de la familia a un tratamiento bajo mandato judicial...¹⁷⁹.

De este modo, la ley se caracteriza por tener una *perspectiva de la víctima*, de una manera general a todo el grupo familiar, dado que da la posibilidad de denunciar por lesiones o maltrato a cualquier integrante de dicho grupo, sin hacer distinción respecto a algún sujeto en especial situación de vulnerabilidad como pueden ser las mujeres o niños.

Como consecuencia, se habilita la inmediata intervención judicial con el dictado de medidas tendientes a cesar la situación denunciada. Por ello, se entiende que el objetivo de esta ley es operar como una herramienta eficiente al brindar la posibilidad de proporcionar una respuesta urgente ante la solicitud de algún miembro del grupo familiar afectado por algún hecho de violencia.

Como señalamos, la dificultad se plantea porque no se trata de intervenciones de mérito, sino meramente cautelares. El juez interviene a ciegas y no tiene facultades de seguimiento e intervención posterior, pues el proceso se agota en el dictado de medidas cautelares.

En caso de haberse producido lesiones o algún otro delito penal (amenazas, feminicidio), se da intervención a la justicia penal. En este caso sí habrá un juicio de mérito, pero será probablemente muy tardío.

Habida cuenta de que las denuncias por violencia son un fenómeno sostenido y creciente, y que la violencia produce secuelas transgeneracionales,

179 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “B., M. J. y otros c. R., O. J.”, 21/05/1996, cita online: TR LALEY AR/JUR/3620/1996 con cita del dictamen del Asesor de Menores de Cámara en autos “G.,M. E. c. I., G. F. s/ denuncia por violencia familiar”, sala F, del 9/2/96.

parece necesario pensar una reforma integral del sistema de protección acorde a los deberes emergentes del sistema interamericano y universal de derechos humanos, que exigen diligencia preventiva y para sancionar y erradicar la violencia.

B. LA LEY DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES N° 12.569, MODIFICADA POR LAS LEYES N° 14509 Y 14657

La ley de violencia familiar de la provincia de Buenos Aires define la violencia como: “toda acción, omisión, abuso, que afecte la vida, libertad, seguridad personal, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito” (art. 1).

Como en todas las leyes de violencia, la definición procura ser amplia y abarcadora, con el propósito de tipificar la pluralidad de formas en que se manifiesta la intención de dañar a otro. Sin embargo, el problema de estas definiciones que multiplican palabras es que, al multiplicarlas, cercenan su aplicación y solo quedan abarcados los supuestos enunciados y no otros. Las definiciones más abiertas tienen la ventaja de permitir establecer la existencia o no de una conducta violenta de acuerdo con la evaluación interdisciplinaria.

Crea la obligación de denunciar cuando la víctima no puede hacerlo por sí en el art. 4:

Cuando las víctimas fueran menores de edad, incapaces, ancianos o discapacitados que se encuentren imposibilitadas de accionar por sí mismas, estarán obligados a hacerlo sus representantes legales, los obligados por alimentos y/o el Ministerio Público, como así también quienes se desempeñan en organismos asistenciales, educativos, de salud y de justicia y en general, quienes desde el ámbito público o privado tomen conocimiento de situaciones de violencia familiar o tengan indicios de que puedan existir”.

Es curiosa la regulación, puesto que la obligación de denunciar por parte de los representantes legales y el Ministerio Público, centros de salud y justicia ya existía sin necesidad de modificar la ley.

Se crea la misma obligación para el caso de las mujeres, en el art. 4 bis, adoptando un estereotipo paternalista que se aplica solo a determinados tipos de violencia y no a todos:

Cuando las víctimas sean mujeres, no comprendidas en el artículo precedente, están obligadas a informar de la situación a la autoridad administrativa o judicial que corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito, las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, públicos o privados, y que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la Ley N° 26.485.

El art. 6 permite guardar en reserva la identidad del denunciante, sin justificativos.

Se permite la presencia de un acompañante para la mujer, las intervenciones son gratuitas y el juez puede intervenir de oficio.

La ley da amplio espacio a la iniciativa jurisdiccional. El art. 7 bis dispone:

En caso de incumplimiento de las medidas impuestas por el Juez, Jueza o Tribunal se dará inmediatamente cuenta a éstos, quienes podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar su acatamiento, como así también evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras. Frente a un nuevo incumplimiento y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el juez o jueza podrá aplicar alguna/s de las siguientes sanciones: a) Advertencia o llamado de atención por el acto cometido; b) Comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor; c) Asistencia obligatoria del agresor

a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas; d) Orden de realizar trabajos comunitarios en los lugares y por el tiempo que se determinen. Cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez o jueza deberá poner el hecho en conocimiento del juez o jueza con competencia en materia penal.

El art. 7 ter obliga al juez a oficiar al Registro de Armas en todos los casos de violencia.

Algunas de esas iniciativas son llamativas, sobre todo porque la proporcionalidad guarda relación con los hechos de violencia que se hayan producido. Sin embargo, el proceso de violencia no determina los hechos, sino que se apoya en denuncias. ¿Qué sucede si la denuncia no se corresponde con los hechos? Por ejemplo, si la violencia no existió, ¿tiene sentido obligar a concurrir a programas reflexivos, educativos y/o terapéuticos? Por otra parte, aunque hubiera existido, la concurrencia forzada no asegura resultados positivos. ¿Qué sucede si una denuncia no se corresponde con la realidad? Pensemos en un hombre que denuncia falsamente a una mujer, ¿será correcto comunicar a la empresa como si la violencia hubiera existido y, tal vez, hacerle perder el trabajo a la mujer? Y así se podría continuar. La falta de determinación del tipo de violencia, es decir, la falta de un juicio de mérito, impide que la intervención sea razonable y adecuada. Pueden así suscitarse hipótesis de revictimización, de incumplimiento de los deberes de prevención terciaria o secundaria por parte del Estado o de negación de garantías de forma injustificada.

El problema es que el juez tiene amplia facultad indagatoria y probatoria para establecer los daños que produjeron los hechos (art. 8) pero no si los hechos se produjeron o no.

Finalmente, se crea un registro unificado de denuncias de violencia, y la creación y capacitación de recursos humanos específicos para dar respuesta a esta problemática.

C. OTRAS LEYES A NIVEL PROVINCIAL

Las situaciones de violencia familiar tienen protección en leyes especiales a nivel provincial (por ejemplo, las leyes 11.529 de la provincia de Santa Fe, 12.569 de la provincia de Buenos Aires, 9.198 de la provincia de Entre Ríos, 4.175 de la provincia de Chaco, 4.943 de la provincia de Catamarca, 4.118 de la provincia de Chubut, 9.283 de la provincia de Córdoba, 5.019 de la provincia de Corrientes, 1.160 de la provincia de Formosa, 5.107 de la provincia de Jujuy, 6.580 de la provincia de La Rioja, 4.405 de la provincia de Misiones o la Ley 3.040 de la provincia de Río Negro, etc.)¹⁸⁰.

Aunque es imposible aquí hacer un estudio comparativo de estas legislaciones, todas ellas comparten una mirada cautelar de la intervención. Varían el activismo conferido al juez de la causa, la iniciativa de la víctima, la agresividad de las medidas, la posibilidad de denuncia anónima y su regulación y el abordaje del acceso a justicia de las víctimas.

5. Leyes de violencia machista

Mientras que en los abordajes anteriores las leyes se centraban en la violencia contra la mujer en las relaciones de familia, este segundo tipo de leyes se concentra en la violencia específica hacia la mujer por ser mujer.

A. LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS ÁMBITOS EN QUE DESARROLLEN SUS RELACIONES INTERPERSONALES N°26.485 (BO 14/04/2009)

Encuadra la violencia familiar como una modalidad de violencia contra la mujer y la define como

180 Rodríguez, J. L., "Indemnización por violencia de género en el marco de las uniones de hecho y del matrimonio. Daños y perjuicios en las relaciones de familia. Situación de pandemia" Publicado en: RCCyC 2021 (octubre), 50, Cita: TR LALEY AR/DOC/2602/2021.

aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres (art. 6º, inc. a).

Para esta ley, “se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco, sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia” (art 6º, inc. a, *in fine*).

6. Definición de violencia familiar

Para la Ley 24.417,

el concepto de “violencia familiar” debe ser entendido en un sentido muy amplio; esto es, que no serán solo las lesiones o maltrato físico o psíquico que acontezcan en el grupo familiar, sino que también será comprensivo de toda acción, omisión o abuso que se perpetrara en ese ámbito, aunque no configure delito, y que afecte la vida, libertad, seguridad personal, dignidad, integridad física, psicológica o sexual de uno de sus integrantes¹⁸¹.

En el fondo, la violencia resulta protegida por el principio de no dañar y el derecho a la integridad física y personal:

Además del principio general del derecho *alterum non laedere* de rai-gambre constitucional (art. 19, CN), la mujer, cualquiera sea su edad y estado civil, goza de protección específica en tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, en otros tratados internacionales, leyes nacionales y provinciales...¹⁸²

181 Mizrahi, M. L., “La violencia familiar y las relaciones parento-filiales”, publicado en: *La Ley* 29/06/2021, 1, cita: TR LALEY AR/DOC/1856/2021.

182 Rodríguez, J. L., *op. cit.*

En ese marco, los casos en los que la víctima de la violencia es una mujer cuentan con una protección especial desde la sanción de la Ley 26.485. Esta brinda una definición de violencia en su ya citado artículo 6, inciso a.

Asimismo, en ese mismo artículo, amplía la concepción de grupo familiar y zanja el debate que se presentaba con la Ley 24.417 sobre si era necesaria la convivencia de la pareja para que se configurara la violencia familiar.

Por lo tanto, desde esta definición

... surge claramente que la violencia doméstica contra las mujeres no se limita al seno familiar, al matrimonio o a las uniones de hecho, sino que su aplicación también se extiende a las relaciones vigentes o finalizadas, se trate de parejas o ex parejas, convivientes o no, procurando así una protección integral a la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en que desarrolleen sus relaciones interpersonales¹⁸³.

7. Los tipos de violencia regulados en la ley argentina

Los tipos de violencia se refieren a las formas y los actos a través de los cuales se manifiesta la conducta agresiva. Las leyes de protección contra la violencia familiar han ido incorporando en forma paulatina los tipos de violencia. Así, la Ley 24.417 abrió un camino con relación a la problemática de la violencia familiar tanto física como psicológica. Luego, la Ley 12.569 de la provincia de Buenos Aires agrega a dichas formas de maltrato la violencia sexual, proceso ampliatorio que culmina en la sanción de la Ley Nacional 26.485, que enumera como tipos de violencia contra las mujeres la violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, y la violencia simbólica. De esta manera, la legislación abarca las diferentes conductas que pueden afectar la vida, la libertad, la dignidad, la integridad o la seguridad de las

183 *Ibid.*

mujeres debido a su condición de mujer. A continuación, haremos una breve enunciación de cada tipo de violencia:

Violencia física: es toda aquella agresión, maltrato o amenaza de sufrir un daño que se ejerce contra el cuerpo de una mujer, afectando su integridad física. El agresor procede de manera que ofende y perjudica a la víctima mediante el uso exclusivo o excesivo de la fuerza. Implica la coerción para hacer algo contra su voluntad.

Violencia psicológica: es la que afecta la integridad psicoemocional, causando daño, disminución de la autoestima o perjudicando el pleno desarrollo personal a través de un comportamiento vincular coercitivo que prioriza la palabra. Se articula en torno a varios ejes de comportamiento o actitudes que constituyen microviolencias difíciles de detectar, a saber: control, aislamiento, celos patológicos, acoso, humillación, intimidación, indiferencia emocional.

Violencia sexual: se la entiende como una lesión a la integridad personal y física de la mujer, que engloba muchísimas prácticas, tales como el acoso, abuso sexual con o sin acceso carnal, prostitución forzada, explotación, esclavitud y trata de mujeres. Es un medio para dominar al otro, hay una obligación de mantener relaciones sexuales no deseadas, mediante una sugerencia, coacción o amenaza. Muchas mujeres aceptan las relaciones sexuales para evitar otras agresiones, incluso hasta el punto de imponer un embarazo, aunque la mujer no lo deseé. La práctica de los embarazos forzados ha sido condenada en el derecho internacional y aparece en ocasiones en contextos de guerra. Lo mismo cabe decir de las esterilizaciones forzadas y los abortos forzados. Es una forma de violencia de contenido especialmente vergonzante y humillante.

Violencia económica y patrimonial: es la que se realiza menoscabando los recursos económicos de la víctima dejándola en un estado de vulnerabilidad y desamparo, lo que genera una dependencia hacia el perpetrador.

La violencia económica es una forma de buscar el sofocamiento de un atributo de la personalidad de la mujer (su patrimonio). Consiste en un ataque a su integridad personal y a veces a su subsistencia. Esto se debe a que,

sin independencia económica, la capacidad de las mujeres para actuar y tomar decisiones se reduce, lo que incrementa su vulnerabilidad para sufrir violencia. La “pérdida de autonomía” económica fundamenta que la falta de pago de la cuota alimentaria sea considerada violencia de género. Así, en el fallo “T. C/ J. s/ Alimentos”, el juez encuadra dentro de la perspectiva de género la falta de pago de cuota alimentaria, diciendo que

la limitación de recursos a través del incumplimiento alimentario es otra forma de violencia contra estas mujeres, quienes al cuidar a S., deben afrontar el costo económico de la crianza, educación y cobertura de tratamientos por su especial condición de salud sin la contribución que atañe al padre, con la consiguiente pérdida de autonomía en el plano patrimonial¹⁸⁴.

Violencia simbólica: es la que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos, transmite y reproduce dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad. Opera de forma inconsciente y subyace a todas las expresiones de violencia, es decir, detrás de cada acción u omisión que atente contra los derechos de las mujeres subyacen patrones de conducta, valores y creencias cuya conceptualización permite comprender la existencia de la opresión y subordinación de las mujeres en la sociedad.

8. Modelos explicativos: el ciclo de la violencia de pareja, su auge y la diversificación en otros modelos

Durante mucho tiempo el ciclo de la violencia fue un patrón teórico para explicar la violencia en la pareja heterosexual. El ciclo de la violencia es un

184 Juzgado de Familia de Rawson, “T. c. J. s/ alimentos”, 04/10/2017, cita online: AR/JUR/70824/2017.

concepto creado por la doctrina para explicar las distintas fases que normalmente se identifican en todos los casos de violencia, tal como fuera propuesto por Leonore E. Walker¹⁸⁵.

La primera fase consiste en el aumento de la tensión intrafamiliar. Alterna con períodos de seducción, que mantienen a la víctima sujeta.

A continuación, llega la fase de explosión, que puede expresarse a través de una agresión física o verbal, según el tipo de violencia de que se trate.

Por último, llega la fase de reconciliación o “luna de miel”.

Estas etapas se dan de forma cíclica, en el sentido de que luego de la reconciliación vuelve a aumentar la tensión, hasta desencadenar en otra agresión. Esto comienza a ocurrir cada vez con mayor frecuencia.

Es importante destacar que este ciclo debe frenarse, preferentemente al inicio (fase de la explosión), sobre todo cuando se trata de casos de gravedad. El juez, al recibir una denuncia —y más allá de que haya sido un único hecho—, debe adoptar las medidas necesarias para terminar con el ciclo de violencia y preservar a la víctima de volver a ser agredida.

De todas formas, conviene resaltar que en los últimos años el modelo de Walker ha sufrido diversas críticas: se ha cuestionado la muestra, que refiere a parejas heterosexuales blancas y es limitada¹⁸⁶; la afirmación de que la fase de luna de miel es la más segura para salir del ciclo, que no aplica a todas las parejas y es muy riesgosa¹⁸⁷, pues en algunas la fase de luna de miel no llega nunca; el abordaje no atiende a las vulnerabilidades múltiples que pueden darse en el caso concreto¹⁸⁸; prescinde de enfoques ecológicos y se

185 Al respecto ver Walker, L., *The Battered Woman Syndrome*, New York, Springer, 2017. Una primera versión de esta obra apareció hace más de cuarenta años.

186 Dutton, M. A., Osthoff, S., Dichter, M., “Update of the ‘Battered Woman Syndrome’ Critique”. NRCDV PUBLICATIONS, August, 2009, VAWnet: The National Online Resource Center on Violence Against Women National Resource Center on Domestic Violence (NRCDV), disponible en: <https://vawnet.org/material/update-battered-woman-syndrome-critique>.

187 Wilson, J. K., “Cycle of Violence”, en The Encyclopedia of Women and Crime First published: 23 August 2019 <https://doi.org/10.1002/9781118929803.ewac0083>.

188 Serrata, J., “Cycles of Abuse”, en Serrata, J. (ed.) (2017). (Vols. 1-4). SAGE Publications, Inc., <https://doi.org/10.4135/9781483384269>.

centra exclusivamente en la conducta del agresor sin incorporar los factores que dependen de la conducta de la víctima en la matriz de análisis (la víctima es invisibilizada por la teoría)¹⁸⁹.

Hoy en día, los abordajes de la violencia parten de un diagnóstico diferencial¹⁹⁰ del tipo de violencia de la que se trata, para hacer una intervención más ajustada y cumplir así con el deber de diligencia reforzada por parte del Estado.

9. El femicidio. Definición. Cifras

La figura del “femicidio” se encuentra en el artículo 80, inc. 1, del Código Penal de la Nación, y castiga con prisión perpetua al que matare “a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediante violencia de género” (el Código Penal no utiliza el término “femicidio”, pero este ha sido establecido por la doctrina, lo cual es concordante con la terminología utilizada por los legisladores durante los debates parlamentarios). Esta figura presenta, por un lado, un elemento descriptivo: sujeto activo (hombre) y pasivo (mujer) y, por el otro, un elemento valorativo: “contexto de violencia de género” (violencia contra la mujer), para configurar el móvil del femicidio.

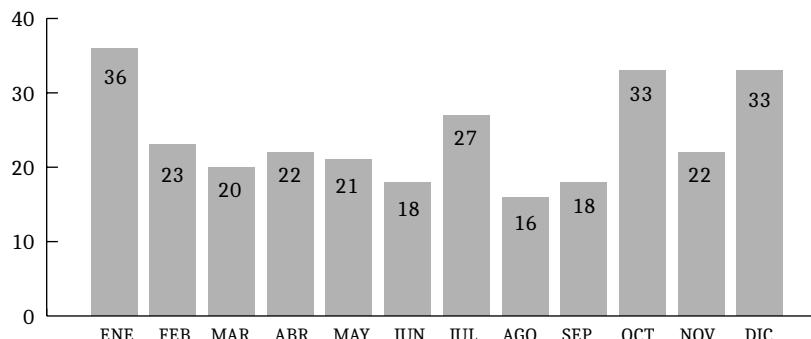
El siguiente gráfico¹⁹¹ presenta la muestra contemplada en el período entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2021, en el cual se registraron 289 víctimas de femicidio confirmadas, que incluyen 24 femicidios vinculados, 9 personas trans y 15 suicidios feminicidas.

189 Wilson, J. K., *op. cit.*

190 Basset, U. C., “¿De dónde viene la violencia? Novedades sobre modelos explicativos y abordajes”, *Juntas Somos Más*, AMJA 30 años, abril 2023, p. 38 y ss., disponible online en: <https://amja.org.ar/wp-content/uploads/AMJA-24-Revista-30-anos-juntas.pdf>.

191 Informe completo disponible en: https://www.dpn.gob.ar/documentos/Observatorio_Femicidios_-_Informe_Final_2021.pdf.

TOTAL DE CASOS DE FEMICIDIO (POR MES)



Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación

Muestra: Periodo 1/1 al 31/12 de 2021.

Los datos evidencian que el aislamiento por la pandemia del COVID-19 generó un impacto significativo en el aumento de femicidios en comparación con los registros de los años anteriores y del año posterior. Desde el 20 de marzo de 2020, en la línea 144 de ayuda por violencia de género y familiar puesta a disposición por el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, se recibieron un 25% más de llamados, y en la línea 137 subieron un 20%¹⁹².

La efectividad de la línea 144 y su difusión sería motivo de un trabajo separado, que aquí nos es imposible.

10. Situación actual en Argentina: proceso para denunciar. Legitimación activa. Denuncia obligatoria. Denuncia voluntaria. Audiencias

Según la Ley 24.417, la legitimación activa para denunciar en forma voluntaria la tiene toda persona que sufriera lesiones o maltrato físico o

¹⁹² <https://www.infobae.com/sociedad/2020/09/01/las-llamadas-para-denunciar-violencia-de-genero-aumentaron-25-en-la-cuarentena/>.

psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar. A estos fines, deberán acudir ante el juez de familia y denunciar los hechos en forma verbal o escrita. El menor o incapaz puede hacerlo directamente ante el Ministerio Público.

No obstante, se prevé un listado de obligados a denunciar si tomaran conocimiento de un hecho de violencia familiar.

Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público (artículo 2).

En todos los casos, luego de recibida la denuncia el juez adoptará las medidas precautorias que estime necesarias —a continuación, se verá cuáles pueden ser— y dentro de las cuarenta y ocho horas convocará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia de mediación para instar a las mismas y a su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos.

Para esto, deberá tener en cuenta los informes técnicos solicitados por las partes y el diagnóstico de peritos de distintas disciplinas sobre los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia.

La Ley 26.485, en tanto, prevé que la denuncia será voluntaria en los siguientes casos:

- a. Por la mujer que se considere afectada o su representante legal sin restricción alguna. Cuando un tercero denunciare un caso de violencia sexual, se debe citar a la víctima dentro de las veinticuatro horas siguientes para que ratifique la denuncia.
- b. La niña o la adolescente, directamente o través de sus representantes legales.

c. Cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla.

La denuncia penal será para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tome conocimiento de que una mujer padece violencia, siempre que los hechos pudieran constituir un delito.

Finalmente, a diferencia de la otra ley, la audiencia que realizará el juez para escuchar a las partes y ordenar las medidas pertinentes será por separado, bajo pena de nulidad, y ordenará las medidas que estime pertinentes. Las audiencias de mediación o conciliación quedan estrictamente prohibidas.

11. Creación de la OVD. Procedimiento. Estadísticas

La Oficina de Violencia Doméstica (OVD) fue creada en 2006 —y comenzó a funcionar el 15 de septiembre de 2008— por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objetivo de facilitar el acceso a justicia de las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

En 2016, el máximo tribunal amplió las funciones de la Oficina, que comenzó a atender casos de trata de personas con fines de explotación sexual y/o de explotación de la prostitución.

La OVD trabaja de manera interdisciplinaria durante las veinticuatro horas, todos los días del año, y recibe denuncias tanto de las personas afectadas como de personas que tengan un vínculo familiar y/o afectivo con las personas damnificadas. También recibe casos derivados de comisarías, hospitales y de organizaciones no gubernamentales de la ciudad de Buenos Aires.

Su función principal es recibir el relato de las personas afectadas a fin de elaborar un informe de riesgo, labrar las actas correspondientes y disponer la realización de los exámenes médicos que sean necesarios.

Asimismo, efectúa en cada caso las derivaciones pertinentes, de las cuales hace un seguimiento a través de los informes que proporcionan las dependencias judiciales.

Dentro de las funciones secundarias de la Oficina se encuentra recibir a personas que se acercan espontáneamente a la institución buscando información y orientación.

El informe mostró que durante el segundo trimestre de 2021 los equipos interdisciplinarios de la OVD atendieron **1.780 casos**, lo que representa un **aumento de 73% respecto del mismo período del año anterior**.

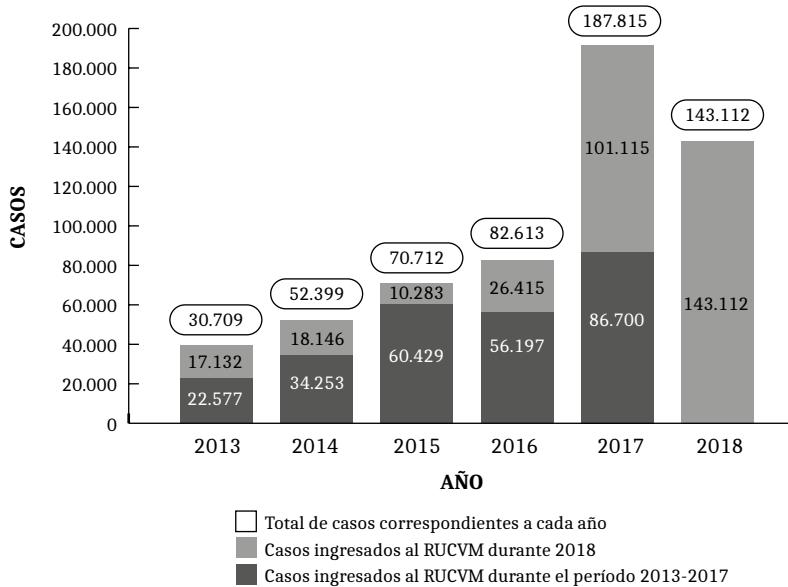
Además, se respondieron 1.610 consultas informativas (38% más que el mismo trimestre del año anterior), relativas al funcionamiento de la oficina y/o a la normativa vigente, y 8 referidas a situaciones de violencia cuya jurisdicción era ajena a la ciudad de Buenos Aires.

Se está trabajando en convenios para lograr un registro unificado a nivel nacional de las cifras de violencia. Se trata del Registro Único de Casos de Violencia Contra las Mujeres (RUCVM), dependiente del INDEC. Las primeras cifras fueron publicadas en 2019¹⁹³.

Del RUCVM surgen los siguientes datos (incompletos, pues no todas las provincias envían aún sus registros). En cuanto al total de denuncias:

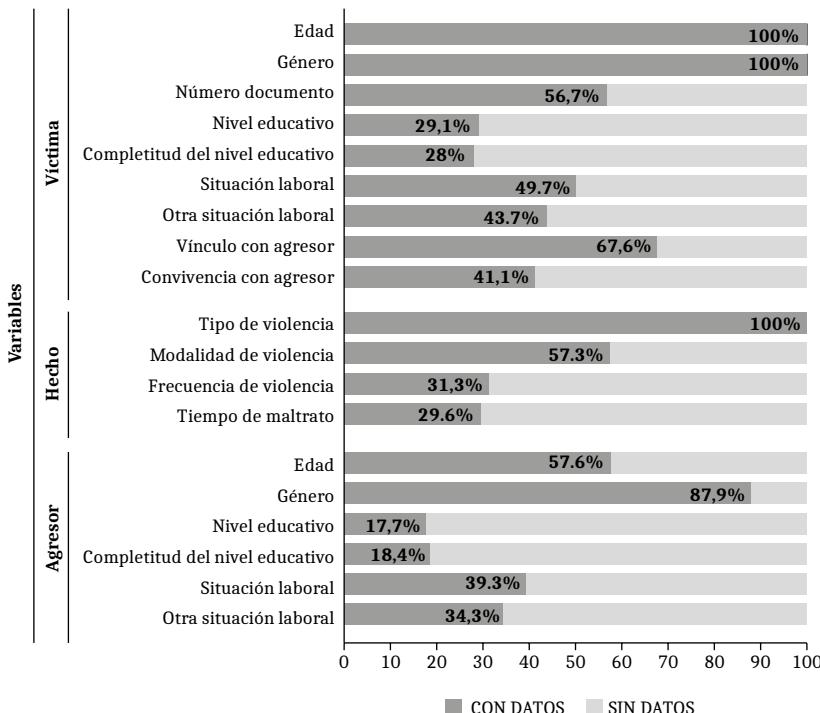
193 Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), *Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres (RUCVM): resultados 2013-2018*. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Instituto Nacional de Estadística y Censos, https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm_03_19.pdf.

CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES DE 14 Y MÁS DE EDAD, REGISTRADOS E INFORMADOS AL INDEC POR AÑO DE CONCURRENCIA SEGÚN PERÍODO DE INGRESO AL RUCVM. AÑO 2013-2016



La distribución de variables en torno a las denuncias se presenta del siguiente modo:

CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES DE 14 Y MÁS DE EDAD, REGISTRADOS E INFORMADOS AL INDEC POR NIVEL DE COMPLETITUD DE LAS VARIABLES DE RUCVM. AÑOS 2013-2018



En realidad, los escenarios locales y los nacionales difícilmente son homogéneos. La unificación de las cifras implicará un trabajo arduo, pero es un gran comienzo. Permite análisis como los que presenta el mismo RUCVM:

A modo de ejemplo, considerando exclusivamente aquellas mujeres en las que su vínculo con el agresor es pareja/novio o expareja, los resultados muestran que:

- Los agresores son, en general, mayores que sus víctimas. La diferencia de edad más frecuente es de 1 a 4 años, seguida por 5 a 9 años de edad. Sin embargo, esta no parece ser una característica propia del fenómeno en estudio, sino de la población en general. En efecto, esta

diferencia de edad es similar a la observada en la población de 14 años y más que convive en pareja, según datos del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas de 2010.

- En relación con la situación laboral de la víctima y el agresor, el escenario más frecuente es que ambos estén ocupados y, en segundo lugar, que el agresor se encuentre ocupado pero no la víctima¹⁹⁴.

Son resultados provisionales pero auspiciosos, dependiendo de la objetividad y de la homogeneidad de los registros.

12. Medidas de protección. Eficacia. Sanciones por incumplimiento. Fallos novedosos

Las medidas mencionadas en el artículo 4 de la Ley 24.417 que puede adoptar el juez interviniente al tomar conocimiento de los hechos denunciados son:

- a) Exclusión del hogar: esta medida tiene como fin excluir al agresor de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibición de acercamiento: su intención es prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida, desempeña su trabajo y/o a los establecimientos educativos donde ella concurre.
- c) Reintegro al hogar: dispone el reintegro de la víctima a su domicilio cuando debió abandonarlo por razones de seguridad.
- d) Alimentos, tenencia y derecho de comunicación: el juez puede decretar provisoriamente cuota alimentaria, tenencia y derecho de comunicación.

El juez establecerá la duración de estas medidas conforme a las circunstancias y antecedentes del caso.

La Ley 26.485 amplía el abanico de medidas preventivas que otorga la Ley 24.417, agregando, por ejemplo:

194 *Ibid.*

- La prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia.
- Ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que realice hacia la mujer.
- Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante si esta se ha visto privada de los mismos.
- Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión.
- Ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer.
- Disponer el inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes, se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno.

Ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, el juez a cargo podrá modificarlas e incluso ampliarlas y ordenar otras complementarias. Asimismo, cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del juez con competencia en materia penal.

Hemos visto que la provincia de Buenos Aires, en su texto reformado, tiene medidas bastante más agresivas.

13. Violencia contra la mujer y COVID-19

La pandemia del COVID-19, con el aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional desde el 20 de marzo de 2020 y prorrogado mediante sucesivos decretos, amplió esta problemática al generar las condiciones propicias para su surgimiento y/o agravamiento en el marco del encierro¹⁹⁵.

195 Rodríguez, J. L., *op. cit.*

Para empezar, en un principio se les dificultaba el acceso a los tribunales para realizar las denuncias porque estos se encontraban de feria. Además, tampoco podían acudir a una fiscalía, defensoría o comisaría por la prohibición de utilizar transporte público para trabajadores no esenciales. Esto fue resuelto incluyendo a las víctimas dentro de las personas excluidas que podían circular. Sin embargo, esto no fue así desde el comienzo del aislamiento y muchas mujeres no pudieron acceder a denunciar durante ese período.

Como si esto fuese poco, muchas de las víctimas se vieron obligadas a compartir el hogar con sus agresores durante todo el día, por lo cual tal vez perdieron esas pocas horas en las que este salía y podían vivir en tranquilidad, o utilizar ese tiempo para denunciar sin que esto fuera advertido. Al respecto, explica la doctora Medina que "... la situación de confinamiento agrava las circunstancias en las que se produce la violencia, ya que el encierro en lugares reducidos exacerba los motivos para que la violencia se ponga de manifiesto"¹⁹⁶.

Lamentablemente, la situación de las víctimas de violencia doméstica no fue tenida en cuenta desde un principio cuando fue dictado el confinamiento obligatorio. Pese a vivir una pandemia, las víctimas no tuvieron respiro del que para ellas es el peor flagelo. Prueba de ello es que la Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación informó que aun con la situación de gravedad como la que se registró hasta el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia que ordenaba el confinamiento, las denuncias continuaron¹⁹⁷.

Como respuesta, la Corte de la Provincia de Buenos Aires dispuso la prórroga de las medidas precautorias dictadas por violencia familiar y de género hasta el cese de las medidas de aislamiento o salvo que el juez de la causa tome una decisión en contrario, o que la propia víctima lo solicite. Esto como

196 Medina, G., "El coronavirus y el Derecho de Familia", *La Ley* 30/03/2020, 30/03/2020, 1 - LA LEY2020-B, 362 - DFyP 2020 (abril), 14/04/2020, 5, cita online: AR/DOC/822/2020, p. 2.

197 Cfr. Ídem.

forma de evitar que la víctima deba desplazarse hasta el tribunal para solicitar la prórroga de las medidas. La Cámara Nacional Civil de la Capital Federal hizo eco de esta resolución dictando una similar para esa jurisdicción.

Asimismo, se flexibilizaron los requisitos para las denuncias de violencia y se agregaron distintos medios para realizarlas con más facilidad, como WhatsApp o incluso la posibilidad de acudir a ciertos lugares, como farmacias. También ha quedado claro que “los casos de violencia familiar y violencia de género son una causal de habilitación de feria judicial”¹⁹⁸.

Hoy que la pandemia y el aislamiento han cesado, estas nuevas medidas han llegado para quedarse y ampliaron los canales para realizar denuncias para aquellas víctimas que no se pueden desplazar con facilidad.

14. Análisis jurisprudencial internacional sobre la cuestión

A continuación, algunos casos de gran relieve sobre la violencia.

A. CASO “LNP C/ ESTADO ARGENTINO” COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS - ONU¹⁹⁹

En la localidad de El Espinillo, el 3 de octubre de 2003, LNP, de 15 años (integrante de la etnia qom), fue abusada sexualmente por un conocido de ella, mientras que otros dos muchachos la retenían para que no se escapara. Inmediatamente después de ser soltada, fue a hacer la denuncia, pero durante más de tres horas la policía la tuvo de pie, atravesada por el dolor, y recién cuando se cansaron de su llanto accedieron a tomarle la denuncia. Conocidos

198 Benzaquen, A. S., “Violencia familiar”, publicado en: *RCCyC* 2021 (junio), 69, cita: TR LALEY AR/DOC/1293/2021. En Argentina, durante las ferias judiciales los tribunales no están abiertos a recibir denuncias. En casos de urgencia y gravedad puede “habilitarse la feria”, es decir, recibir, excepcionalmente, las denuncias.

199 Comunicación 1610/07. “LNP c/ Estado Argentino”. Comité de Derechos Humanos de la ONU.

los hechos y detenidos los jóvenes, los padres de los denunciados intentaron sobornar a los padres de LNP para que la niña cambiara su declaración: ofrecieron ganado vacuno y una camioneta. Sin embargo, tanto LNP como sus padres rechazaron el soborno.

El hecho fue confirmado por testigos y por el propio acusado. El informe médico forense confirma la penetración violenta y los análisis de muestras de sangre en la ropa de la joven y el joven involucrado confirman sus identidades. A lo largo del proceso, ninguno de los imputados fue investigado en profundidad; en cambio, sí se interrogó a toda la familia de la víctima y se preguntó a sus vecinos sobre cómo era ella moralmente. Además, ni la niña ni su familia accedieron al asesoramiento de un letrado que los guiará. Es importante aclarar que todo el juicio fue sustentado en español, sin intérpretes, lo que dificultó la comunicación y la expresión tanto de la víctima como de los testigos, cuyo idioma es el qom, así como la eficaz defensa en juicio. El art. 14, inc. 2 f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala entre los derechos que les asisten a las personas acusadas de un delito: “A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”; si esto es aplicable para el acusado, cuánto más para quien es víctima. Finalmente, el 31 de agosto de 2004, se absuelve a los acusados (Sentencia N° 95).

El Instituto de Género, Derecho y Desarrollo de Rosario (INSGENAR) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM) tomaron conocimiento del caso y, a través de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, decidieron contactar a la familia de la niña para proponerles presentar su caso ante el Comité de Derechos Humanos, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante la evidencia de la vulneración del derecho de acceso a la justicia.

El 29 de agosto de 2008 se realizó una reunión de trabajo en el marco del espacio de diálogo propuesto por el gobierno nacional y el gobierno de la provincia del Chaco. Allí, las peticionarias presentaron la agenda reparatoria, que fue aceptada por los representantes de ambos gobiernos, y se basó en dos

documentos: por un lado, en el petitorio incluido en la comunicación individual ante el Comité de Derechos Humanos y, por otro, en el documento elaborado por las peticionarias. En concreto, se pidió: que el Comité estableciera la responsabilidad internacional del Estado argentino; que ordenara al Estado una reparación integral para LNP y su familia que incluyera indemnización por el daño moral y material así como medidas de garantía de no repetición y que revisara la normativa internacional para eliminar todo vestigio discriminatorio de las leyes, y la inmediata capacitación de funcionarios y operadores de justicia para evitar la repetición de actos discriminatorios contra mujeres y niñas. Por último —y el punto de partida para el cambio legislativo que explicaremos a continuación—, las peticionarias exigieron la creación de servicios de atención a víctimas de violencia sexual, con personal competente en el idioma de la población afectada y materiales dispuestos en ese mismo sentido.

B. CASO “PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO VS. PERÚ” (2006)

En este caso, la Corte IDH condenó a Perú por las violaciones a los derechos humanos cometidos a mujeres en situación de cárcel entre el 6 y el 9 de mayo de 1992. Por el “Operativo Mudanza 1”, la Policía y las Fuerzas Armadas peruanas en forma conjunta tenían que trasladar a las internas que se encontraban en uno de los pabellones del penal a otra cárcel de máxima seguridad. La operación culminó con 42 prisioneros asesinados, además de cientos de personas privadas de libertad sometidas a torturas y lesiones.

En su sentencia, la Corte IDH declaró responsable al Estado peruano por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, no solo de las reclusas sino también de sus familias.

El caso, además de realizar un gran desarrollo vinculado a prácticas de tortura en hombres y en mujeres prisioneros y prisioneras, es de suma importancia en tanto, por primera vez, un tribunal internacional de derechos humanos tuvo la oportunidad de abordar un caso vinculado a los derechos de las mujeres en contextos de encierro y de conflicto armado, por lo cual se transformó en un hito en materia de género.

En este caso, la Corte IDH se refirió también a la violencia prenatal ejercida sobre las prisioneras embarazadas y la aplicada respecto de la vivencia de la maternidad, frente a la brutalidad perpetrada contra sus hijos. Las víctimas no fueron solamente los internos, sino también los visitantes. Por ejemplo, en el caso de Luz Peralta Saldarriaga, que visitaba a su marido estando embarazada de 9 meses, que a raíz de la violencia fue golpeada. Su testimonio es elocuente:

La policía empezó a disparar y a lanzar bombas lacrimógenas a la multitud de familiares que estaban en las afueras del centro penal, compuesta mayormente de mujeres por ser día de visita femenina. Muchas de ellas estaban embarazadas, con niños o eran ancianas. La testigo, que se encontraba embarazada de 9 meses, se cayó y fue aplastada por la multitud al tratar de huir de los disparos y las bombas lacrimógenas. Pensó que perdería a su bebé, y por ello decidió regresar a su casa.

Como resultado de la angustia “desgarradora” que vivió, “inconscientemente retuv[o su] parto”. Dio a luz el 10 de mayo de 1992. Lo vivido esos días tuvo un impacto en su hija, quien ha estado en tratamiento psicológico y ha desarrollado miedo hacia las personas. La testigo no cuenta con los recursos económicos para pagar dicho tratamiento y quiere que se brinde ayuda profesional a su hija²⁰⁰.

El fallo relata que:

A causa del “bombardeo [...] por aire” se perforó el techo del cuarto piso, por donde los militares entraron al pabellón hiriendo a algunas internas, entre quienes reconoció a María Villegas. En vista de que el pabellón 1A iba a ser destruido, las internas, entre quienes se encontraban cuatro embarazadas, tuvieron que “arrastrarse” por el suelo pasando por encima de cadáveres y protegiéndose de las balas que disparaban

200 Corte IDH (2006), Caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, párr. 186.

francotiradores, saltando del segundo piso al sótano donde quedaba el ducto que se encontraba lleno de ratas, dirigiéndose hasta el pabellón 4B. Otras internas no corrieron con la misma suerte, entre quienes reconoció a la señora Vilma (no recuerda el apellido) de 60 años de edad, quien por no poder saltar fue alcanzada por las balas. La intensidad del ataque no disminuyó en ningún momento. Un grupo de delegados de los internos se encargó de tratar de dialogar para que no les hicieran daño en el traslado²⁰¹.

La Corte señala que:

... en los alegatos finales escritos indicó que las internas fueron tratadas por los agentes estatales con particular desprecio y ensañamiento desde el inicio del ataque. Las “situaciones [violatorias] tuvieron consecuencias particularmente graves para las víctimas mujeres, varias de las cuales se encontraban embarazadas”. El asalto se inició en el único pabellón de la prisión ocupado por mujeres, y tras la conclusión del operativo estuvieron sometidas a condiciones attentatorias contra su dignidad como mujeres. Las internas reubicadas en cárceles de mujeres fueron víctimas de maltratos físicos y psicológicos durante el traslado y dentro de los establecimientos penitenciarios a los que fueron llevadas. De la misma manera las heridas trasladadas a los hospitales fueron desnudadas y obligadas a permanecer así por semanas, rodeadas de individuos armados, sin permitírseles asearse o utilizar los servicios sanitarios, salvo acompañadas de un guardia armado que no les permitía cerrar la puerta²⁰².

Respecto de la salud prenatal y postnatal, en parte las condenas del Estado se referían precisamente a la falta de atención y al tratamiento recibido:

201 *Ibid.*, párr. 187.

202 *Ibid.*, párr. 259.

Quedó probado que en el caso de las internas Eva Challco y Sabina Quispe Rojas el Estado desatendió sus necesidades básicas de salud pre-natal, y que con respecto a la última tampoco le brindó atención médica post natal (supra párr. 197.57), lo cual implicó una violación adicional a la integridad personal de éstas²⁰³.

Es de señalar cómo en todos los casos la Corte IDH adopta una visión claramente diferencialista sobre los derechos de la mujer en relación con los del varón, pues señala la existencia de una “afectación especial”, a la que la Corte vuelve una y otra vez. En primer lugar, para referirse a la vivencia del propio cuerpo de las víctimas, en cuanto a la higiene, en cuanto a los cuidados, en cuanto a la vivencia de la maternidad. En segundo lugar, en cuanto al embarazo y los cuidados pre y posnatal, e incluso, como señala el juez Cançado Trindade en su voto razonado, en relación con la vivencia del tiempo, por su proyecto de vida y postvida.

Un párrafo reseña el principio de especialidad de la violencia contra la mujer:

Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”²⁰⁴.

203 *Ibid.*, párr. 332.

204 Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro v. Perú” (2006), par. 223.

C. CASO “GONZÁLEZ Y OTRAS ‘CAMPO ALGODONERO’ V. MÉXICO” (2009)

En el caso “Campillo Algodonero v. México” de 2009, la Corte IDH condenó al Estado de México por la desaparición y muerte de tres mujeres de Ciudad Juárez. Sus cadáveres fueron encontrados en un campo algodonero de esa ciudad en 2001.

Es un caso sumamente trascendente, pues la Corte IDH desarrolla en él conceptos relativos a la existencia de patrones sistémicos o estructurales de violencia contra las mujeres. En este sentido, la Corte IDH sostiene:

Del expediente del presente caso se desprenden ciertos datos en referencia a la existencia de un patrón de conductas estatales hacia familiares de mujeres víctimas de violencia en Ciudad Juárez que consistían en tratos despectivos e irrespetuosos y hasta agresivos cuando intentaban obtener información sobre las investigaciones, que además generaban en la mayoría de los casos desconfianza y temor, por lo que no denunciaban los hechos²⁰⁵.

La Corte Interamericana fijó en el caso una serie de pautas vinculadas al juzgamiento de hechos de violencia hacia la mujer.

Es en Campo Algodonero que la Corte IDH introduce por primera vez el concepto de “femicidio” para referirse al “homicidio de mujer por razones de género”. Se establecieron pautas relativas a las investigaciones y procesos en estos casos. Se señaló la importancia de las actividades probatorias y de la agilidad del proceso.

Campo Algodonero también es sensible a la afectación de los familiares de las víctimas de violencia.

D. CASO “MASACRE DE LAS DOS ERRES V. GUATEMALA”

En 2009, la Corte IDH condenó a Guatemala por la falta de debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la

205 Corte IDH, *Campo Algodonero v. México* (2009), par. 435.

masacre de 251 habitantes del parcelamiento de Las Dos Erres, ejecutada por miembros del grupo especializado de las fuerzas armadas de Guatemala denominados *kaibiles* en los primeros días de diciembre de 1982. En el parcelamiento había mujeres que fueron sometidas a violencia sexual, torturadas y maltratadas antes de ser, en muchos casos, ejecutadas.

La Corte Interamericana vinculó en el fallo la violencia contra la mujer con la dignidad humana, al establecer como hecho probado que “[l]a violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”²⁰⁶.

Por otro lado, la afectación a la dignidad viene no solo de los abusos sexuales a las víctimas, sino también de abortos inducidos a las mujeres: “En el caso de Las Dos Erres, las mujeres embarazadas fueron víctimas de abortos inducidos y otros actos de barbarie (supra párr. 79 a 81)”²⁰⁷.

En este caso, la Corte resalta que la oficiosidad cobra una importancia mayor en el marco de la debida diligencia en cuestiones de género:

... el Estado debió iniciar ex officio y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva de todos los hechos de la masacre relacionados con la vulneración de la vida, así como respecto a otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como las supuestas torturas y actos de violencia contra la mujer con una perspectiva de género, y de conformidad con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, y las obligaciones específicas dispuestas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura y 7.b) de la Convención Belém do Pará²⁰⁸.

206 Corte IDH, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009), par. 139.

207 *Ibid.*

208 *Ibid.*, par. 141.

E. CASO “ROSENDO CANTÚ Y OTRA VS. MÉXICO” (2010)

Valentina Rosendo Cantú, una mujer adolescente de 17 años perteneciente a la comunidad indígena me'phaa, fue agredida por 8 militares que la interrogaron, golpearon y abusaron sexualmente. En 2010, la Corte IDH condenó a México por estos hechos, en virtud de la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de esos hechos, y por las consecuencias que ello tuvo no solo en la víctima sino también en su hija y en el resto de su familia. Se analizaron especialmente las dificultades de los grupos para acceder a la justicia y a los servicios de salud.

El caso trata, entre otras cosas, sobre la violencia institucional. En el párrafo 71, la Corte IDH dice:

Entre las formas de violencia que afectan a las mujeres en el estado de Guerrero se encuentra la “violencia institucional castrense”. (...) De acuerdo con la Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero “[l]as mujeres indígenas siguen padeciendo las consecuencias de una estructura patriarcal ciega a la equidad de género, especialmente en instancias como fuerzas armadas o policiales, donde se les entrena para la defensa, el combate o el ataque a criminales, pero no se les sensibiliza en los derechos humanos de la comunidad y de las mujeres”. En este contexto, entre 1997 y 2004 se presentaron seis denuncias de violaciones sexuales a mujeres indígenas atribuidas a miembros del Ejército en el estado de Guerrero, las cuales fueron conocidas por la jurisdicción militar sin que conste que en alguno de esos casos se hubiera sancionado a los responsables²⁰⁹.

En el párrafo 108, la Corte IDH recuerda que la violencia es una forma de afectación de la dignidad:

209 Corte IDH (2010), “Caso Rosendo Cantú vs. México”, párr. 71.

Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”²¹⁰.

En este caso, la Corte equipara violencia sexual a tortura (párr. 114): “La Corte considera que, en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre”²¹¹. La tortura se caracteriza por

... elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos²¹².

Este caso es importante también porque resalta la transmisibilidad del miedo. Al referirse a los padecimientos de la hija de la Sra. Rosendo Cantú, especifica esta transmisibilidad del miedo a partir de los estereotipos humillantes que transmite la violación:

Los representantes indicaron que, como consecuencia de la violación sexual sufrida por la señora Rosendo Cantú, su hija ha sido víctima de graves daños emocionales que no ha podido superar. Sostuvieron que la violación sexual estuvo dirigida a enviar un mensaje de dominación y poder arraigado en los estereotipos de género²¹³.

210 *Ibid.*, párr. 108.

211 *Ibid.*, párr. 117.

212 *Ibid.*, párr. 118.

213 *Ibid.*, párr. 134.

En cuanto a la investigación, es uno de los casos en los que la Corte desarrolla la evitación de la revictimización:

La Corte destaca que, en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido²¹⁴.

Por último, es un caso que aporta para el desarrollo del acceso a justicia. En el caso, el idioma fue una barrera:

La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia²¹⁵.

Entre otras cosas, señaló que en 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 diligencia reforzada por parte del Estado de prevenir y erradicar a violencia contra las mujeres y de sancionar para brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.

F. CASO “GELMAN VS. URUGUAY” (2011)

En el caso “Gelman vs. Uruguay”, la Corte IDH condenó al Estado uruguayo por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman en 1976, y por la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García, que nació en cautiverio.

214 *Ibid.*, párr. 180.

215 *Ibid.*, párr. 85.

El caso tiene interés en relación con su análisis de la violencia, en virtud de la consideración de la perspectiva de vulnerabilidad. La vulnerabilidad como perspectiva supone empatía con las condiciones especiales de la víctima. No parte de categorías o interseccionalidad, sino de la empatía con la persona, sus circunstancias personales únicas.

La Corte deposita su mirada en el cuerpo de la mujer. El cuerpo es la superficie de la vulnerabilidad. Es la marca de la finitud, de la juventud, del envejecimiento y del deterioro, de la salud y de la enfermedad, es una dimensión expuesta que trasunta al interior y comprende una comprensión de sí mismo y de la identidad. Estrictamente, la Corte ya se había sensibilizado con el cuerpo en el Caso Miguel Castro Castro, al considerar el impacto diferenciado del pudor, de la desnudez, de la higiene, del embarazo. Sin embargo, aquí da un paso más:

El estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso. A su vez, en Argentina ya había sido separada de su esposo y luego trasladada al Uruguay sin conocer el destino de aquél, lo que en sí mismo representó un acto cruel e inhumano. Posteriormente, fue retenida en un centro clandestino de detención y torturas, a saber, el SID, donde su tratamiento diferenciado respecto de otras personas detenidas –pues estuvo separada de éstas– no se dio para cumplir una obligación especial de protección a su favor, sino para lograr la finalidad de su retención ilegal, de su traslado al Uruguay y de su eventual desaparición forzada, cual era, la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad (*infra* párrs. 106 a 116). Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Lo anterior es aún más grave si se considera,

según fue señalado, que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños ocurridos en el marco de la Operación Cóndor²¹⁶.

La Corte habla de la instrumentalización del cuerpo de la mujer. Del cuerpo de la mujer que se usa para obtener un hijo y darle lactancia y luego entregar el hijo a otros. Roza las temáticas de entrega directa de niños para adopción o los acuerdos de maternidad subrogada, en donde el cuerpo de la mujer se instrumentaliza para producir hijos que serán para otros. Esa instrumentalización, mediatización del cuerpo, es la que recibe condena.

Inteligentemente, la Corte apunta a que un cuerpo instrumentalizado no es libre. Y es sabido que las condiciones de comercialización del cuerpo de la mujer suelen ser bajo condiciones de decisión desiguales, cuando menos. El razonamiento de la Corte, al acentuar la libertad, evoca su contrario: la esclavitud, la subyugación, el paso de la mujer de su condición de sujeto de derechos a que su cuerpo sea objeto de derechos.

G. CASO “ARTAVIA MURILLO Y OTROS (‘FECUNDACIÓN IN VITRO’) VS. COSTA RICA” (2012)

La Corte IDH estableció en 2012 la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por las afectaciones generadas a un grupo de personas con motivo de la prohibición absoluta de practicar la fecundación *in vitro* del año 2000.

Esta prohibición derivaba de la obligación de protección de la vida humana desde la concepción, que era una cláusula constitucional. Frente a un decreto del Ministerio de Salud que admitía la práctica de la fecundación *in vitro* en Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia prohibió la práctica, entre otras cuestiones, basada en que la técnica FIV implicaba una elevada pérdida de embriones, lo que significaba un claro atentado contra el derecho fundamental a la vida.

216 Corte IDH (2011), Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 97.

En el balance de proporcionalidad entre el derecho a formar una familia y el derecho de todo ser humano a que su vida sea protegida desde la concepción, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consideró más esencial el derecho a la vida desde la concepción. La Corte IDH alcanza el balance inverso: en el balance entre los derechos en juego, prioriza el derecho a la autodeterminación reproductiva.

En este punto, y para mejor entender el fallo, es necesario aclarar que, invariablemente, toda práctica de reproducción humana asistida supone procesos de selección y descarte de embriones por vía de protocolos que incluyen la detección y descarte de embriones que tienen patologías genéticas (p. ej., síndrome de Down o fibrosis quística), pero también de los que evolucionan en forma más lenta²¹⁷ o tienen una morfología irregular²¹⁸. La selección puede ser con o sin diagnóstico preimplantatorio²¹⁹. El diagnóstico preimplantatorio consiste en extraer por medio de una biopsia algunas células del blastocito y analizarlas para detectar posibles patologías. Hoy en día, estos procesos en algunos casos se tercerizan por vía algorítmica, lo cual trae nuevos problemas de sesgo al derecho antidiscriminatorio²²⁰.

La Corte IDH consideró que Costa Rica vulneró derechos fundamentales a la vida privada y familiar, a la integridad personal en relación con la

217 Kovacs, P, "Embryo selection: the role of time-lapse monitoring". *Reprod Biol Endocrinol* 12, 124 (2014), <https://doi.org/10.1186/1477-7827-12-124>.

218 Ver, p. ej., Kodama, K., Fukuda, J., Karube, H., Matsui, T., Shimizu, Y., Tasdemir, M., Tasdemir, I., Tnaka, T., "Prospective evaluation of simple morphological criteria for embryo selection in double embryo transfer cycles". *Human Reproduction*, Vol. 10, Issue 11, 1 November 1995, pp. 2999-3003, <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.humrep.a135836>.

219 Capalbo, A., Romanelli, V., Cimadomo, D. et al., "Implementing PGD/PGD-A in IVF clinics: considerations for the best laboratory approach and management". *J Assist Reprod Genet* 33, pp. 1279-1286 (2016), <https://doi.org/10.1007/s10815-016-0768-3>.

220 Kragh, M.F., Karstoft, H. "Embryo selection with artificial intelligence: how to evaluate and compare methods?". *J Assist Reprod Genet* 38, pp. 1675-1689 (2021), <https://doi.org/10.1007/s10815-021-02254-6>.

autonomía personal, a formar una familia y decidir la forma de su constitución, a la salud sexual, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico de las víctimas. La ponderación se realiza en el párrafo 314 de fallo y es una inversión de la perspectiva. Si antes se miraban los demás derechos desde el prisma del derecho a la vida (fundamento de los demás), en este fallo la Corte pondera el derecho a la vida desde el prisma de la libertad personal de los adultos a fundar una familia:

Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica²²¹.

Este párrafo es clave, porque permite entender la lógica del razonamiento de la Corte IDH. Se ha sostenido que este fallo es interesante para estudiar algunas formas de razonamiento de la Corte IDH²²². Aquí es necesario hacer una digresión, ya que la protección de la vida está en el corazón de los derechos protegidos al momento de referirse a la violencia. Cabe preguntarse cuán transparente es el hecho de que siempre, para cada mujer que acuda a realizarse la práctica de fecundación asistida, algunos de los embriones que se concibian serán descartados sin su consentimiento y con criterios que ella

221 Corte IDH (2012), Caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, párr. 314.

222 Patl, A., “Decision-making Process Of The Inter-American Court: An Analysis Prompted By The ‘In Vitro Fertilization’ Case”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 21:1, pp. 87 y ss.

casi siempre desconoce, y que no se someten a su acuerdo. Como veremos al hablar de violencia obstétrica, la falta de consentimiento es considerada una forma de violencia. En este caso, se da por prácticas empresarias, desreguladas o con insuficiente control por parte del Estado. Más allá del debate sobre el comienzo de la existencia, este fallo es igualmente polémico por la falta de tratamiento de un aspecto esencial a la libertad, que es el gozne sobre el cuál se apoya la decisión de limitar los efectos de la protección de la vida. La decisión acarrea un tratamiento insuficiente de estos aspectos relacionados con la libertad, y que, como se advierte al tratar sobre la violencia obstétrica, constituyen una forma de violencia.

Este fallo tiene también interesantes abordajes sobre el impacto de la maternidad en la mujer y de las técnicas de reproducción asistida en el cuerpo de la mujer. La Corte IDH tiene algunos párrafos sumamente interesantes acerca de la violencia contra la mujer que involucran estas prácticas. El párrafo 296 se refiere específicamente a los estereotipos y el impacto desproporcionado que estos causan en la mujer:

La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo. Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, existe una brecha de género con respecto a la salud sexual y reproductiva, por cuanto las enfermedades relacionadas con la salud sexual y reproductiva tienen el impacto en aproximadamente el 20% entre las mujeres y el 14% de los hombres²²³.

223 Corte IDH (2012), Caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, párr. 296.

Para la Corte, el estereotipo que define a la mujer por su maternidad siembra las raíces de la violencia, la estigmatización e incluso el ostracismo. Si no hubiera tanta presión social para que la mujer sea madre, la mujer no se vería impelida a someterse a tratamientos que muchas veces son sumamente agresivos con su cuerpo y cuyo fracaso la sume en angustia y desesperación. En el párrafo 299, desarrolla esta idea:

Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas²²⁴.

Desde luego que una afirmación de este género podría hacer pensar que la Corte se enrola en los estereotipos que critica. La Corte se defiende de esta interpretación afirmando que está haciendo un uso descriptivo y no prescriptivo de los estereotipos:

La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional²²⁵.

H. CASO “GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR” (2015)

En el caso Gonzales Lluy, la Corte IDH condena al Estado de Ecuador por la afectación a la vida digna e integridad personal de Talía Gonzales Lluy, derivada del contagio con VIH tras una transfusión de sangre que se le realizó el 22 de

224 *Ibid.*, párr. 299.

225 *Ibid.*, párr. 302.

junio de 1998 cuando tenía tres años de edad, proveniente del Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay, porque el Estado incumplió su rol de supervisión de los servicios de salud y por no garantizar el derecho a no ser discriminado. Efectivamente, Talía fue expulsada de un centro educativo por ser portadora del virus VIH y su madre Teresa fue despedida del trabajo por la misma razón.

La Corte implementa, para la resolución del caso, un análisis de interseccionalidad que involucra el concepto de violencia derivada de la discriminación:

La Corte nota que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. En ese sentido, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que “la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres”. En el caso de las mujeres con VIH/SIDA la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas, sus opciones e interacciones (sobre todo en relación a su sexualidad, deseos y comportamientos)²²⁶.

El agravamiento de la vulnerabilidad de Talía y de su madre surgió de la multiplicidad de factores que interactuaban entre sí en detrimento de su integración social.

226 Corte IDH (2015), Caso González Lluy vs. Ecuador, párr. 288.

I. CASO “VELÁSQUEZ PAIZ Y OTROS VS. GUATEMALA” (2015)

La Corte IDH condenó al Estado de Guatemala por la violación del deber de garantizar el derecho a la vida e integridad personal en perjuicio de Claudina Isabel Velásquez Paiz, una mujer de 19 años que en 2005 fue abusada sexualmente y asesinada.

El caso Velásquez Paiz elabora el deber de prevenir la violencia. Refiere acciones recomendadas por organismos internacionales incumplidas por el gobierno de Guatemala.

También refiere los deberes relativos a la investigación y búsqueda de las víctimas en caso de desaparición:

La Corte ha considerado reiteradamente que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que estas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido²²⁷.

Adviértase que mientras el deber internacional abarca prevención primaria (antes de que suceda), secundaria (una vez que sucedió) y terciaria (evitación de la repetición y seguimiento), los Estados solamente cumplen –a veces– con el deber de prevención secundaria. De hecho, en este fallo la Corte solo condena por incumplimiento de ese género de prevención, sin insistir en la primaria y la terciaria.

227 Corte IDH (2015), Caso “Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, párr. 122.

Otro tema que recorre el fallo es el deber de investigar y sancionar la violencia de oficio, cualquiera sea su tipo, inclusive la violencia sexual. Este es un deber incumplido por el derecho interno de la Argentina:

Asimismo, en su artículo 7.c obliga a los Estados Partes a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer. En estos casos, las autoridades estatales deben iniciar, *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual. De tal modo que 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 protección²²⁸.

Por otra parte, el fallo Velásquez Paiz es conocido por atacar los estereotipos justificativos de la violencia, y el deber estatal de eliminación:

La Corte reconoce, visibiliza y rechaza el estereotipo de género por el cual en los casos de violencia contra la mujer las víctimas son asimiladas al perfil de una pandillera y/o una prostituta y/o una “cualquiera”, y no se consideran lo suficientemente importantes como para ser investigados, haciendo además a la mujer responsable o merecedora de haber sido atacada. En este sentido, rechaza toda práctica estatal mediante la cual se justifica la violencia contra la mujer y se le culpabiliza de esta, toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición y/o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer. Consecuentemente, la Corte considera que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de

228 *Ibid.*, párr. 145.

los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos donde se presenten²²⁹.

J. CASO “V.R.P., V.P.C. Y OTROS VS. NICARAGUA” (2018)

En el presente caso, la Corte IDH condenó al Estado por el abuso sexual reiterado de un padre, por falta de respuesta estatal. El Estado se convirtió así en un segundo agresor en virtud de la violencia institucional. Son víctimas también la madre de V.R.P. (V. P. C.), su hermana y hermano.

La Corte desarrolla el argumento de la violencia institucional como una forma de revictimización de las víctimas:

En este caso, el Estado requirió que la niña se sometiera a diversos exámenes médicos de manera innecesaria, fuera entrevistada para que contara lo sucedido en diversas ocasiones, participara en la reconstrucción de los hechos haciéndola revivir momentos sumamente traumizantes, entre otros actos analizados anteriormente. Además, el actuar del médico forense fue discriminatorio, al no considerar el derecho de V.R.P. a ser oída y a brindar su consentimiento, cuando se negó a someterse al primer examen médico. El médico culpabilizó a la niña ante su negativa de someterse al examen. Todo ello, sumado a la falta de atención integral a la víctima, aumentó el trauma sufrido, mantuvo presente el estrés postraumático e impidió la recuperación y rehabilitación de la niña, cuyo impacto perdura en su integridad personal hasta la actualidad. En consecuencia, la Corte estima que la forma en la que fue conducida la investigación por la violación sexual de V.R.P. fue discriminatoria y no fue llevada a cabo con una perspectiva de género y de protección reforzada de los derechos de las niñas, de acuerdo con las obligaciones especiales impuestas por el artículo 19 de la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará²³⁰.

229 *Ibid.*, párr. 183.

230 Corte IDH (2018), Caso “V.P.C., V.R.P. y otros vs. Nicaragua”, párr. 295.

Por eso la Corte entiende que el Estado es un “segundo agresor” y que la niña sufrió una “doble violencia”.

K. OTROS FALLOS RELEVANTES

Existen otros fallos relevantes de la Corte IDH en materia de violencia: por una parte, los vinculados a la violencia obstétrica, que se tratan en el capítulo respectivo; por otra, otros fallos que trabajan trascendentemente sobre temas parcialmente abordados aquí. Así, vale la pena mencionar los casos “Fernández Ortega y otros vs. México” (2010), “J. vs. Perú” (2013), “Veliz Franco y otros vs. Guatemala” (2014), “Espinoza González vs. Perú” (2014), “Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala” (2017), “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador” (2020), entre otros.

15. Derecho de daños. Resarcimiento. Daño psicológico. Daño moral. Tasa de interés

La Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, con fecha 02/09/21, en autos caratulados “P. S. S. c/ B. C. F. s/ Daños y Perjuicios”, resolvió hacer lugar parcialmente a las quejas vertidas por la parte actora y en virtud de esto elevar las sumas fijadas en primera instancia en concepto de daño moral y daño psicológico, y modificar asimismo el cómputo para los intereses correspondientes desde la fecha establecida en el decisorio de la jueza *a quo* hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco Nación Argentina para todos los rubros concedidos.

Llegó a este decisorio luego de la apelación realizada por la actora del proceso, quien se agravia de la sentencia de primera instancia por considerar bajos los montos allí fijados, y quien promovió demanda de daños y perjuicios contra el Sr. B. por los daños ocasionados por violencia física, emocional, psicológica, económica y los distintos padecimientos que dijo haber sufrido.

Para profundizar

Barros, Rosario I., “El acceso a la justicia para las mujeres de los pueblos originarios de la provincia del Chaco”, en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial El Derecho, 2022, p. 3 y ss. Cita: ED-MMMI-557.

Basset, Ursula C., “Derecho a la integridad personal. Violencia doméstica contra la mujer en el ámbito internacional y regional”, en Basset, Ursula C., Santiago, Alfonso, *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2022, t. 2, p. 155 y ss.

Mizrahi, Mauricio L., “La violencia familiar y las relaciones parento-filiales”, *La Ley* 29/06/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/1856/2021.

Ortiz, Diego Oscar, “La vulnerabilidad como criterio de interpretación en las medidas sobre procedimiento de violencia familiar”, *La Ley*, 29/07/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/2123/2021.



Manuela Sancho

Abogada (UCA). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Profesora de Derecho de Familia (UCA, UBA). Investigadora en los proyectos de investigación “Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer” y “Modelos explicativos de la violencia” de la Facultad de Derecho (UCA).



Rosario Inés Barros

Abogada (UCA – título en trámite). Becaria de investigación (UCA). Proyectos de investigación “Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer” y “Modelos explicativos de la violencia” de la Facultad de Derecho UCA.

CAPÍTULO 5

Violencia obstétrica

Mercedes Ales Uría
Gabriela Mariana Villán

1. Una introducción

Hablar de violencia obstétrica es hablar de salud, es hablar de equidad, de protección de la infancia y de trato digno hacia la mujer. Hablamos de salud porque un parto vivenciado como un evento traumático tiene tres veces más chances de desencadenar depresión puerperal en la mujer. También, porque la medicalización excesiva del proceso de nacimiento lleva a tasas de cesárea que triplican los índices recomendados por la OMS, lo cual redunda en condicionamientos en la salud reproductiva y futuro obstétrico de las mujeres. A la vez, los niños y niñas nacidos por cesárea presentan un 40% más de chances de desarrollar asma y alergias alimentarias, de acuerdo con investigaciones llevadas a cabo en nuestro país. La lactancia, como derecho del niño y de la madre, es estadísticamente más difícil de sostener cuando la vivencia del nacimiento ha significado una experiencia negativa para la mujer.

Los servicios de salud en materia de obstetricia poseen la particularidad de que sus usuarias pertenecen al sexo femenino en exclusividad. Es por ello que negar un pleno acceso a la información, someter a malos tratos, decidir en lugar del paciente, en esta rama particular, implica, profundamente, una negación de la dignidad de la mujer en cuanto tal y en cuanto paciente. Y es someter al recién nacido a que su primera experiencia vital sea impregnada por la violencia, la falta de empatía y la subordinación.

En Argentina, el término “violencia obstétrica” ha sido acuñado por la Ley de Parto Respetado N° 25.929 en el año 2004 y posteriormente reforzado

por la Ley de Protección Integral de las Mujeres contra Actos de Violencia N° 26.485. La Ley de Parto Respetado fue reglamentada más de diez años después de su sanción, mediante el Decreto 2035/2015. Este marco legal viene a dar nombre a una realidad social y cultural que, alarmantemente, y según datos aportados por la propia sociedad civil, toca a cientos de miles de mujeres, niños y familias, sin distinción de ámbitos de atención de salud –público o privado–, ingresos o condición sociocultural.

A pesar de la existencia de la Ley de Parto Respetado desde hace casi veinte años, Argentina no es la excepción en cuanto a la ausencia de precedentes judiciales relacionados con la violencia obstétrica. Más allá de las actuaciones administrativas reseñadas, son prácticamente nulos los supuestos en los que los tribunales se han abocado al tratamiento de la cuestión, y menos desde el ángulo de la reparación del daño.

Sin embargo, existen algunos incipientes ejemplos en el camino al reconocimiento de la existencia de la violencia obstétrica como una categoría jurídicamente relevante en términos de reparación. A su vez, también se verifican algunos casos aislados en los que se ha consagrado, preliminarmente, la posibilidad de dejar sin efecto la autonomía de la mujer paciente en aras de reconocer la prevalencia del criterio médico.

En primer lugar se hará una caracterización del fenómeno con una sucinta relación de las normas jurídicas aplicables. Luego se procederá a exponer la realidad fáctica jurídica en Argentina hasta el momento. En tercer lugar, se desarrollarán casos jurisprudenciales que sentaron precedente en nuestro país y en el ámbito internacional. Por último, se hará una conclusión que incluya todo lo expuesto en el presente capítulo.

2. La violencia obstétrica: presentación

Conforme la Ley 25.929, se define la “violencia obstétrica” como aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres. Esta se expresa en: (i) un trato deshumanizado, (ii)

patologización de los procesos naturales y (iii) negación de autonomía (de conformidad con la Ley 25.929 de Parto Respetado y Decreto Reglamentario), ya sea que se presenten de forma simultánea o alterna. En otras palabras, podemos señalar como notas distintivas:

1. La existencia de un tipo de violencia propia, exclusiva y excluyente que parte de la estereotipación, asignación de roles y generación de relaciones de dominación negadoras de la dignidad y autonomía de la víctima en cuanto persona (violencia de género). Vale recordar que cuando la Ley 25.929 usa el término “género” se refiere muy probablemente a una construcción cultural, y ha sido definido como

el conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres [...] La cultura marca a los sexos con el género y el género marca la percepción de todo lo demás: lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano²³¹.

Por eso, el género se entiende, en este ámbito, como una categoría transdisciplinaria, que desarrolla un enfoque globalizador y se construye sobre roles y funciones atribuidos a hombres y mujeres en una sociedad de un lugar y una época determinados. Un abordaje sustancialmente distinto al que vimos en los primeros capítulos de esta obra, según surge del derecho internacional de los derechos humanos.

231 Lamas, M., “La perspectiva de género”, en *Revista de Educación y Cultura*, <http://www.latarea.com.mex>. La violencia por motivos de género es una práctica estructural que viola los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Las conductas que la configuran implican:

- a. Disposición ilegítima de la voluntad y corporeidad de la persona involucrada²³², como la patologización de procesos fisiológicos naturales y normales o el abuso de procedimientos médicos. Ello se realiza, en la mayoría de los casos, en ausencia de un consentimiento auténticamente libre e informado por parte de la paciente/gestante, a quien no se informa de lo que sucede con su propio cuerpo o bien se le presenta la situación de forma sesgada, sin explicar adecuadamente si se encuentra dentro de los parámetros de la normalidad. En general, la compulsa de los protocolos oficiales y pautas médicas de consejos profesionales y la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) evidencia un consuetudinario apartamiento en la práctica médica obstétrica de instituciones públicas y privadas de las conductas médicas que poseen respaldo objetivo científico y son calificadas como “recomendadas”. Ejemplos claros de esto son las episiotomías de rutina, que en algunos países alcanzan a casi 9 de diez primigestas, o la realización de tactos vaginales en intervalos sustancialmente menores a los recomendados, con riesgo, inclusive, de generar infección en la gestante.
- b. Abuso verbal, psicológico o moral (el físico caería dentro de lo descripto anteriormente): quedan incluidos los malos tratos, humillaciones, deshumanización, separación del entorno de confianza o intervención innecesaria en el vínculo de apego entre madre y recién nacido²³³.

232 Para el abordaje desde el derecho penal, se recomienda el trabajo de Montiel, J. P., “Violencia obstétrica como disposición ilegítima del cuerpo de la parturienta”, en Kudlich, H., Montiel, J. P. et al. (coords.), *Cuestiones actuales del derecho penal médico*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 57-80.

233 Como parte de una atención libre de violencia a los procesos de gestación, parto y posparto, se incluyen derechos que no solamente hacen a la mujer, sino también a sus hijos. Entre ellos se encuentran la no injerencia en el primer contacto entre madre e hijo y la posibilidad de iniciar la lactancia temprana, en consonancia con la opinión médica unánime de que esto es favorable al neonato tanto a nivel físico como emocional.

- c. Patologización de los procesos fisiológicos: se presenta como una situación de riesgo de salud aquello que no lo es, apartándose incluso de los protocolos nacionales e internacionales de atención al embarazo y parto. Esto conlleva, en la mayoría de las situaciones, una acentuada sensación de vulnerabilidad en el paciente, que implica mayor sometimiento al discurso médico.

Algunas pocas iniciativas desde la sociedad civil dan cuenta en cifras de este escenario. Así, cabe destacar los informes del Observatorio de Violencia Obstétrica (agrupación Las Casildas²³⁴), los relevamientos elaborados por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, Observatorio de Igualdad de Género²³⁵, las estadísticas elaboradas por la CONSAVIG²³⁶ y los informes de la OMS sobre la discordancia entre las cifras propuestas como razonables por esta organización internacional y otros cuerpos médicos colegiados del exterior para la realización de prácticas médicas de corrección o ayuda al parto y lo censado en Argentina²³⁷. Desde el Ministerio de Salud, el diagnóstico es el mismo, y se señalan casos de instituciones en las que la tasa de nacimientos por cesárea –para dar un ejemplo– alcanza al 80% de los casos²³⁸. Las de-

234 Véase: <https://lascasildas.com.ar/proyectos.html>, informe publicado en <https://drive.google.com/file/d/0B-ucL20WyuYRYTRZWThPcWVyY1U/view> correspondiente al año 2015. El informe de seguimiento fue presentado en el Congreso de la Nación Argentina en abril de 2019.

235 Disponible en: <http://genero.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/7/2018/06/Violencia-Obst%C3%A9trica-2018.pdf>.

236 Pueden consultarse en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/datos_violencia_obst_trica_2017.pdf (datos a 2017).

237 “Epidemia de cesáreas”, advierte en su último informe sobre epidemiología la Organización Mundial de la Salud (OMS). Y coloca a nuestro país entre los que tienen una de las mayores tasas de cesáreas. Aquí, el porcentaje de cirugías duplica lo indicado por la OMS. Mientras que el organismo sostiene que no existe ninguna evidencia científica para que las cesáreas representen más del 15% de los partos, en Argentina esa tasa es del 30,9%, un porcentaje que en el sector privado puede alcanzar hasta 67%. La tendencia se mantiene en aumento desde hace cinco años, a pesar de todas las recomendaciones de la OMS. Es decir que los niños argentinos que llegan al mundo por parto natural empiezan a ser una minoría.

238 https://www.clarin.com/sociedad/epidemia-cesareas-practican-recomienda-oms_0_NywmgRIEW.html.

nuncias recibidas son mayores en el ámbito privado (duplican las denuncias realizadas contra instituciones públicas) y las causas de denuncia, según porcentaje de incidencia, son: (i) trato deshumanizado; (ii) falta de información; y (iii) medicalización o patologización del proceso²³⁹.

3. Marco legal aplicable

La caracterización legal de la violencia obstétrica encuentra un marco positivo en tres naciones iberoamericanas: Argentina, Venezuela y México. Venezuela la definió como un tipo de violencia de género en el artículo 15 (numeral 13) de la “Ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”²⁴⁰. Si bien Argentina fue el primer país en normar sobre el tema, Venezuela fue la primera nación en conferirle la categoría de tipo penal a esta forma de violencia de género y sirvió como modelo para otros países de la región²⁴¹. Esta norma fue promulgada el 19 de marzo de 2007 y posee rango de ley orgánica que, conforme el ordenamiento jurídico venezolano, la convierte en norma de estricto cumplimiento desde su publicación, sin posibilidad de esgrimir su desconocimiento²⁴².

239 Según datos recopilados por la CONSAVIG en el informe referido en nota al pie 236.

240 Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, en <http://www.fiscalia.gov.ve/leyes/10-LEYDERECHOMUJER.pdf>.

241 Acerca de la notable paradoja que se da en la región latinoamericana entre el ensalzamiento tradicional del rol materno y el maltrato a la parturienta, véase la columna “Latin America Claims to Love Its Mothers. Why Does It Abuse Them? How the region became home to an epidemic of obstetric violence”, de la periodista Vanessa Barbara, publicada el 11 de marzo de 2019 en *The New York Times*, disponible en: <https://www.nytimes.com/2019/03/11/opinion/latin-america-obstetric-violence.html>.

242 El artículo 1 del Código Civil: “La Ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique.” En su artículo 2º establece que: “La ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento”. Y más adelante, en su artículo 5º, se lee: “La renuncia de las leyes en general no surte efecto”. Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Venezuela. Caracas, lunes 26 de julio de 1982. Número 2.990 Extraordinario.

En México se han llevado adelante iniciativas destinadas a dar un marco legal a la violencia obstétrica. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en México (2014) la define como aquella violencia ejercida por las y los profesionales de la salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres. Es un tipo de violencia invisibilizada, que las mujeres padecen y sienten. No obstante el carácter federal de dicho país, pueden relevarse algunas normas nacionales y locales que ayudan a brindar una respuesta legislativa al problema. En el plano nacional, se puede invocar la Ley General de Salud de 1984 y la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del 2006, así como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del 2007²⁴³. Respecto a la violencia obstétrica, es importante señalar que, si bien la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia no la incluye en sus definiciones, las leyes locales de Chiapas, Guanajuato, Durango y Veracruz sí la han contemplado.

En Argentina, más allá de la tríada de normas compuesta por la Ley de Derechos del Paciente, Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, y Ley de Parto Humanizado, no debe olvidarse que existe un andamiaje legal que acompaña estas normas²⁴⁴. En el ordenamiento jurídico nacional existen diversas referencias normativas que sostienen el tratamiento de la violencia obstétrica como una conducta con relevancia jurídica en el campo de los derechos humanos, el derecho privado de daños y de familia. Esto en razón de que afecta de manera directa determinados derechos de la mujer, del niño y del grupo familiar.

243 En el nivel estatal, el estado de Oaxaca contempla la igualdad de la mujer en su Constitución Política del Estado Libre y Soberano de 1922; en la Ley Estatal de Salud de 1994; la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres para el Estado de Oaxaca del 2009; la Ley Estatal de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia de Género también del 2009; y la Ley para Atender, Prevenir y Eliminar la Discriminación en el Estado de Oaxaca del 2013.

244 Borges, M. T. R., "A Violent Birth: Reframing Coerced Procedures During Childbirth as Obstetric Violence", *Duke Law Journal*, 2018, 67, pp. 827-862.

A. DERECHO SUPRACONSTITUCIONAL

Al tratarse de un aspecto eminentemente vinculado con la pertenencia al género femenino y la violencia que sobre el cuerpo de la mujer se ejerce en razón de capacidades biológicas propias de su sexo, es de referencia el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW son sus siglas en inglés)²⁴⁵. En consonancia con ello, la Recomendación General N° 24 de CEDAW especifica y provee lineamientos en materia de salud en general y salud reproductiva, en particular, propios de la mujer²⁴⁶.

Puesto que en el contexto de atención a la gestación y parto, junto con la mujer, es protagonista indiscutido el hijo o hija por nacer o recién nacido, es de aplicación la Convención de los Derechos del Niño del año 1989. En concreto, los artículos 3 (interés superior del niño y respeto de los derechos de sus progenitores)²⁴⁷, artículo 5 (responsabilidades y derechos de los pa-

245 Artículo 12: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

246 El texto de la Recomendación General 24 puede consultarse en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN24.

247 Artículo 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

(...)

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

dres)²⁴⁸, artículo 9, inciso 1 (derecho a no ser separado de sus padres)²⁴⁹ y artículo 24 (derecho a la salud del niño y a la adecuada atención pre y posnatal de la madre)²⁵⁰, entre los de aplicación más directa.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

248 Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

249 Artículo 9: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

250 Artículo 24: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la

B. DERECHO CONSTITUCIONAL

La Constitución nacional hace referencias precisas a la protección de la situación vital del proceso de gestación y parto. Así, el artículo 75, inciso 23, pregonó que el Congreso tiene, entre sus especiales misiones constitucionales, la de

...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 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. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

En otras palabras, señala a la mujer como colectivo merecedor de especial tutela constitucional y, en la situación de embarazo, parto y lactancia, como una categoría vulnerable que debe ser protegida por la acción integral del Estado.

A manera de refuerzo, se pueden citar los tratados internacionales en materia de derechos humanos con jerarquía constitucional, enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la carta magna nacional y los derechos implícitos que menciona el artículo 33. Estos en todo aquello que hace alusión a

lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños". (El resaltado me pertenece).

la igualdad real de personas, sin distinción –entre otros– por razón de sexo, condición social o elecciones de vida, la protección integral de la familia y la prevención de todo trato cruel, inhumano o degradante.

C. DERECHO NACIONAL INFRACONSTITUCIONAL

En relación con la situación de la mujer –y también del menor no nacido o recién nacido– mientras cursa un embarazo, parto y posparto, es de aplicación, en todo el campo médico sanitario, la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529. Esta norma plasma, formalizando, los principios bioéticos que asisten a toda persona en la materia que concierne a su tratamiento médico, como así también en el campo preventivo y de preservación de la salud. Entre sus principios rectores encontramos el de autonomía del paciente, del cual las denominadas “directivas anticipadas” son una clara aplicación (art. 60 del CCCN).

Llevado al campo específico de la ginecoobstetricia y la atención perinatal, la Ley de Parto Respetado N° 25.929 constituye la norma guía. Aunque algunos pueden considerar su contenido como programático, sirve para plasmar determinados consensos en materia del respeto de la diáda madre e hijo (inclusive la tríada cuando se considera a la pareja de la gestante) en el proceso de nacimiento²⁵¹. El Decreto 2035 del año 2015 fue su norma reglamentaria.

251 Vale citar a la Dra. María Cristina Perceval, en su trabajo “Ley 25.929: Derechos durante el proceso de nacimiento”, ADLA 2004-E, 6584: “... en 1985, la Organización Mundial de la Salud organizó en Fortaleza, Brasil, las reuniones iniciales en vistas a favor de la transformación del modelo de atención, a través de múltiples iniciativas para ‘humanizar’ la atención del parto, rescatar el protagonismo de la mujer y su familia y transformar las maternidades en instituciones centradas en la familia, entre otros principios. Las Recomendaciones sobre el Nacimiento enunciadas en esta Declaración de Fortaleza (Tecnología Apropriada para el Parto, 1985) declaran que ‘toda mujer tiene derecho a una atención prenatal adecuada y un papel central en todos los aspectos de dicha atención, incluyendo la participación en la planificación, ejecución y evaluación de la atención. Los factores sociales, emocionales y psicológicos son fundamentales para comprender la manera de prestar una atención perinatal adecuada’. Las mujeres tienen el derecho de elegir en qué posición quieren parir; pueden moverse, hablar, cantar, gritar, o hacer lo que tengan ganas durante el trabajo de parto. Como así también, elegir quién es la persona que quieren que las acompañe en el

Con posterioridad se dictó en Argentina la Ley de Protección Integral de las Mujeres contra Actos de Violencia N° 26.485. Esta norma contempla distintos tipos de violencia de las que pueden ser víctimas las mujeres. Una de ellas es la violencia contra la libertad reproductiva, que vulnera el derecho a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, y su marco regulatorio es la Ley N° 25.673, que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Otra forma de violencia prevista en aquella ley es la violencia obstétrica, que se constituye frente a la violación del derecho que tiene la mujer a un parto digno²⁵².

Por otra parte, en el campo del derecho privado, el Código Civil y Comercial de la Nación provee amplio margen para trabajar el tema, tanto desde la óptica de la persona y su dignidad como desde el ángulo de los derechos personalísimos. Así, serán de cita ineludible el artículo 51 (“Inviolabilidad de la persona humana”) y el artículo 52 (“Afectaciones a la dignidad”). También los artículos 55, 56, 59 y 60, en cuanto al campo de la autonomía de la voluntad, el consentimiento informado y disposición sobre el propio cuerpo. Asimismo, en el campo del derecho de familia, la responsabilidad parental en la tutela del hijo por nacer o recién nacido. Y, sin lugar

alumbramiento. Tienen derecho a no cumplir con normas institucionales arbitrarias, a elegir si alguien asistirá el parto, a estar a solas si lo prefieren, a no ser objeto pedagógico, a no ser mutiladas ni maltratadas, a estar con su bebé desde el primer minuto si es que no hay complicaciones. Y, fundamentalmente, a ser respetadas. Esos y otros principios, aprobados y difundidos por la OMS, fueron ratificados por el Ministerio de Salud de la Nación en la ya enunciada Guía para la Atención del Parto Normal en Maternidades Centradas en la Familia (Res. 647/2003), en el marco del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica; destinada a los equipos de salud de las provincias, municipios y/o instituciones, tanto públicas como privadas, para adaptarlas a cada realidad local y desarrollar las propias Normas de Atención”.

252 Casas, L. J., “Impacto de las leyes dictadas en la última década en la Argentina respecto a la salud sexual y la salud reproductiva”, DJ16/09/2015, 12, cita online: AR/DOC/1614/2015.

a dudas, el régimen general de la responsabilidad por daños, en particular lo que hace a la afectación de los derechos personalísimos y las dimensiones morales y psicológicas del ser humano (arts. 1737, 1738, 1740 y 1741 Código Civil y Comercial de la Nación).

4. Sanciones frente a la violencia obstétrica

Aunque, como se señaló en las secciones anteriores, la violencia obstétrica posee relevancia jurídica y se manifiesta en consecuencias dañinas para la gestante, el hijo y la familia, el articulado de la Ley de Parto Respetado no prevé sanciones pecuniarias ni disciplinarias en caso de verificarse cualquiera de las conductas señaladas como disvaliosas por la norma. Tampoco lo hace el decreto reglamentario. Se enumeran derechos y lineamientos para su concreción, pero no se hace un desarrollo de la posibilidad de sancionar o reparar.

En el ámbito administrativo, es destacable la labor llevada a cabo por la Defensoría del Pueblo de la Nación. Esta labor se puede desdoblar en dos: (i) conminaciones previas ante denuncias de amenazas y de conductas que violan los derechos reconocidos en la Ley de Parto Respetado; y (ii) admoniciones o llamados de atención, dirigidos a las instituciones sanitarias, en las que se insta a implementar el respeto por los parámetros de atención respetuosa y centradas en la mujer y familia²⁵³. Asimismo, se dirigieron exhortaciones por violencia obstétrica a diferentes instituciones públicas y privadas en todo

253 Recuperado de <http://www.dpn.gob.ar/programa-parto-respetado.php>.

el territorio nacional²⁵⁴. También se dan similares acciones al nivel de la provincia de Buenos Aires²⁵⁵ y CABA²⁵⁶.

En cuanto a la efectividad de las obligaciones derivadas del marco normativo protectorio de las gestantes y sus familias en la situación de embarazo, parto y puerperio, el campo judicial no es fértil. Al día de la fecha existen pocos procesos judicializados y con sentencia en Argentina. De estos procesos, más escasos son los que aplican algún tipo de sanción económica o valorable en dinero.

No obstante el panorama anterior, el propio artículo 6 de la Ley de Parto Respetado indica:

El incumplimiento de las obligaciones emergentes de la presente ley, por parte de las obras sociales y entidades de medicina prepaga, como así también el incumplimiento por parte de los profesionales de la salud y

254 Conforme la información disponible en el sitio oficial del Defensor del Pueblo de la Nación (<http://www.dpn.gob.ar/resoluciones.php?idS=7&pagN=3>), a la fecha 16 de julio de 2019 se encuentran publicadas las siguientes medidas administrativas por denuncias de violencia obstétrica: Resolución N° 43/18. Presunta violencia obstétrica en el Hospital Público Materno Infantil de la ciudad de Salta (<http://www.dpn.gob.ar/articulo.php?id=31366&pagN=1>); Resolución N° 37/18. Presunta violencia obstétrica en el Hospital Alemán (<http://www.dpn.gob.ar/articulo.php?id=31339&pagN=1>); Resolución N° 96/17. Denuncia a la Clínica Bazterrica por violencia obstétrica (http://www.dpn.gob.ar/documentos/20171110_31199_557107.pdf); Resolución N° 45/17. Exhortación a la Clínica y Maternidad del Sol de la ciudad de Córdoba por violencia obstétrica (<http://www.dpn.gob.ar/articulo.php?id=31146&pagN=2>); Resolución N° 41/17. Exhortación a la Dirección del Hospital Regional de Ushuaia por violencia obstétrica (<http://www.dpn.gob.ar/articulo.php?id=31151&pagN=2>); Resolución N° 22/17. Exhortación al Sanatorio Otamendi y Miroli por violencia obstétrica (<http://www.dpn.gob.ar/articulo.php?id=31150&pagN=2>); Resolución N° 39/17. Exhortación a Dirección del Hospital Municipal Héctor D'Agnillo de Marcos Paz por violencia obstétrica (<http://www.dpn.gob.ar/articulo.php?id=31147&pagN=2>).

255 Recuperado de <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/ovg/pdfs/Modelo-de-Entrevista-Ingreso-de-casos-por-situaciones-de-Violencia-Obstetrica.pdf>.

256 <http://genero.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/7/2018/06/Violencia-Obst%C3%A9trica-2018.pdf>

sus colaboradores y de las instituciones en que éstos presten servicios, será considerado falta grave a los fines sancionatorios, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder.

En el mismo sentido, el artículo 21 de la Ley de Derechos del Paciente hace referencia a "... la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder" debido a los incumplimientos por parte de los profesionales. Lo que se vuelve a observar en la Ley de Protección Integral de las Mujeres contra Actos de Violencia, en su artículo 35, donde se estipula que "... la parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia".

Todo lo anterior nos reconduce a un régimen común de reclamo por daños. Sin embargo, la particularidad de la violencia obstétrica reside no solo en las circunstancias vitales transitorias y relativamente acotadas en el tiempo en las que puede producirse (embarazo y parto), sino también en que no debe confundirse con una conducta lesiva ordinaria o común a otras ramas de la medicina²⁵⁷. Esto porque el seguimiento obstétrico, si bien tiene en común con todo acto médico que se realiza sobre la corporeidad del paciente, se diferencia en que es un campo de la medicina atravesado por la significación vital que el proceso tiene para la persona que lo transita. Y también porque esa persona solamente puede atravesarlo –puede ser paciente– en razón de su condición de mujer.

Solamente una mujer puede ser paciente obstétrico, y los procesos que la obstetricia acompaña son de singular trascendencia vital, emocional y sexual. A su vez, en la decisión sobre aspectos médicos que conciernen a su cuerpo, la mujer toma decisiones sobre la persona por nacer de su hijo.

257 Acerca de las particularidades que la obstetricia presenta incluso dentro del régimen de mala praxis médica, pueden consultarse los concisos trabajos de Palomero, Silvia E., "Aspectos periciales de la mala praxis obstétrica", DJ2004-2, 457 - RCyS2004, 415; y Barbado, Patricia B., "Responsabilidad médica por mala praxis en la atención de los partos", cita online: 0003/011005. También Urrutia, A. R., Urrutia, C. A., Urrutia, D. M., Urrutia, G. A., *Responsabilidad médica legal de los obstetras*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1996.

5. Análisis jurisprudencial

Diversos factores psicológicos, sociales y culturales se yerguen en obstáculos para que las víctimas de violencia obstétrica sean conscientes de los daños padecidos. Los problemas que se encuentran en la raíz de la existencia de esta modalidad de violencia de género obstan a que se tome conciencia de su existencia: estereotipos en torno a la actitud del paciente; construcciones culturales en torno al evento del nacimiento; patrones de silenciamiento; la misma vulnerabilidad emocional y psicológica que el proceso de gestación, parto y puerperio implica naturalmente. Todo ello lleva a que exista un escaso cuestionamiento o pedido de información al personal médico, así como a colocar a la gestante en el lugar de quien no debe vocalizar quejas si ha obtenido un “bebé sano” como resultado.

Sin embargo, tanto en el derecho comparado como en nuestro país han existido casos en que la mujer ha recurrido a la justicia para solicitar de un modo u otro la reparación del daño ocasionado por la violencia padecida. Esto sin contar la jurisprudencia del ámbito administrativo que se encuentra en las resoluciones de las Defensorías del Pueblo, CONSAVIG y organismos especializados.

La normativa aplicable en la materia habilita la solicitud de reparación del daño. Para ello será necesario tener particularmente claro que existen:

- (1) daños producidos por prácticas desaconsejadas con presencia de violencia obstétrica;
- (2) daños producidos por prácticas desaconsejadas sin mediar violencia;
- (3) daños producidos por prácticas médicaamente necesarias pero llevadas a cabo en un contexto de violencia; y
- (4) daños producidos por intervenciones innecesarias pero consentidas de manera viciada.

Además de una vulneración de la salud de la persona embarazada, también se le genera un daño psicológico, físico y espiritual y se produce una

violación a sus derechos personalísimos, su integridad personal, su salud psicofísica y sus afecciones espirituales legítimas (art. 1738 CCCN) y, por lo tanto, a su dignidad personal. Específicamente, este principio de no dañar se encuentra inserto y regulado en la Ley de Parto Humanizado (Ley 25.929), en la que se estipula el deber de respeto a la paciente embarazada antes, durante y después del parto, como así también el deber de brindar una atención adecuada de la salud a la misma.

Al mismo tiempo, la persona recién nacida tiene derecho a ser tratada en forma respetuosa y digna, y a que sus padres reciban adecuado asesoramiento e información sobre los cuidados para su crecimiento y desarrollo. La familia de la persona recién nacida en situación de riesgo tiene derecho a recibir información comprensible, suficiente y continuada, en un ambiente adecuado, sobre el proceso o evolución de la salud de su hijo o hija, incluyendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento²⁵⁸.

A. JURISPRUDENCIA ÁMBITO INTERAMERICANO

“I.V. v. Bolivia”, Caso N° 12.655 contra el Estado de Bolivia, Sentencia del 30/11/2016

Es importante traer de resalto la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el consentimiento informado, particularmente en el campo ginecológico y obstétrico, de acuerdo con el fallo “I. V. v. Bolivia”²⁵⁹, que afirmó:

258 Recuperado de <https://redbioetica.com.ar/parto-humanizado/>.

259 Caso N° 12.655 contra el Estado de Bolivia, sentencia del 30/11/2016. Véase el análisis de Basset, Ursula C., “El consentimiento informado en el ámbito reproductivo: la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un fallo de notables implicancias”, *Sup. Const.* 2018 (julio), 05/07/2018, 9 - LA LEY2018-C, 561 - DFyP 2018 (agosto), 03/08/2018, 141 - RCyS2018-X, 3. Como bien resume la autora, el caso trata de una mujer refugiada de nacionalidad peruana que es trasladada al hospital de La Paz y, en virtud de complicaciones con su embarazo, se le practica una cesárea y posteriormente una ligadura de trompas que la esteriliza irreversiblemente. Algunos datos a tener en cuenta:

- Durante la cesárea, los médicos intervinientes advierten que existen adherencias en el segmento inferior del útero y, teniendo en consideración los datos de la historia clínica

La Corte IDH entiende que el consentimiento de la mujer en temas que involucran su capacidad reproductiva pueden ponerla en jaque, mucho más que en cualquier otra temática, y que los asuntos referidos al engendramiento colocan a la mujer en el entrecruzamiento de una pluralidad de poderes, y que la mujer puede ser objeto de presiones para tomar decisiones relativas a su capacidad reproductiva incluso por intereses que abusan de su vulnerabilidad o cargan sobre ellas el peso de evitar la natalidad.

En esta misma línea, puede leerse en el fallo que las decisiones relativas a la maternidad “... forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”. Por consiguiente, la decisión de ser o no ser madre o padre pertenece a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familiar. La decisión de procrear o no procrear es una decisión en la que convergen los arts. 11.2. y el art. 17.2 del Pacto de San José de Costa Rica. La Corte entiende que todo lo referido a la salud sexual y reproductiva tiene especiales

... implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de

de la paciente, deciden ligar las trompas de Falopio.

- El esposo de la Sra. I. V. firma la autorización previa a la cirugía, rotulada como “autorización familiar para cirugía o tratamiento especial”, aunque referida al procedimiento quirúrgico de la cesárea.

- Se procuró requerir del esposo un segundo consentimiento específico para la práctica durante el parto, pero el esposo no pudo ser localizado.

- La Sra. I. V. no firmó formulario alguno, pese a que tuvo una hora y media de espera.

- Los médicos refieren que, durante la intervención cesárea, dado que la mujer tenía anestesia epidural y estaba consciente, se le demandó oralmente el consentimiento y que ella estuvo de acuerdo en que se le practicara la esterilización irreversible. I. V. niega rotundamente haber prestado ese consentimiento oral. Su versión es que uno de los médicos intervenientes le explicó al día siguiente que se le había practicado una esterilización y que la posibilidad de tener hijos en el futuro quedaría coartada. Los testigos de la sala de operaciones (¿lógicamente?) confirman la versión del médico, de que la paciente consintió oralmente a la ligadura de trompas.

embarazo y parto. Se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación²⁶⁰.

Va de suyo que la decisión acerca de la maternidad implica no solamente la elección de asumirla libremente, sino también la forma en que esa maternidad será llevada adelante: así como la mujer debería tener la elección de cuántos hijos tener (y con qué método planificar su familia), también debería tener la opción de elegir cómo traerlos al mundo. Y, al igual que con la salud reproductiva en materia de anticoncepción, debería hacerlo sobre la base de información médica adecuada y veraz y conforme a su estado de salud. En este sentido, podemos trazar una conexión con el caso Dubská y Krejzová c. República Checa, del 15 de noviembre de 2016²⁶¹ de la CEDH.

La Corte IDH señala que el consentimiento de una mujer, en tanto paciente obstétrico y ginecológico, posee particularidades que deben tenerse en cuenta²⁶²:

a. Temporalidad: el consentimiento en materia reproductiva (esto incluye aspectos de ginecología, cuidados preconcepcionales, anticoncepción, cuidados en el embarazo, parto y postparto) debe ser –excepto en el caso de urgencias reales– recabado con anterioridad a la práctica en cuestión. Es decir, ser previo. Esto significa que la mujer debe poder consentir antes de la práctica, pero también debe tener suficiente tiempo para evaluar la situación. El paciente deberá tener un plazo razonable de reflexión, el cual podrá variar según las condiciones del caso y las circunstancias de las personas. El consentimiento debe poder ser revocado por cualquier motivo, sin que ello entrañe desventaja o perjuicio alguno, incluso solo de manera verbal, ya que no es definitivo.

260 Caso “I.V. c. Bolivia”, párrafo 157.

261 Sentencia de la Gran Sala, Applications nos. 28859/11 and 28473/12.

262 Se sigue aquí a Basset, U. C., *op. cit.*

- b. Personalizado y dialógico: significa que "... sólo ella será la persona facultada para brindar el consentimiento, y no terceras personas, por lo que no se deberá solicitar autorización de la pareja ni de ninguna otra persona [para la esterilización]"²⁶³. El médico deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente, como su cultura, religión, estilos de vida y nivel de educación. Es decir que la información brindada tendrá elementos objetivos y subjetivos. Desde luego que en situaciones graves y urgentes, en que la mujer esté imposibilitada de consentir, aplican otras reglas, según el derecho interno de que se trate.
- c. Vulnerabilidad propia del embarazo y parto: para que el consentimiento sea libre, la mujer no debe encontrarse en situaciones "... de estrés y vulnerabilidad, inter alia, como durante o inmediatamente después del parto o la cesárea". La Corte hace así referencia a la Guía de la OMS para la atención al parto, en la que se especifica que no es conveniente que la mujer opte por la esterilización "... mientras se encontrara en labor de parto, recibiendo sedantes o atravesando una situación difícil antes, durante o después de un incidente o tratamiento relacionado con el embarazo". La inmediación de embarazos difíciles o situaciones de estrés o vulnerabilidad embargan la libertad de la mujer y hacen mermar la libertad del consentimiento. Esto es particularmente aplicable a aquellos procedimientos que no son la respuesta de emergencia ante una crisis o evento impredecible, sino que son programados y planificados (puede tratarse de métodos anticonceptivos, elección de vía de nacimiento, opción por alternativas de manejo del dolor durante el trabajo de parto, libertad de movimiento y de posición para parir, corte de cordón umbilical, acompañamiento durante las entrevistas pre natales y parto, ligadura de trompas, etc.).

263 La Corte, sin embargo, señala que "... si bien la decisión de esterilización puede tomarse en pareja, ello no implica que se exija la autorización del esposo". Es decir, si bien el control de la natalidad es, idealmente, un aspecto que cada pareja debe abordar en condiciones de igualdad de decisión, no puede haber por este motivo elección de un tercero sobre el cuerpo de quien deberá, en definitiva, implementar el método anticonceptivo de elección.

d. Estereotipos de género y poder: deben evitarse estereotipos de género en la generación y obtención del consentimiento. El médico debe brindar información “... objetiva, no manipulada o inductiva, evitando generar temor en el paciente, porque ello podría implicar que el consentimiento no fuera libre”²⁶⁴. Es muy interesante la referencia a las razones discriminatorias en el acceso a la salud, por diferencias en relaciones de poder (respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico) o por la existencia de vulnerabilidades adicionales o estereotipos de género. Raza, discapacidad, posición socioeconómica no pueden ser el fundamento para limitar la libre elección de la paciente²⁶⁵.

e. Bajos recursos y control de natalidad como política sanitaria: la Corte resalta que es trascendental evitar que el personal médico induzca a mujeres de bajos recursos o niveles bajos de educación “... bajo el pretexto de que la medida es necesaria como medio de control de población y natalidad”²⁶⁶.

f. Plenitud del consentimiento y consentimiento como proceso: la plenitud del consentimiento exige haber recibido previamente información “adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible” y “luego de haberla entendido cabalmente”. El contenido de esa información debe versar sobre: la evaluación de diagnóstico, el objetivo terapéutico, el método propuesto, duración probable, beneficios y riesgos esperados, posibles efectos desfavorables, alternativas –incluso las menos intrusivas–, dolor o malestar derivados, consecuencias durante y después. Se resalta

264 *Ibid.*, párrafo 184.

265 Véase el siguiente estudio que analiza las chances de éxito de un parto vaginal después de cesárea en Estados Unidos según segmentación de raza o pertenencia étnica: Edmonds, J. K., Hawkins, S. S., & Cohen, B. B. (2016). “Variation in Vaginal Birth After Cesarean by Maternal Race and Detailed Ethnicity”. *Maternal and Child Health Journal*, 20(6), 1114-1123, <https://doi.org/10.1007/s10995-015-1897-5>.

266 *Ibid.*, párr. 188.

que el consentimiento no es un acto aislado, sino el resultado de un proceso comunicacional que debe ser imparcial para salvar la autonomía y los derechos de la paciente. La autonomía no surge del aislamiento, sino de la integración del paciente a la decisión.

g. Prueba de la existencia del consentimiento: la prueba de la existencia debe documentarse o registrarse formalmente en algún instrumento. No es suficiente un testimonio del personal médico. Ni, agregamos, debería ser suficiente un formulario preimpreso y firmado por un tercero. Idealmente, la formación del consentimiento debe plasmarse en la historia clínica. Es decir, este documento debe reflejar en la mayor extensión posible la información brindada, las peculiaridades del paciente, las manifestaciones que esta haya efectuado en las consultas, sus preferencias, temores, factores de riesgo. Y debe asegurarse que la historia clínica –y el consentimiento que en ella consta– no sea adulterada, destruida o sustraída.

B. JURISPRUDENCIA EUROPEA

Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha pronunciado expresamente acerca de la violencia obstétrica, existen antecedentes jurisprudenciales que atan directamente al tema. No debe olvidarse que en la configuración de la violencia obstétrica confluyen aspectos vinculados con la autonomía de la paciente, los derechos reproductivos, la igualdad en el trato a la mujer y la dignidad humana. Esencialmente, los casos han versado sobre la interpretación de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A continuación se exponen algunos aspectos puntuales abordados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación de distintos derechos involucrados en el proceso de gestación y nacimiento.

“Ternovszky c. Hungría, TEDH. Sentencia del 14 de diciembre de 2010”

La primera vez que el TEDH analizó la cuestión del parto planificado en domicilio fue en el precedente Ternovszky c. Hungría²⁶⁷. La demandante, Sra. Ternovszky, pretendía dar a luz en su casa, en vez de en un hospital o en una casa de partos, pero alegó que no había podido hacerlo porque los profesionales sanitarios se negaban a asistirla dado que corrían serio riesgo de castigos legales, incluyendo penas de multa o arresto. La demandante alegó que la legislación húngara la colocaba en la posición de no poder ejercer su autonomía y derecho a la privacidad, en los términos del artículo 8 del CEDH, al serle en los hechos imposible parir con asistencia médica en su hogar. Sostuvo, además, que dicha elección no significaba un riesgo mayor para su salud o la de su hijo por nacer, al estar avalada, bajo ciertas circunstancias, en evidencia médica.

Al considerar lo alegado por las partes, el TEDH entendió que el concepto de vida privada es amplio y abarca, entre muchos, aspectos y elecciones que hacen a la identidad física y social del individuo, incluyendo su derecho a la autonomía personal, desarrollo de su personalidad y relaciones con otras personas y la sociedad²⁶⁸. Entre estas elecciones que conforman la personalidad e individualidad se encuentra la decisión de elegir ser o no ser padres²⁶⁹. La libertad individual exige, en alguna medida, la libertad de ejercer estas elecciones. La noción de autonomía personal es un principio fundamental y que sostiene la arquitectura del artículo 8 CEDH. Por ende, si bajo dicho artículo se encuadra el derecho a convertirse en padre o madre, también se encierran las decisiones relativas a cómo hacerlo.

Siguiendo esta línea de razonamiento, el TEDH entendió que era innegable que la elección de las circunstancias de dar a luz forma parte de la esfera

267 Aplicación 67545/09, sentencia del 14 de diciembre de 2010.

268 “Pretty v. the United Kingdom”, no. 2346/02, § 62, ECHR 2002-III.

269 “Evans v. the United Kingdom” [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV.

de privacidad, autonomía y libertad que protege la CEDH. Dentro de estas elecciones encuentra cabida la decisión de planificar un parto domiciliario, pero esta decisión debe ser realizable y no impedida por la imposibilidad de contar con asistencia médica profesional.

Siguiendo el análisis de las opciones en materia de elección del parto y autonomía de la mujer, el TEDH se pronunció en la sentencia de la Gran Sala, “Dubská y Krejzová c. República Checa”, del 15 de noviembre de 2016²⁷⁰. En este caso, el TEDH recordó que el parto en casa está admitido en veinte de los Estados miembros del CEDH (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Macedonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Reino Unido, Suecia y Suiza), si bien no con carácter absoluto sino condicionado al respeto de determinadas indicaciones médicas. En otros 23 Estados (entre ellos España, Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Georgia, Lituania, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Portugal, Rumanía, Rusia, San Marino, Serbia, Turquía y Ucrania), ese tipo de partos no está regulado expresamente o no lo está de manera detallada, pero tampoco está prohibido con carácter general. Es decir, que en el espacio geopolítico europeo no habría consenso en torno a la prohibición de esta práctica.

El pronunciamiento de la Gran Sala acumuló dos demandas promovidas por dos ciudadanas checas que habían dado a luz a sus hijos en el espacio físico de su hogar. La primera había sido interpuesta por una madre de dos hijos que, en esencia, se quejaba de que las leyes checas le habían hecho imposible dar a luz en casa. La demandante había dado a luz a su primer descendiente sin ninguna complicación en un contexto hospitalario. A raíz de ciertas conductas del personal médico y auxiliar que le habían resultado hostiles e innecesarias, había optado por parir en su casa. Entre las cuestiones que mencionaba en su demanda, indicaba que, después del nacimiento, el personal médico del hospital la había urgido a seguir un tratamiento médico que

270 Sentencia de la Gran Sala, Applications nos. 28859/11 and 28473/12.

ella consideraba innecesario. Además, había pasado más tiempo separada de su hija/o del que hubiera querido, y no recibió el alta tan pronto como ella deseaba. Debido a estas dificultades, decidió dar a luz en casa cuando estaba embarazada de su segundo bebé. No obstante, y tal como el Estado ratificó en su presentación, las licenciadas en obstetricia o matronas solamente estaban habilitadas para brindar sus servicios en el espacio físico de una clínica u hospital y ningún seguro de salud cubría los gastos de honorarios médicos por atención de un parto planificado en domicilio. La demandante dio a luz a su segundo bebé en casa sin ninguna asistencia profesional. En su comprensión, haberse visto obligada a parir sin asistencia médica había constituido una grave violación a su derecho al respeto de la vida privada.

La segunda demandante había dado a luz a dos hijos en casa con la asistencia de matronas licenciadas en obstetricia. Las matronas habían actuado sin autorización del Estado. Su decisión se había basado en la imposibilidad de encontrar un hospital o clínica que aceptase y garantizase el cumplimiento de su voluntad en el sentido de parir sin intervenciones que carecieran de fundamentación fáctica y necesidad médica. Cuando la demandante estaba embarazada de su tercer hijo, decidió dar a luz en casa otra vez. Sin embargo, no fue capaz de encontrar una matrona que quisiera asistirla a causa de las fuertes multas que podían ser impuestas a las personas que prestaran asistencia médica sin autorización.

En la República Checa, solo un pequeño número de mujeres da a luz en casa²⁷¹. Los colegios de médicos creen que los nacimientos en casa son pe-

271 A nivel interno, la República Checa había llevado a cabo una discusión en torno a la regulación de los partos planificados en domicilio. En ella habían participado representantes de asociaciones médicas, de colegios de obstétricas, del Ministerio de Salud, de las compañías aseguradoras de salud y del Ministerio de Derechos Humanos. Las asociaciones médicas se negaron a discutir el asunto con los demás convocados considerando que no había necesidad de introducir cambios. El Consejo Gubernamental para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres solicitó al gobierno nacional que se eliminase toda forma de restricción y discriminación hacia las mujeres en la forma de obstáculos al ejercicio de su autonomía y vida privada al elegir la forma de dar a luz y el espacio en donde hacerlo.

ligrosos y consideran que no cumplen los estándares profesionales. Las recomendaciones hechas por el Ministerio de Salud establecen que los recién nacidos deberían permanecer en el hospital, como norma, hasta las 72 horas después del nacimiento, aunque se permite el egreso antes con manifestación del representante legal del neonato y bajo su responsabilidad. De acuerdo con las estadísticas, la República Checa está entre los países de Europa con menores tasas de mortalidad. Aunque la legislación interna permitiría el procesamiento penal de las obstétricas que atiendan partos domiciliarios, la República Checa manifestó que únicamente han sido perseguidas en sede penal aquellas licenciadas que han llevado adelante asistencias contrarias a la buena praxis.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la cuestión planteada en ambos casos era atinente al alcance del artículo 8 de la CEDH. Esta disposición protege tanto la vida familiar como la vida privada. Se clarificó que la cuestión no era si el derecho a la vida privada incluía el derecho a dar a luz en casa, sino si el derecho a la vida privada incluía el derecho de cada mujer a decidir por sí misma las circunstancias y el modo en las cuales quería dar a luz. Retomando la doctrina Odièvre c. Francia, el TEDH aclaró que "... el nacimiento, en particular las circunstancias en que un niño nace, forma parte de la vida privada del niño y del adulto, tal como son garantizadas por el artículo 8 de la CEDH". Por ello mismo, si bien el artículo 8 no

... puede ser interpretado en el sentido de conferir un derecho a dar a luz en el domicilio como tal, el hecho de que sea imposible en la práctica que una mujer sea asistida mientras pare en su domicilio, sí cae dentro del alcance de su derecho al respeto de la vida privada y, en concordancia del artículo 8. En verdad, dar a luz es un momento único y delicado en la vida de una mujer. Comprende cuestiones de integridad física y moral, cuidados médicos, derechos reproductivos y la protección de la información relativa a la salud. Estas cuestiones, incluyendo la elección del lugar de nacimiento, están por lo tanto, fundamentalmente vinculadas a la vida

privada de la mujer y caen dentro del alcance de ese concepto a los fines del artículo 8 de la CEDH²⁷².

El Tribunal reiteró su jurisprudencia sobre que la vida privada es un concepto amplio que incluye la autonomía personal. Estableció que dar a luz tiene implicaciones para la integridad física y psicológica de la madre y que constituye un aspecto muy íntimo de su vida privada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos volvió entonces a la cuestión de si la interferencia, en la forma de impedir a las gestantes escoger dentro de los parámetros médicos de embarazo de bajo riesgo, parir con asistencia profesional en la intimidad de sus hogares (artículo 8, par. 2, CEDH), era necesaria en una sociedad democrática. Señaló que no había consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa en relación con el nacimiento en casa y los cuidados durante y después del parto²⁷³. Además, la regulación en este campo requería de nu-

272 La traducción es propia y se corresponde a las secciones 162 y 163 de la Sentencia: 162. “The Grand Chamber confirms that the concept of ‘private life’ is a broad one (see paragraph 73 of the Chamber judgment). It reiterates in this connection that in the case of Odièvre v. France [GC], no. 42326/98, § 29, ECHR 2003-III) the Court held that ‘birth, and in particular the circumstances in which a child is born, forms part of a child’s, and subsequently the adult’s, private life guaranteed by Article 8 of the Convention’. Moreover, in the case of Ternovszky, cited above, § 22, it held that ‘the circumstances of giving birth incontestably form part of one’s private life for the purposes of this provision’. 163. The Court finds that while Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to give birth at home as such, the fact that it is impossible in practice for women to be assisted when giving birth in their private home comes within the scope of their right to respect for their private life and accordingly of Article 8. Indeed, giving birth is a unique and delicate moment in a woman’s life. It encompasses issues of physical and moral integrity, medical care, reproductive health and the protection of healthrelated information. These issues, including the choice of the place of birth, are therefore fundamentally linked to the woman’s private life and fall within the scope of that concept for the purposes of Article 8 of the Convention.

273 Del original: “In the light of these considerations, the Court takes the view that the margin of appreciation to be afforded to the national authorities in the present case must be a wide one, while not being unlimited. The Court must indeed supervise whether, having regard to that margin of appreciation, the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved”.

merosos datos científicos y de asesoramiento experto. Dado que los Estados miembros estaban en mejor situación para obtenerlos, tenían un gran margen de apreciación en esta área. Es decir que existe un margen amplio para los Estados, pero que esa amplitud no equivale a prohibición. Por otra parte, se debe tener en cuenta que la prohibición en todo caso significaría una restricción muy fuerte y una interferencia con los derechos ya considerados que asisten a mujeres y familias. Se estableció que la legislación sobre cuidados sanitarios durante el nacimiento tendría que respetar los derechos de la madre, teniendo muy en cuenta también los intereses de los recién nacidos.

Como conclusión general, el TEDH declara que la mayoría de los estudios de investigación presentados no sugieren que exista un mayor riesgo en los partos domiciliarios en comparación con los partos en un hospital, pero solo si se cumplen ciertas condiciones previas: en primer lugar, los partos domiciliarios únicamente serían aceptables en caso de embarazos de “bajo riesgo” en segundo lugar, deben ser atendidos por una matrona cualificada que sea capaz de detectar cualquier complicación durante un parto y remitir a la mujer de parto a un hospital si fuera necesario; en tercer lugar, se debe asegurar el traslado de la madre y el niño al hospital dentro de un período muy corto de tiempo.

Previamente, ese mismo Tribunal había dicho que “las condiciones en que uno da vida son innegablemente parte integral del derecho a la vida privada de una persona”.

Tal como señala el art. 56 del CCyC argentino, en primer lugar, toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la ley. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no solo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por

el paciente. No obstante, y en segundo lugar, se pueden llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica o existe una afectación de derechos de terceros, entre los que se incluyen los de la persona no nacida.

“Konovalova c. Rusia, TEDH, sentencia del 9 de octubre de 2014”

No pocas denuncias se realizan en materia de violencia obstétrica refiriéndose al uso no autorizado o ni siquiera consultado de la experiencia de parto –ya sea por vía vaginal o por cesárea abdominal– para fines docentes. En este sentido, existen numerosos testimonios de mujeres que indican que se les han realizado tactos para entrenamiento de residentes médicos o bien el uso de fórceps con fines educativos. Este tema fue planteado ante el TEDH en el caso de Konovalova c. Rusia²⁷⁴.

La demandante ingresó en un hospital público de cara al nacimiento de su hija/hijo. En el momento de la admisión, se le entregó un folleto en el que se advertía a los pacientes acerca de su posible participación en el programa de formación clínica del hospital. La demandante padecía complicaciones en su embarazo y, en dos ocasiones diferentes, se le indujo el sueño con drogas porque sufría fatiga. Ella alega que fue informada, antes de ser sedada, de que su parto estaba programado para el día siguiente y que sería atendida por estudiantes de medicina. El parto tuvo lugar, como estaba programado, en presencia de doctores y estudiantes que habían sido informados sobre su salud y su tratamiento médico. Según la demandante, ella se había opuesto a la presencia de los estudiantes en la sala de partos. Los tribunales nacionales desestimaron la acción civil de la demandante, esencialmente con los argumentos de que la legislación no requiere el consentimiento escrito de la paciente para que los estudiantes puedan estar presentes en el momento del

274 Aplicación número 37873/04, sentencia del 9 de octubre de 2014.

parto. La demandante había recibido una copia de un folleto del hospital, que contenía y expresaba la advertencia de la posible presencia de estudiantes de medicina, y no había evidencia de que ella hubiera manifestado en ese momento ninguna objeción.

El Tribunal señaló que el concepto de vida privada se extiende, entre otros aspectos, a la integridad física, “ya que el cuerpo de una persona es el aspecto más íntimo de su vida privada y la intervención médica, incluso si es de poca importancia, constituye una interferencia con este derecho”.²⁷⁵ En este sentido, el TEDH consideró que la presencia de estudiantes durante el proceso de parto de la actora y el acceso por parte de estas personas a la historia clínica e información médica constitúa, sin lugar a dudas, una interferencia en su vida privada. En cuanto a la justificación legal de dicha interferencia, a juicio del TEDH, la mera enunciación legal de que los procedimientos médicos pueden ser objeto de estudio y enseñanza, así como el hecho de no estar contemplada la opción de objeción del paciente a dicho uso de su atención médica, era sin lugar a dudas una violación del artículo 8 CEDH en la forma de una interferencia ilegítima con la vida privada de la demandante.

“P.,C. y S. c. Reino Unido”, TEDH, sentencia del 16 de julio de 2002

Como parte de una atención libre de violencia a los procesos de gestación, parto y posparto, se incluyen derechos que no solamente hacen a la

275 La “vida privada” es un término no susceptible de definición exhaustiva. Entre otros, cubre la información referida a la identidad personal e integridad física y moral (“Von Hannover v. Alemania” (no. 2) [GC], nos. 40660/08 y 60641/08, § 95, 7 de febrero de 2012) y generalmente abarca información personal que el individuo legítimamente espera mantener fuera del conocimiento de terceros o del público en general (ver “Flinkkilä and Others v. Finlandia”, no. 25576/04, § 75, 6 de abril de 2010; “Saaristo and Others v. Finlandia”, no. 184/06, § 61, 12 de octubre de 2010; y “Ageyev v. Rusia”, no. 7075/10, § 193, 18 de abril de 2013). También incluye la decisión de ser o no ser padre o madre (véase “Evans v. Reino Unido” [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-I) y, más específicamente, el derecho a elegir las circunstancias en que se convierte en padre o madre (véase “Ternovszky v. Hungría”, no. 67545/09, § 22, 14 de diciembre de 2010).

mujer, sino también a sus hijos. Entre ellos se encuentra la no injerencia en el primer contacto entre madre e hijo y la posibilidad de iniciar la lactancia temprana en consonancia con la opinión médica unánime de que esto es favorable al neonato tanto a nivel físico como emocional.

En el precedente de *P. C. y S. c. Reino Unido*²⁷⁶, la demandante, P., era ciudadana de los Estados Unidos, se encontraba casada con C., ciudadano británico, y eran padres de la menor S., nacida en 1998. Antes de que naciera S., la demandante había tenido un hijo con una pareja anterior, cuya custodia había sido asumida por las autoridades americanas en razón de que la demandante había sido encontrada culpable de agresiones físicas contra el niño. Al nacer su segunda hija, S., la autoridad local asumió su custodia bajo una orden urgente de protección de menores, retirándola del hospital al nacer sin permitir el contacto de la madre. La niña fue puesta en situación de adoptabilidad.

Tanto la mujer como el padre de la niña alegaron que no habían tenido acceso al tribunal respecto al inicio de los procedimientos de adopción. También se quejaron de que no habían estado lo suficientemente implicados en el proceso de decisión antes del nacimiento. Asimismo, alegaron que el ofrecimiento en adopción era un proceso draconiano e irreversible, ya que no se establecía ningún mecanismo para tener un contacto directo en el futuro, lo cual constituía una interferencia con el derecho de la niña al respeto de la vida familiar con sus padres, y de ellos con ella, según el artículo 8 CEDH. También alegaron, amparados por el artículo 12, que los procedimientos habían creado una inmensa tensión en su matrimonio y que les había impedido fundar una familia.

Aunque el Tribunal asumía que había sido apropiado por parte de la autoridad local, en su función de protección de la infancia, dar los pasos para obtener una orden de protección de urgencia, la separación de un bebé de su madre durante el nacimiento requiere de una justificación excepcional. No existía tal justificación y, por lo tanto, el Tribunal concluyó que no podía verse

276 Aplicación no. 56547/00, sentencia del 16 de julio de 2002.

como “necesario en una sociedad democrática”²⁷⁷ con el propósito de proteger a la niña. Por lo tanto, había habido una violación del artículo 8 CEDH. Tal como expresó el TEDH:

La separación de un bebé de su madre durante el nacimiento requiere una justificación excepcional. Es una medida traumática para la madre y pone su salud física y mental bajo presión, y priva al recién nacido del contacto íntimo con su madre natural y, como señalaron los demandantes, de las ventajas de la lactancia materna²⁷⁸.

6. Algunas notas generales sobre la cuestión

Tal como se define normativamente, la violencia obstétrica es un tipo de violencia de género. Como tal, una de las principales formas de erradicar o al menos mitigar su incidencia es la educación. En ese sentido, el valor de las combinaciones efectuadas en sede administrativa por organismos especializados en defensa de los derechos humanos y cuestiones de género, en cuanto a la necesidad de informar a las pacientes y sus familias acerca de sus derechos, debe ser resaltado aunque son insuficientes. Asimismo, la difusión de aquellas buenas prácticas y deberes que hacen a la humanización del nacimiento y respeto por la autonomía y dignidad de las personas gestantes son medidas importantes en la prevención y erradicación.

Así, el artículo 7º de la Ley 26.485 nos indica: “Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas

277 *Ibid.*

278 Párrafo 131: “Como se indicó arriba (párrafo 116) la separación de un bebé y su madre al momento de nacimiento requiere una justificación excepcional. Es un paso que es traumático tanto para la madre y que coloca su propia salud mental y física bajo presión, y priva al recién nacido del contacto cercano con su madre natural y (...) de las ventajas de la lactancia. La remoción también privó al padre de estar cerca de su hija luego del nacimiento”.

necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones...”, entre los cuales enumera “... la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres”. En concordancia, la Ley 25.929, en sus artículos 2, 3 y 4, enfatiza el papel relevante de la información que debe brindárseles a las madres, sus parejas y los progenitores en relación con el recién nacido. Dentro de este bloque de legalidad también debe resaltarse la Ley 27.499, que indica la obligación de capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. Esta obligación rige, entonces, para todos los profesionales y auxiliares de la medicina en el ámbito público, así como también para los tribunales que, eventualmente, deban entender en materia de violencia de género.

Debe darse importancia a la educación y capacitación en materia de erradicación de la violencia obstétrica. Sin embargo, también debe atenderse a la reparación civil a raíz de los daños que causan estos abusos. Por ende, resulta de aplicación a las mismas la estructura propia del análisis del daño conforme el derecho civil.

La función del moderno derecho de daños no se limita a la reparación como única finalidad que el instituto posee en el derecho, sino que también abarca una función preventiva y punitiva²⁷⁹. En este aspecto, el Código Civil y Comercial argentino plantea, en su artículo 1710, que:

Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un

279 Venegas, P., *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 2018 pp. 8-10.

daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo²⁸⁰.

A continuación, el art. 1711 establece la acción preventiva del daño, facultando para ejercerla “... cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” a quienes, según el artículo 1712, “... acreditan un interés razonable en la prevención del daño”. Todo ello es aplicación del art. 1708 del mismo cuerpo que didácticamente plantea la existencia de una función preventiva²⁸¹.

El deber general de evitar el daño incluye la debida diligencia en abstenerse de causar activamente un daño o adoptar medidas razonables para que este no se produzca. La razonabilidad debe medirse conforme a la buena fe, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso. En otras palabras, en una medida proporcionada a la situación relativa del sujeto y el daño que se busca evitar.

Si el daño ya se ha ocasionado, pesa sobre el sujeto el deber de disminuir su magnitud o bien no agravarlo. No se trata de sinónimos, sino de actuaciones diferentes que señalan la condición del sujeto frente al actuar lesivo. Deberá disminuir la magnitud de lo ocasionado por un tercero o tomar las medidas razonables para que aquel resultado lesivo que produjo no empeore.

En materia de violencia obstétrica, resulta ejemplificador relevar las Resoluciones 85/2018 y 36/2019 de la Defensoría del Pueblo de la Nación en

280 El deber de prevención del daño ya había sido receptado por la normativa y doctrina italianas (artículo 1227 *Codice Civile*), los principios Unidroit y los principios europeos de los contratos.

281 López Herrera, E., “Responsabilidad Civil”, en Curá, J. M. (dir.) y García Villalonga, J. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado*, T. V, 2^a ed., p. 392.

materia de prevención del daño y obligaciones que competen a los efectores de salud, incluyendo obras sociales, entidades de medicina privada, instituciones de salud y, por supuesto, profesionales y auxiliares de la medicina²⁸². En ese sentido, el defensor nacional hace hincapié en la prevención del daño mediante la capacitación y educación del personal médico, pero, también, de la mujer embarazada y su familia. Esta capacitación debe incluir, también, la indicación de la normativa vigente y de las sanciones que se derivan de su incumplimiento.

Dentro del ámbito hospitalario y sanatorial, y siempre conforme lo indicado por el defensor, la capacitación no solamente incluye a los profesionales médicos, sino que también se amplía a los auxiliares y personal administrativo. En textuales palabras: "... tratar con dignidad, respeto o amabilidad a la mujer, al neonato y a su grupo familiar"²⁸³.

Acerca del alcance de los obligados, señala que, conforme el artículo 6 de la Ley 25.929, se incluye a "... obras sociales y entidades de medicina prepaga, como así (...) profesionales de la salud y sus colaboradores y de las instituciones en que estos presten servicios". Todos ellos son sujetos pasivos de sanciones y eventual responsabilidad civil y penal. El decreto reglamentario 20135/2015 indica que a los fines de comprender el artículo 6 citado, deben tomarse en cuenta las leyes 23.660 (obras sociales), 23.661 (sistema nacional de seguro de salud), 26.061 (protección integral de niños, niñas y adolescentes), 26.529 (derechos del paciente), 26.485 (protección integral de las mujeres), 26.682 (marco regulatorio de la medicina prepaga) y 26.743 (identidad de género).

Concluye el Defensor del Pueblo que la deshumanización del parto implica, inexorablemente, falta grave en los términos del artículo 6 de la Ley 25.929. Por ello, la lucha contra la violencia obstétrica implica acciones para

282 Ales Uría, M. de las M., "El daño por violencia obstétrica en la responsabilidad civil como categoría diferenciada de la mala praxis médica", *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, junio 2021, cita digital: IUSDC3288355A

283 Resolución 36/2019.

desterrarla que son, eminentemente, de naturaleza preventiva. Esas acciones competen a todo el elenco de actores mencionados en los párrafos anteriores.

De la mano con esta reflexión se yergue, entonces, la función preventiva que el Código Civil reconoce al derecho de daños y permite reflexionar sobre la responsabilidad que cabe a los actores institucionales (nosocomios públicos y privados, así como obras sociales y entidades de medicina prepaga) frente a las víctimas de violencia obstétrica. Si, tal como lo califica el Defensor del Pueblo, la violencia obstétrica “... se ha transformado en nuestro país en una epidemia que debe ser desterrada”²⁸⁴, y esta implica:

... que el parto deshumanizado contra la gestante, el neonato, y su entorno familiar, significa una violación a derechos humanos básicos: el de la mujer a dar vida en paz y el del recién nacido a abrir sus ojos, por primera vez, en un mundo sin violencia²⁸⁵.

Es importante tener en cuenta que hay un deber de prevención que surge de los artículos 1711, 1712 y 1713 del Código Civil y Comercial argentino.

Pero cuando el daño ya ha sido ocasionado, cobran plena efectividad las disposiciones referidas a su reparación de forma integral. Estos daños pueden darse tanto en la esfera de la salud pública como de la salud privada. En cada caso se deberán seguir las pautas legales para su reclamo y reparación.

El Estado se encuentra igualmente obligado a la reparación, tanto del daño ocasionado por el actuar ilícito como de aquel ocasionado por el actuar lícito. La administración de prestaciones vinculadas con la salud se encuentra dentro de esa segunda esfera, y la responsabilidad patrimonial del Estado emerge cuando sus dependientes generan un daño a los particulares. Para que surja la responsabilidad del Estado deben darse dos circunstancias: la existencia de un hecho ilícito que suceda en el ejercicio de funciones

284 Resolución 36/2019, fjs. 38.

285 *Ibid.*

que hacen a la actividad estatal y la relación de causalidad entre la función normativa y el hecho generador del daño. En este sentido, el artículo 1763 es claro en cuanto a que la actuación de los dependientes de una persona jurídica, sea de derecho público o privado, involucran la responsabilidad del ente, tanto por acciones como por omisiones en el ejercicio de las funciones.

En materia de daños ocasionados por la violencia obstétrica en el ámbito hospitalario, podemos distinguir entre aquellos daños ocasionados por una falta de prestación de servicio; por un apartamiento de los protocolos adecuados para el caso concreto; por omisión en recabar el consentimiento informado; o por malos tratos físicos o verbales que no encuadren en ninguno de los anteriores. Siguiendo lo expuesto por parte de la doctrina, parecería que en cualquiera de estos casos nos encontráramos ante una responsabilidad indirecta y objetiva por los hechos del dependiente. Ello por cuanto cualquiera de las situaciones descriptas implicaría la violación de preceptos de diferente rango, hasta llegar a disposiciones constitucionales e internacionales. En síntesis, de acuerdo con el art. 1753 del Código Civil y Comercial, el irregular o mal desempeño de los funcionarios o agentes de cualquier rango hace que el Estado se vea involucrado por vía de sus dependientes. Más todavía en los supuestos de violencia obstétrica, que son una forma de violencia de género en cuya erradicación existe un especial compromiso del Estado.

En el caso del ámbito de la salud de administración y gerenciamiento privado, la responsabilidad del sanatorio es de tipo contractual, como principio. Clínicas y sanatorios responden ante el paciente por incumplimiento del contrato de asistencia médica, en particular por medio de la aplicación de dos normas: los artículos 1756 y 1375 CCCN. Cuando la responsabilidad es contractual, que es la regla general en esta temática, ella queda comprometida por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de un contrato de asistencia médica, que enmarca o da forma a la relación médico-paciente. Este contrato posee un alto contenido de orden público, incluidas en las leyes 26.529 y 26.742 y fuera del ámbito de disposición de las partes.

El contrato de asistencia médica es un contrato multiforme, atípico, innombrado, que tiene componentes de otros contratos típicos, como el de obra o el de servicios, según el caso, y –de acuerdo con las particularidades del caso concreto– deben aplicarse las reglas de los contratos más afines o parecidos. El Código contempla este contrato en el artículo 1756 *in fine*, pero captando solamente la responsabilidad del establecimiento que tiene a su cargo personas internadas, al que se hace responder por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestos bajo su vigilancia y control.

En ambos casos, es importante tener en vista que no necesariamente un contexto de violencia obstétrica dará por resultado un daño a la salud física. E incluso existiendo un menoscabo físico (tal el caso de la realización de una episiotomía de rutina o una operación cesárea sin estricta condición médica que la requiera), será considerado como un resultado lesivo con posibilidad de resarcimiento legal en atención a la discrecionalidad que asiste al galeno y al equipo médico dentro de determinados márgenes.

El resarcimiento deberá, entonces, centrarse en otros aspectos dañinos que resulten de la interacción entre mujer y equipo médico. Concretamente, en la lesión psicológica y emocional teñida de la violencia contra la mujer y su grupo familiar (incluyendo pareja e hijo) han padecido. En este caso, son de aplicación los parámetros propios de la indemnización por daño moral y psicológico. Es decir, por aquellos efectos traumáticos, alteración de su equilibrio psíquico y restricciones emocionales que les impidan una vida satisfactoria²⁸⁶.

El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de

286 “B., M. G. y otro c. Swiss Medical SA y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J(CNCiv)(Sala J), 18/02/2014.

su capacidad de entender, querer o sentir, lo que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este, y anímicamente perjudicial²⁸⁷. Por lo demás, se debe recordar que en materia de daño moral también rige el “principio de la reparación plena”, premisa que constituye simplemente un capítulo más dentro del amplio espectro de los llamados “daños injustamente sufridos” que deben ser resarcidos²⁸⁸.

7. Conclusiones

La violencia obstétrica atraviesa aspectos vivenciales fundamentales y, también, el ejercicio de la libertad en el campo de los derechos sexuales y reproductivos y la responsabilidad parental frente al hijo por nacer e incluso ya nacido. Se trata de un fenómeno que, tristemente, posee una alta tasa de incidencia, y registra secuelas físicas y emocionales en quienes lo padecen. Existen numerosos movimientos y acciones desde la sociedad civil, e inclusive desde diferentes entes administrativos, para concientizar sobre esta problemática y sus graves consecuencias.

Argentina es un país pionero en el tratamiento legal de la materia. Existen normas supra e infraconstitucionales, así como una categoría constitucionalmente protegida: la gestante y el niño por nacer.

No obstante lo anterior, la práctica legal muestra escasos resultados en la prevención y erradicación de esta violencia. Se postula que una de las causas reside en que no ha sido factible, a la fecha, obtener sanciones pecuniarias

287 Véase Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Ed. Hammurabi, T. 2, p. 641. En jurisprudencia, véase “Luciani, Nelly c/Herszague, León y otros s/Daños y Perjuicios” - CNCiv. - Sala J - 13/8/2010; “Peralta, Daniel Oscar c/ Transportes Metropolitanos General San Martín y otro s/Daños y Perjuicios” - CNCiv. - Sala J - 10/5/2010; “Burcez, Elizabeth Graciela c/Aguas Argentinas SA s/Daños y Perjuicios” - CNCiv. - Sala J - 22/4/2010, entre muchos otros.

288 Ver el interesante análisis que sobre este tópico practican Pizarro, R. D. y Vallespinos, C., *op. cit.*, pp. 188-209.

y/o resarcimiento patrimonial de los daños causados. Creemos que una de las causas de esto es el escaso éxito de las sanciones y resarcimientos pecuniarios. Esto se debe probablemente a la identificación de la violencia obstétrica con la mala praxis médica.

Por lo tanto, si bien no es suficiente la presencia de legislación vigente en la materia para contrarrestar la violencia obstétrica, se puede concluir que el abordaje de la situación posee varias aristas. Por un lado, es necesario actuar preventivamente, formando a profesionales y auxiliares de la medicina en el respeto de la autonomía, privacidad y dignidad de los pacientes, tanto gestante como niños y niñas por nacer y/o recién nacido. Ello significa brindarles atención, un cuidado sensible, es decir, un trato con respeto, sensibilidad y empatía. En el caso de las pacientes y su entorno familiar, la importancia del auténtico consentimiento informado y la no minimización de los aspectos de salud mental y emocional involucrados en el proceso de gestación, nacimiento y puerperio.

En el plano de lo legal y jurídicamente relevante, no debe olvidarse el factor disuasivo que posee toda norma sancionatoria. Por ese motivo, otra arista de abordaje es la vía administrativa de las conminaciones y, eventualmente, sanciones disciplinarias. Esto fundamentalmente cuando las conductas se desarrollan en el ámbito de lo público.

De la mano de lo anterior, cobra relevancia también la vía de la reparación civil de los daños y perjuicios ocasionados. Tal como demuestran los escasos precedentes en el plano del derecho comparado, las conductas constitutivas de violencia obstétrica generan daños que deben ser reparados. Aquí se llama especialmente la atención acerca de la responsabilidad del Estado, tanto en la prevención como en la sanción y reparación.

Para profundizar

Ales Uría, Mercedes. "Derechos fundamentales y jurisprudencia en materia de humanización del nacimiento. Estado de situación en Argentina y Europa", en *DFyP* 2020 (noviembre), 19/11/2020, 235, cita online: AR/DOC/3422/2020.

Ales Uría Acevedo, María de las Mercedes. "Violencia obstétrica: marco legal y jurisprudencia en Argentina", *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Erreius, diciembre 2019.

Amnesty International. *Políticas del cuerpo. Manual general sobre la criminalización de la sexualidad y la reproducción*. Publicado por primera vez en 2018 por Amnesty International Ltd. Peter Benenson House 1 Easton Street; London WC1X 0DW; Reino Unido.

Calvo Acosta, Carlos A. "La responsabilidad civil del médico obstetra", en *RCyS* 2020-X, 3. Cita online: AR/DOC/3061/2020.

CONSAVIG. Documento: "Cómo realizar una denuncia si fuiste víctima de maltrato en el proceso del pre-parto, parto o post-parto y post aborto", disponible en: <http://www.jus.gob.ar/media/3195174/Leeme.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas. "Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica", de conformidad con la Resolución 71/170 de la Asamblea de Naciones Unidas Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2016; Distr. general; 7 de febrero de 2017; Naciones Unidas - Asamblea General; A/RES/71/170.

Organización Mundial de la Salud (OMS). *Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud*, Organización Mundial de la Salud, 2014.



**María de las Mercedes
Ales Uría Acevedo**

Abogada (Universidad Austral, Argentina). Máster en Dirección Empresarial (Universidad Rey Juan Carlos, España). Doctora en Derecho (Universidad de Sevilla, España). Profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad del Salvador y UCEMA (Argentina). Autora de diversas publicaciones en Argentina y el exterior. Abogada en ejercicio en el sector público y privado.



Gabriela Mariana Villán

Abogada (UCA). Diplomada en Bioética (UCA). Diplomada en Derecho y Tecnología (UADE). Agente civil del Estado Mayor General del Ejército - Ministerio de Defensa). Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (USAL). Integrante de los proyectos de investigación “Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer” y “Modelos explicativos de la violencia” de la Facultad de Derecho (UCA).

CAPÍTULO 6

Violencia digital contra las mujeres

Guadalupe Solá Hessling

1. Introducción. La violencia de género por medios digitales

En el presente capítulo nos disponemos a analizar el fenómeno de la violencia contra las mujeres que se lleva a cabo utilizando las tecnologías de la información y la comunicación (comúnmente denominadas “TIC”).

Las TIC, que vinculan internet y en cuyo ámbito se utilizan cámaras de fotos y video, teléfonos celulares, dispositivos de almacenamiento y medios de comunicación social/masiva, son utilizadas en múltiples oportunidades como herramientas para vulnerar numerosos derechos humanos que titulizan mujeres y niñas, tales como el honor, la intimidad, la dignidad, la privacidad, la imagen, etc.

Y ello se da, en parte, en tanto

... en el corazón de las redes sociales está el intercambio de información personal, los usuarios están felices de poder revelar detalles íntimos de sus vidas privadas e intercambiar fotografías. Todo se expone en la red. Además, la mayor parte de la vida social se encuentra mediatizada electrónicamente, vale decir, se desarrolla en compañía de una computadora, un iPod o un celular, y los jóvenes no poseen ni el más mínimo margen de

maniobra o elección, sino que se trata de una cuestión de tómalo o déjalo, de lo contrario, sufrirían una suerte de muerte social²⁸⁹.

Según Dupuy, quien entiende que uno de los derechos claves que se ven afectados es la libertad de expresión (ya que uno de los impactos de la violencia es que las víctimas empiezan a limitarse en lo que expresan, así como a reducir el uso de las tecnologías),

[i]nternet es una excelente vidriera hacia el mundo. Todo lo que se hace en la red queda registrado: cada sitio visitado, cada archivo descargado, cada búsqueda realizada, cada foto publicada en las redes sociales, en blogs, así como también la información que otras personas publican sobre nosotros. Todo ello genera riesgos, al crearse un nuevo ámbito donde toda esa información recogida puede ser utilizada por otros con fines delictivos²⁹⁰.

Ahora bien, los efectos de las múltiples lesiones a derechos humanos a través de las ya no tan nuevas tecnologías (que se acoplan a los que, de por sí, ocasionan los “clásicos” tipos de violencia) se caracterizan por ser incontrolables para la víctima, en función de las circunstancias en que tiene lugar este tipo de vulneración.

Muchas veces, el autor de las agresiones se esconde a través de perfiles falsos, anonimato que le permite desconocer todo tipo de límite al momento de desplegar la conducta y que puede ser utilizado para infundir un temor superlativo en la persona. A ello se aduna, en numerosas oportunidades, la difusión masiva de las imágenes y comentarios agraviantes que puede compartir,

289 Porcelli, A. M. y Martínez, A. N., “La reformulación del derecho a la privacidad y el reconocimiento de los nuevos derechos en el entorno digital en tiempos de COVID-19”, *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Vol. 7, N° 7, 2020, pp. 109-125.

290 Dupuy, D., “Violencia digital y su impacto en las mujeres”, en Maffía, D., Gómez, P. L. y Moretti, C., *Aportes feministas para el servicio de justicia*, Ed. Jusbaires, Buenos Aires, 2022, p. 289 y ss.

susceptible de acaecer a gran escala y ocasionar la pérdida de control sobre ese contenido (no solamente no puede manejarse la cantidad de personas que podrán tomar contacto con lo viralizado, sino tampoco el tiempo que deambulará en la red). Ello puede conducir a burlas, acosos, humillaciones por parte de otros desconocidos (o no tan desconocidos) que, nuevamente, detrás de sus pantallas, relativizan o ignoran por completo los efectos nocivos masivos a los que contribuyen.

A todo lo anterior debe sumarse que, al perpetrarse la violencia a “distancia”, la víctima no solamente puede sufrir lesión de derechos en ámbitos presenciales (tales como el laboral si, por ejemplo, sus compañeros han tomado poder o se han hecho partícipes del círculo violento), sino que, además, al llegar a casa, la agresión continúa, lo que le impide sentirse a salvo en su zona “segura”.

Vaninetti, que se explaya acerca de estas características de lo que llama la “e-violencia” (y, en este caso en particular, “e-violencia de género”), al tratar el *ciberviolencia* habla de “desprotección total en la víctima”²⁹¹.

La virtualidad también puede alentar a la falta de empatía entre quienes se acoplan al acoso colectivo, en tanto el no visibilizar a quien sufre por encontrarse detrás de una pantalla puede dificultar el conocimiento del límite.

Es por ello que podemos encuadrar esta práctica como una forma de violencia psicológica contra la mujer (en tanto busca humillarla, deshonrarla, ridiculizarla, hostigarla, etc.), así como también en la sexual (ya que en no pocas ocasiones conlleva un ataque contra la integridad sexual de la persona, aprovechándose, en ocasiones, de su inexperiencia e ingenuidad) o, incluso, en la simbólica (en virtud de que muchas veces las conductas se llevan a cabo a través de patrones estereotipados y reproducen control y dominación).

El autor citado entiende que se trata de la virtualización *on line* de las agresiones *offline*, que no solo se restringe al ámbito del hogar, familiar o

291 Vaninetti, H. A., “La ‘e-violencia’ o ‘ciberviolencia’ de género contra las mujeres”, 22/6/2018, LL Online AR/DOC/1260/2018.

de la pareja y que engloba toda aquella violencia psicológica ejercida sobre la víctima a través de cualquier medio tecnológico o electrónico, por parte de quien esté o haya estado ligado a ella por una relación de afectividad, aun sin convivencia, o hacia la mujer en general por su condición de tal²⁹².

2. Modalidades

Sin perjuicio del vasto plexo de modalidades que puede revestir la violencia digital en contra de las mujeres, analizaremos las más usuales.

Para empezar, podemos hablar del **ciberacoso**. Al decir de Medina,

... es un tipo de práctica digital en la que el agresor ejerce dominación sobre la víctima mediante estrategias vejatorias que afectan a la privacidad e intimidad de un tipo de víctimas, es decir que el acosador ejerce su poder sobre elementos que la víctima considera privados y personales²⁹³.

A veces el hostigamiento tiene lugar de por sí (por ejemplo, mediante llamados y mensajes reiterados que invaden la esfera de intimidad y tranquilidad, y que vulneran el derecho a no sufrir injerencias extrañas en la vida privada), mientras que en ocasiones se despliegan ciertas conductas para occasionar en la víctima la sensación de “acosada”.

Piénsese en la publicación del número telefónico de la mujer, niña o adolescente y demás datos personales en una página de servicios sexuales (con el fin de degradar y generar sensación de inseguridad y miedo permanente) o la creación de un perfil en alguna red social valiéndose del nombre y rostro de la persona (que busca atacar la honra, imagen, reputación), conducta que, en

292 Vaninetti, H. A., “E-violencia de género. Importante y valioso precedente jurisprudencial”, 18/12/2020, *LL Online*, AR/DOC/3915/2020.

293 Medina, G., “La visión jurisprudencial de la violencia familiar. Las nuevas formas a través del uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC)”, 7/11/2018, *LL Online*: AR/DOC/3578/2018.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, constituye la contravención de “suplantación digital de identidad”.

Por otro lado, podemos hablar de **cyberbullying**, práctica consistente en conductas hostiles sostenidas en forma reiterada por parte de un grupo o una persona individual, con el objetivo de producir daño a otro mediante la utilización de TIC.

Ese daño puede tomar forma de acoso (por ejemplo, a través de un seguimiento mediante un software espía, envío de virus informáticos), exclusión (piénsese la denegación del acceso a alguna plataforma, foro, blog o evento creado en la web) o manipulación (entre otros, el uso de información hallada en alguna red social para difundirla de forma inadecuada entre sus miembros, con la consiguiente humillación y eventuales exigencias a cambio de dejar de hacerlo)²⁹⁴.

Si de niñas y adolescentes hablamos, como anticipamos, el acceso ilimitado a redes sociales y plataformas multimedia contribuye a su exposición frente a eventuales riesgos en contra de su integridad sexual.

Una de las formas de violencia digital más preocupante, que se encuentra tipificada en el Código Penal, es la **explotación sexual infantil** (llamada en un primer momento “pornografía infantil”), que consiste en la producción, tenencia, financiamiento, ofrecimiento, comercialización, publicación, facilitación, divulgación, distribución de toda representación de una persona menor de edad involucrada en actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.

Esta práctica, claramente, se encuentra precedida de la explotación física y presencial de la persona menor de edad que luego aparece en aquel contenido multimedia ilícito, por lo cual cualquiera de esas conductas incentiva y perpetúa la lesión a la integridad sexual de aquellas niñas y de eventuales víctimas futuras, lógicamente, en ambos ámbitos.

294 Acosta, G. E. y Rueda, M., “La cibercriminalidad y sus víctimas más vulnerables: niños, niñas y adolescentes”, 23/6/21, *La Ley* online AR/DOC/1739/2021.

La otra modalidad de la que pueden ser víctimas las niñas y adolescentes –no menos angustiosa– es la que se denomina ***grooming***, que también encuentra regulación y sanción en nuestro digesto penal.

La Ley Nacional 27.590 (también llamada “Ley Mica Ortega”, que implementó el Programa Nacional de Prevención y Concientización del Grooming o Ciberacoso contra Niñas, Niños y Adolescentes) entiende por ***grooming***

la acción en la que una persona, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contacte a una persona menor de edad con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

Es esa constante exposición a la que hicimos referencia la que da paso a la inimaginable cantidad de plataformas que permiten, al día de hoy, el contacto *on line* en tiempo real con niñas por parte de cualquier adulto (y con cualquier intención tras esa comunicación), que se traduce no solo en el intercambio de textos, sino también de imágenes, videos y/o gif con su interlocutor. Desde los sitios que poseen salas de chat más conocidos (como Facebook o Messenger) hasta diversos juegos en red (como Minecraft o Roblox), que adquirieron gran popularidad los últimos años –y, sobre todo, tras la pandemia del COVID-19–, son utilizados como escenarios perfectos de intercambio de información personal, en donde las víctimas, desprevenidas, creen conversar con un par, un “contrincante” del juego, un “amigo”. Son los espacios ideales, en tanto muchas niñas pasan cuantiosas horas conectadas, para encubrirse bajo el anonimato y construir –paulatinamente– una relación de confianza y luego concretar su ulterior objetivo.

Esta modalidad puede consistir en obtener imágenes, tener conversaciones con contenido sexual, obtener excitación sexual o lograr un encuentro presencial con su víctima. El daño psicológico no se produce solamente cuando se concreta el objetivo que se tiene en miras al contactarla, sino que también se va llevando a cabo durante todo el proceso de preparación para la situación abusiva, ya que se genera siempre mediante amenazas,

traición a la confianza, recepción y envío de material perturbador, chantaje, etc.²⁹⁵.

Íntimamente vinculada con la integridad sexual, encontramos la práctica denominada ***sexting*** (intensificada –por supuesto– a raíz del contexto sanitario, que propició la multiplicación de estas prácticas).

Cabe decir que, en principio, no se trata de una conducta delictiva y que consiste en enviar mensajes, fotos o videos de contenido erótico o sexual personal a través de aplicaciones de mensajería instantánea, redes sociales u otra herramienta de comunicación digital.

El problema es que esta conducta puede derivar en muchos otros actos delictivos, ya que quien recibe ese contenido puede ejercer su poder sobre la otra persona: poder que le da tener en sus manos ese material.

Buompadre²⁹⁶ entiende que esta conducta tiene dos etapas: primero, la de la toma de la fotografía o video íntimo y, luego, el momento de la recepción por parte del destinatario y su difusión no consentida por la red.

Es decir, el primer tramo de la práctica (no ilícita) puede facilitar la concreción de conductas que sí sean ilícitas, que busquen coartar la libertad o denigrar y humillar a la víctima, como, por ejemplo, el chantaje o extorsión (mal denominada “pornovenganza”).

Y, en adición, cuando el protagonista del material es una persona menor de edad, si el material primigeniamente obtenido con su consentimiento fue objeto de reenvío a otros destinatarios, puede convertirse en víctima de alguna de las prácticas sumamente lesivas que describimos (como el *ciberbullying* o el *grooming*).

3. Respuesta del Estado frente a las diversas modalidades de violencia digital contra las mujeres

Ahora bien, expuestas las modalidades que puede revestir este ya no tan nuevo tipo de violencia contra la mujer, analizaremos con qué herramientas

295 Medina, G., *op. cit.*

296 Buompadre, J. E., *Violencia de género en la era digital*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 237.

cuenta nuestro país a fin de afrontar esos múltiples ataques a derechos constitucional y convencionalmente protegidos: como anticipamos, la integridad psíquica y sexual, la libertad, la honra, la dignidad, la imagen y, en definitiva, el derecho de todas las mujeres de vivir una vida libre de violencia.

En el ámbito civil, como novedad, el 23 de octubre de 2023, Argentina sancionó la Ley 27.736, también conocida como Ley Olimpia²⁹⁷, la cual incorpora expresamente la violencia digital como forma de violencia de género; modifica así la Ley 26.485.

En su articulado propone también la promoción de “... programas de alfabetización digital, buenas prácticas en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación y de identificación de las violencias digitales” en los ámbitos educativos.

El objetivo de la ley es lograr el respeto de la dignidad, reputación e identidad de la mujer incluso en los espacios digitales. La norma define la violencia digital o telemática como

... toda conducta, acción u omisión en contra de las mujeres basada en su género que sea cometida, instigada o agravada, en parte o en su totalidad, con la asistencia, utilización y/o apropiación de las tecnologías de la información y la comunicación, con el objeto de causar daños físicos, psicológicos, económicos, sexuales o morales tanto en el ámbito privado como en el público a ellas o su grupo familiar.

En concreto, contempla múltiples conductas que pueden quedar encuadradas en el concepto, tales como

... la obtención, reproducción y difusión, sin consentimiento de material digital real o editado, íntimo o de desnudez, que se le atribuya a las mujeres, o la reproducción en el espacio digital de discursos de odio misóginos y patrones estereotipados sexistas o situaciones de acoso, amenaza,

297 La ley lleva el nombre de Olimpia Coral Melo, activista mexicana víctima de difusión de imágenes íntimas, quien impulsó leyes similares en América Latina.

extorsión, control o espionaje de la actividad virtual, accesos no autorizados a dispositivos electrónicos o cuentas en línea, robo y difusión no consentida de datos personales.

De esta manera y por primera vez, se da una respuesta más adecuada a la imperiosa protección de derechos digitales, ya que establece medidas cautelares específicas, que pretenden sobreponerse a los obstáculos que se erigían –en numerosas oportunidades– contra el éxito en la utilización de alguna de las medidas que (antes de la reforma) se adoptaban como si se tratase de un típico caso de violencia de género. Es decir, en virtud de sus especiales características, estas prácticas virtuales suelen producir una constante revictimización y muchas veces las clásicas medidas (tales como la prohibición de acercamiento y contacto o la expulsión del hogar familiar) resultaban completamente insuficientes.

También en este ámbito pueden demandar a su agresor por daños y perjuicios.

Ahora, más allá de este avance legislativo, en el ámbito penal, la cuestión no encuentra una solución que se ajuste a la especialidad de la materia. La mayoría de las conductas que describimos carecen de una adecuada respuesta legislativa punitiva/sancionatoria, lo que –por supuesto– conduce a que su finalidad (humillar, avergonzar y denigrar a las víctimas –lo cual se agrava en el caso de parejas o familiares por el quebrantamiento de la confianza depositada en aquellos que se suponen más deben proteger–) continúe generando un desequilibrio en su integridad psicoemocional e impactando severamente en su contexto familiar, social y laboral, con altos grados de impunidad.

Más allá de algún caso de injurias, chantaje/extorsión si hay dinero en el medio, amenazas, accesos indebidos o publicación indebida de comunicaciones electrónicas, hay conductas específicas que quedan sin regulación. Es notable que, al menos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentran tipificadas la difusión no consentida de contenido íntimo, el hostigamiento digital y la suplantación de identidad digital, pero tan solo como contravenciones con alcance local.

Como dijimos, la incorporación legislativa de la tipificación de la violencia digital como un tipo de violencia específico contra la mujer es reciente. Es por ello que, a lo largo de estos años, los operadores jurídicos nos hemos visto obligados, frente a este “novedoso” escenario, a recurrir a todas aquellas alternativas que se tengan disponibles a los fines de proteger a las víctimas de este tipo de violencia para dar cumplimiento al plexo de obligaciones internacionales en la materia. Veamos algunos precedentes.

4. Jurisprudencia nacional

En plena pandemia, la magistrada del Juzgado Nacional en lo Civil N° 38²⁹⁸ tuvo ocasión de pronunciarse en un caso en donde la actora había conocido al demandado por redes sociales, empezaron a frecuentar encuentros y, finalmente, este último había capturado un video en la intimidad sin el consentimiento de aquella.

Frente a esa situación, la actora solicitó el dictado de una medida cautelar tendiente a que se ordenara al demandado la prohibición de difundir, divulgar, mostrar o exhibir en medios gráficos, radiales, televisivos en internet y en todas las redes sociales habidas o por haber, como también en portales de internet, plataformas digitales, por sí o por interpósita persona, videos de índole íntima o sexual de ambos o donde solo se viera a la actora; así también conversaciones privadas, cualquier noticia, dato y/o imagen y/o cualquier otra circunstancia y/o mencionar en forma directa o indirecta o de cualquier manera referenciadas y/o vinculadas a la actora que pudiera afectar o no su intimidad, su honor o imagen. Asimismo, solicitó que le hiciera entrega del video tomado sin consentimiento y acreditase su total y absoluta destrucción incluso en la nube, sin que haya quedado almacenado en ningún tipo

298 Juzgado Nacional en lo Civil N° 38, “P. L. B. c. P. G. A s/ medidas precautorias”, 26/10/2020, LL, cita online: AR/JUR/60440/2020.

de sistema o soporte. Todo ello bajo apercibimiento de aplicar astreintes²⁹⁹ y/o multa.

La magistrada hizo lugar a lo solicitado y decidió la derivación de aquel a un espacio de atención especializado contra la violencia de género.

Refirió que la medida solicitada se enmarcaba en el art. 26 de la Ley 26.485 (medidas preventivas urgentes que el juez puede adoptar consecuentemente con el objetivo de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer), y art. 4 de la Ley 24.417 (medidas cautelares para la protección contra la violencia familiar). Entendió que debía considerarse la petición “desde una mirada con perspectiva de género” y enmarcarse la violencia en los tipos simbólica (art. 5.5 Ley 26.485) y mediática (art. 6.f de la misma ley). También, que se trataba de proteger el derecho a la intimidad (arts. 75, inc. 22 Constitución nacional; 12 Declaración Universal de los Derechos Humanos y 11 Convención Americana sobre los Derechos Humanos).

Y, finalmente, señaló que el caso se enmarcaba en el concepto de violencia de género digital, a la vez que indicó que, si bien se presentaba como forma novedosa de la violencia de género con características propias,

... no deja de reflejar jerarquía de poder entre agresor y su víctima, subordinación de la mujer y aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad, como el caso en que se han tomado imágenes de un momento de intimidad sin consentimiento expreso de uno de los participantes.

Ello a fin de apuntar que

... el solo hecho de que un tercero posea un archivo de video donde ella es protagonista puede importar que el mismo, de distribuirse, importe para la nombrada un gravísimo perjuicio, sin contar el temor potencial en cuanto a su eventual reproducción generándole un tipo de agresión o presión psicológica y moral que la afecta gravemente.

299 Se denominan astreintes las sanciones valuadas en dinero contra el deudor que demora el cumplimiento de una orden judicial.

En otro precedente, en donde la actora había recibido amenazas a su vida de parte de su hijo a través de Facebook (en el marco de una situación de violencia de larga data) y, posteriormente, requerido de la primera instancia medidas de seguridad y protección (con sustento en las leyes 24.417 y 26.485) tendientes a garantizar su integridad física, tras la negación del juez, la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil³⁰⁰ dejó sin efecto la resolución de grado y decretó la prohibición de acercamiento respecto del hijo de la actora, encuadrando los hechos en un contexto de violencia de género. En adición, aclaró que la prohibición implicaba suspender todo contacto físico, telefónico, de telefonía celular, de correo electrónico, redes sociales, en especial Facebook, por vía de terceras personas y/o por cualquier medio que significara contacto con la denunciante.

En primer lugar, refirió que los hechos se enmarcaban en la Ley 24.417 porque, si bien no mediaba convivencia, el denunciado era el hijo de la accionante, por lo cual se trataba de una situación de violencia familiar.

Adicionalmente, entendió de aplicación la Ley 26.485 (art. 6), así como también los instrumentos internacionales de protección (CEDAW) y, finalmente, aclaró que las medidas cautelares en estos contextos "... no se hallan supeditadas a la acreditación de la verosimilitud del derecho, con el alcance que se les asigna en las medidas cautelares de orden patrimonial".

Veamos otro caso en donde las agresiones también se perpetraban a través de la red social Facebook. La actora había mantenido una relación de convivencia durante cuatro años con el denunciado. En un contexto de violencia de género de alto riesgo (incluidas publicaciones realizadas por el demandado a través de esa red social de fotos íntimas de aquella junto a comentarios humillantes, de índole sexual y erótica y amenazas de continuar publicando), esta solicitó se dispusiera una prohibición de acercamiento y contacto por cualquier vía (incluidas las redes sociales).

300 Sala M, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, "A., P. M. c. C. M. P. s/ denuncia por violencia familiar", 03/05/2017, cita online: AR/JUR/37353/2017.

Fue así que el Tribunal de Familia de Formosa³⁰¹ dispuso la prohibición de acceso y acercamiento al hogar de aquel, la abstención de publicaciones de fotos y/o videos y/o comentarios sobre la señora y su familia en cuentas de Facebook creadas en su nombre y/o todo otro medio informático y/o gráfico o red social en general.

También ordenó a Facebook Argentina SRL la eliminación de todo contenido o dato referido a las cuentas creadas para violentar a la actora denominadas “la puta de chango más” y/o toda otra publicación donde estuviera identificada la denunciante, por lo que la empresa debió abstenerse de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos, sitios de fans que injuriasen, ofendieran o menoscabaran la integridad personal de la denunciante.

En adición, dispuso tratamiento terapéutico para ambos y protección policial para la actora, así como también encomendó dejar sin efecto toda medida o resolución judicial que haya ordenado comunicación o visitas entre el demandado y el niño en común hasta tanto el progenitor realice la terapia psiquiátrica ordenada.

Para así resolver, la magistrada entendió que la petición se enmarcaba en lo previsto por la Ley 26.485 y refirió:

- Que el caso debía abordarse con prudencia y cautela, en tanto “... este tipo de hechos –donde se utiliza una red social de acceso público como Facebook–, la entidad o los efectos negativos y dañosos que produce en las personas todo lo allí publicado, debe ser pasible de sanciones, aunque no exista prueba en forma directa, pues basta con indicios y presunciones” para dictar las medidas de protección (aquí la damnificada había aportado capturas de pantalla y mensajes de texto de la cuenta denunciada, sumado a antecedentes de violencia física y a los informes psicológicos del denunciado, junto al testimonio del actual marido de la víctima).

301 Tribunal de Familia de Formosa, “T. A. E. c. L. C. M s/ violencia familiar”, 17/02/2017.

- Que las nuevas formas de violencia de género vía redes sociales encaudran en los incs. 2 y 5 del art. 5 de la ley (psicológica y simbólica).
- Que se trata de una afectación a la dignidad de la víctima, pues la utilización de ese espacio donde se expone su vida personal es una forma de control y dominación que genera mecanismos de desigualdad.
- Que se trató de una grave lesión al honor, que debe ser respetado por todos, más aún por quien alguna vez fue su pareja y es el padre de su hijo (quien “cobardemente” se escuda en el anonimato para hostigarla).
- Que podría haberse cometido violencia institucional, porque la denunciante tuvo que dar muchas vueltas por múltiples juzgados y oficinas a fin de denunciar estos hechos.

Recientemente, también la Sala M tuvo ocasión de intervenir en un caso³⁰² en el que la actora había relatado, ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un episodio con agresiones físicas (empujones, rotura de remera, golpe del rostro contra reja de salida, sujeción de cabello) y psicológicas (el denunciado le exigía el control de su celular). En esa oportunidad, según expuso, el denunciado se habría retirado con su celular, hackeado sus redes sociales, y habría difundido videos íntimos de la pareja manteniendo relaciones, grabados sin su consentimiento. Ante ello, manifestó su deseo de que el denunciado borrara los videos que tuviese en su celular, que dejara de escribirle y que no se acercara.

Los jueces decidieron ordenarle al demandado que eliminara de todos sus dispositivos los videos que contuviesen material íntimo de la actora, incluso en la nube, sin que quedase almacenado en ningún tipo de sistema o soporte, en el plazo de 48 horas de notificado, bajo apercibimiento de aplicar una multa de \$1.000.000 en caso de incumplimiento.

302 Cámara Nacional en lo Civil, Sala M, “Q. C., E. S. c. T., B. s / denuncia por violencia familiar”, 15/07/2022, disponible en: <https://victoriafamafamilias.blogspot.com/2022/08/violencia-de-genero-violencia-digital.html>, visitado el 30/8/22.

La Sala encuadró la petición en el marco de la Ley 26.485, así como también en virtud del deber general de evitar dañar (art. 1710, Código Civil y Comercial), y aclaró que la medida tenía arraigo en el trato prioritario consagrado por el art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional y consistía en las llamadas acciones afirmativas (también denominadas “medidas de discriminación inversa”).

En palabras de los magistrados, con cita de María Florencia Zerda:

La violencia de género digital es una actividad dañosa que se encuentra en aumento en los últimos años. Es una forma de violencia que se perpetúa en el ámbito mencionado, valiéndose de herramientas tecnológicas y se ejerce a través de acciones directas o indirectas, de ámbito privado o público, basadas en una relación desigual de poder del género masculino sobre el femenino.

Por otro lado, analicemos algunos casos interesantes en el ámbito penal.

En un precedente en el que al denunciado se le había imputado el delito de amenazas simples por haber enviado mensajes por Facebook y correo electrónico, en los que propinaba frases de índole sexual a la víctima, y a pesar de la conformidad primigeniamente otorgada por la fiscal de primera instancia, la sala revisora revocó por mayoría la sentencia de grado que había concedido el beneficio de la *probation* al imputado³⁰³.

Así, en primer lugar, entendió que no concurría el requisito ineludible de la conformidad del fiscal, ya que, si bien la fiscal de primera instancia lo había prestado, el fiscal de cámara entendió que “dada la reiteración de los hechos de violencia, los constantes ataques, la vulnerabilidad psicofísica que demuestra la damnificada y el deber institucional de protegerla”, no estaban dadas las condiciones para imprimir a un caso tal medidas alternativas de resolución de conflicto.

303 Sala III, Cámara de Apelaciones en lo PCyF, “E. G. N. s/ art. 149 bis C.P”, 23/04/2019, disponible en: <http://juristeca.jusbaires.gob.ar/BusquedaAvanzadaJ.asp>, consultado el 31/8/2022.

La Cámara compartió los fundamentos del fiscal de cámara, entendiendo que se trataba de un caso de violencia de género, y refirió que una situación como la del caso (en donde una persona de sexo masculino se aprovecha de su anonimato ante otra de sexo femenino para intimidarla de manera repetitiva y agresiva, amenazándola con hechos delictivos de contenido sexual y sacando ventaja de dicha situación de supremacía para atormentarla) se encontraba regulada en la Convención de Belem do Pará y la Ley Nacional 26.485. Ello haciendo eco del precedente “Góngora” del máximo tribunal federal (en el que la Corte dejó sentado que prescindir de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones del Estado al aprobar la Convención de Belém do Pará para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos de género).

En efecto, los magistrados destacaron que la víctima mencionó al oponerse al instituto: “Al finalizar la audiencia el acusado salió del lugar con el celular en la mano y riéndose, sin embargo, yo terminé en un ataque de nervios, llorando desconsoladamente y perdiendo la fe en la justicia donde nuevamente sigo sintiendo miedo...”.

Por otro lado, en cuanto a las cuestiones probatorias que pueden surgir y dilucidarse en procesos que versen sobre estos tipos de violencia, resulta interesante traer a colación el caso de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional³⁰⁴ (que deja traslucir los inconvenientes que pueden aparecer a la hora de investigar estas conductas), en el que confirmó el procesamiento por el delito de amenazas coactivas respecto del imputado, sin perjuicio de haberse verificado que las distintas líneas utilizadas para contactar a la víctima no se encontraban a su nombre.

La mujer había denunciado que su expareja la llamaba a su teléfono particular y laboral, así como también le enviaba mensajes de WhatsApp y le mandaba correos electrónicos incansablemente. Había referido, en adición, que todas las comunicaciones incluían insultos e intimidaciones con el

304 Sala VII, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, “G. J., H. D. s/ procesamiento”, 07/06/2019.

propósito de que se reunieran personalmente, bajo la amenaza de que, en caso contrario, él difundiría videos y fotografías íntimas de ella. Incluso había alegado la creación, por parte del imputado, de perfiles falsos de Facebook con el nombre de ella, donde la hacía pasar por una mujer que ofrecía servicios sexuales, así como también haber realizado publicaciones en Youtube donde aparecía la damnificada.

Al momento de resolver, la Sala entendió que:

... el contenido de las conversaciones (...), en tanto aluden a cuestiones íntimas de cuando eran pareja, actividades específicas de la damnificada y una continua exigencia a ésta para que desbloquee su número a fin de no tener que pedir teléfonos prestados, impiden sostener que los mensajes pudieran haber sido enviados por otra persona.

Finalmente, presentamos un fallo³⁰⁵ que generó repercusión masiva en virtud de haberse decidido la condena del imputado a la pena de prisión de cinco años de cumplimiento efectivo, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de coacción y lesiones leves calificadas en concurso real, a la vez que se declaró expresamente el hecho como de violencia contra la mujer (de tipo psicológico).

En el caso, el imputado había mantenido una relación sentimental de aproximadamente un año con la damnificada y en el último período de la misma había empezado a presionarla con difundir imágenes de contenido sexual que habrían sido tomadas con su celular en momentos de intimidad de la pareja, para hacerla desistir de su decisión de terminar la relación. Así fue que, finalmente, el día en que ella decidió pedirle que retirara sus pertenencias y se fuera del inmueble, se originó una situación de agresiones verbales, insultos, ocasión en que el imputado le reiteró que si lo dejaba, publicaría las fotos y videos. Con posterioridad a esta situación, continuó

305 Cámara Tercera en lo Criminal y Correccional de La Rioja, "Pioli Patricio Amalio. Coacción y Lesiones Leves Calificadas en Concurso Real", 07/06/2021.

llamándola, enviándole mensajes de texto y escritos, hasta que, finalmente, publicó las imágenes íntimas en un grupo de WhatsApp, desde donde se difundieron ampliamente.

5. Conclusión

Como estrechamente delineamos en este capítulo, esta modalidad de violencia contra las mujeres, que en parte reproduce el acoso, la humillación, el ataque a la libertad, dignidad e integridad sexual que pueden sufrir aquellas en el mundo “real”, se ha trasladado al ámbito de lo virtual.

No solo las diversas formas en que puede representarse van evolucionando “a la velocidad de la luz”, sino que, como reseñamos, las consecuencias que aquellas generan también abarcan muchos más espacios de los que imaginamos (y de lo que se puede prever y controlar).

Más allá de celebrar la reciente reforma legislativa reseñada –a partir de la que podrá evaluarse el éxito de las nuevas medidas cautelares incorporadas en virtud de la especificidad de las características que delinean este tipo de violencias–, hasta que se contemple adecuadamente en el ámbito penal una respuesta para cada uno de los modos en que puede vulnerarse digitalmente, muchas agresiones quedarán en la impunidad.

Lo que es seguro es que la dolorosa realidad de muchas mujeres que son víctimas de estos ataques virtuales exige la constante educación, actualización y capacitación a fin de poder dar rápidas y eficaces respuestas que restablezcan –en la medida de lo posible– a la mujer o niña en el pleno goce de derechos.

Para profundizar

González Magaña, I., “La violencia de género en las redes sociales”, *La Ley*, 16/08/2017, cita online: AR/DOC/3785/2017. González Magaña, I., “La violencia de género en las redes sociales”, *La Ley*, 16/08/2017, cita online: AR/DOC/3785/2017.

Iannello, R. S., "Violencia contra las mujeres en el ámbito digital", *El Dial*, 14/12/2020, cita online: DC2D28.

Vaninetti, H. A., "Difusión no consentida de imágenes íntimas en Internet y las TIC. Acerca del Revenge Porn", *La Ley*, 29/03/2019, cita online: AR/DOC/688/2019.



Guadalupe Solá Hessling

Abogada (UNT). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Diploma en Abuso y Explotación Sexual Infantil (ICMEC). la Fiscalía de Cámara Penal, Contravencional y de Faltas Oeste del Ministerio Público Fiscal de la CABA. Integrante de los proyectos de investigación "Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer" y "Modelos explicativos de la violencia" de la Facultad de Derecho (UCA).

CAPÍTULO 7

Discriminación de la mujer frente a la ruptura de la pareja

Eliana M. González

1. Introducción

El derecho de familia es en su esencia un derecho vincular, una rama del derecho que refleja la necesidad de interdependencia recíproca que existe en toda relación humana, y muy especialmente en las relaciones de familia.

En esta rama del derecho es donde mayormente advertimos que el paradigma del sujeto autónomo e independiente del derecho contemporáneo debe ser matizado por la noción de vulnerabilidad³⁰⁶, una perspectiva de análisis que posibilita en el caso concreto equilibrar la balanza para la protección de los más débiles en el seno de la familia, especialmente mujeres y niños.

Bajo este eje de análisis, nuestro objetivo es visibilizar a la mujer en la dimensión económica de la familia, en esta ocasión centrando nuestra mirada en la situación de la mujer frente a la ruptura del proyecto de vida en común. Nos precede destacada doctrina³⁰⁷.

306 Fineman, M., *The Autonomy Mith: A Theory of Dependency*, Ed. The New Press, 2005; y en el derecho argentino: Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferrière, J. N. (directores), González, Eliana M.; Martínez Alcorta, Julio, Tetard, Stessy y Milleroux, Guillaume (coordinadores), *Tratado de la vulnerabilidad*, Ed. La Ley, 2017.

307 Basset, Ú. C., “Economic protection of the children and women: protection of the family and principle of subsidiarity of the State - Old fashioned views forcedly revisited”, en Fulchiron, H. (dir.), *Les solidarités entre générations. Solidarities between generations*. Ed. Bruylant, Francia, 2013; Basset, Ú. C. “Novedades en remedios económicos post-divorcio para mujeres y niños”, en *SJA* 13/7/2011, Abeledo Perrot N° 0003/015496; Fulchiron, H. “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en Basset, Ú. C., Fineman,

2. La ruptura de la relación de pareja y el proyecto de vida en común asumido por las partes

La invitación es a posar la mirada sobre las consecuencias económicas de la ruptura del proyecto de vida en común de una pareja, por separación o por muerte.

La vida después de la ruptura del proyecto de vida en común suele ser compleja; en este contexto, uno de los temas que causan mayor preocupación es la vulnerabilidad económica de mujeres y niños³⁰⁸.

La mayor o menor vulnerabilidad económica de la mujer post cese de una relación de pareja frecuentemente está relacionada con su posición económica personal y con los roles asumidos durante la vigencia del proyecto de vida en común elegido por las partes.

Por un lado, la posición económica puede ser un factor determinante: cuando la mujer cuenta con un capital o fortuna personal (o de su familia de origen) se posiciona en un lugar de menor dependencia económica con relación a su pareja, de mayor libertad para la toma de decisiones y, por lo tanto, de menor vulnerabilidad. Por otro lado, los roles asumidos durante la convivencia y con posterioridad a la ruptura de la relación, cuando la mujer ha postergado de uno u otro modo su capacitación profesional y su inserción en el mundo laboral para tomar a su cargo principal o exclusivamente las denominadas “tareas de cuidado”, pueden colocarla en una posición de mayor

M., “Masking Dependency: The Political Role of Family Rhetoric”, *Virginia Law Review*, Vol. 81, No. 8, Symposium: New Directions in Family Law (Nov. 1995), p. 2183 [en línea: <http://www.jstor.org/stable/1073577> 28-11-16]; Fineman, M., The Neutered Mother, Emory University School, *Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 12-203*; Fineman, M., “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, 20 *Yale J.L. & Feminism 1* (2008-2009), en Hein online [fecha de consulta: 28-11-16]; Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferrière, J. N. (dirs.) - González, E. M., Martínez Alcorta, J., Tetard, S. y Milleroux, G. (coords.), *Tratado de la vulnerabilidad, op. cit.* (entre otros).

308 Lo planteaba hace algunos años Úrsula C. Basset en Basset, Ú. C., “Novedades en remedios económicos post-divorcio para mujeres y niños”, en *SJA* 13/7/2011, Abeledo Perrot N° 0003/015496.

fragilidad económica, por la baja o escasa posibilidad de generación de recursos propios³⁰⁹.

En términos generales, la mujer es más vulnerable económicamente por una multiplicidad de factores que suelen estar interrelacionados: el transitar las etapas de embarazo, parto y posparto; el período de lactancia; el mayor tiempo de dedicación a la crianza de los hijos cuando son más pequeños o tienen algún padecimiento de salud. En ocasiones, muchos de estos factores de índole natural, relacionados con el engendramiento y la primera infancia de los hijos, pueden además estar acompañados de otros factores ligados al escaso o nulo reparto equitativo de las tareas dentro y fuera del hogar (las tareas de orden y limpieza del hogar común, la preparación de meriendas escolares y comidas cotidianas de la familia, los deberes escolares, la higiene personal de hijos más pequeños, el transporte al colegio y otras actividades extraescolares, las visitas al pediatra, las reuniones y actos escolares, los cumpleaños infantiles, etc.).

El proyecto de vida en común elegido por las partes y las diferentes circunstancias que rodean cada proyecto en ocasiones hacen que en determinado momento de la vida de la mujer —y tal vez en aquel más productivo— esta deba postergar o abandonar la prosecución de estudios superiores; resignar instancias de capacitación y perfeccionamiento profesional; reducir su jornada de trabajo; verse limitada para realizar horas extras; relegar o no ser considerada para posibilidades de ascenso; o incluso renunciar a un empleo remunerado y alejarse del mercado laboral.

La situación de vulnerabilidad económica de la mujer se profundiza más aún cuando estas decisiones están motivadas en la necesidad de acompañar a

309 "Las desigualdades de género en el uso del tiempo son todavía altas y persistentes en todos los países. Al combinar el trabajo remunerado y el no remunerado, las mujeres de los países en desarrollo trabajan más que los hombres, destinando menos tiempo a la educación, el ocio, la participación política y el cuidado propio (...). Pese a algunas mejoras logradas durante los últimos 50 años, prácticamente en todos los países los hombres destinan por día más tiempo al ocio, mientras que las mujeres dedican más tiempo a realizar tareas domésticas no remuneradas..." (ONU MUJERES. *Sección Hechos y cifras: empoderamiento económico*. <https://www.unwomen.org/es>. Fecha de consulta: 09/10/22).

su pareja en su carrera laboral, sea mudándose a otra ciudad, a otra provincia o al exterior, sea quedándose en la ciudad de origen pero tomando exclusivamente a su cargo la conducción del hogar. Estas decisiones, muchas veces fundadas en razones económicas y de mantenimiento de la fuente de mayores ingresos, en ocasiones conllevan otros desafíos y dificultades propios del desarraigo: el tener que abandonar un empleo o fuente de ingresos en el lugar de origen, el tener que asumir mayores cargas con relación al hogar y los hijos por no poder contar con el apoyo de la familia extensa, el enfrentar mayores dificultades para conseguir un nuevo empleo, etc.

En resumidas cuentas, la mujer a quien la crisis de la relación de pareja la encuentra en estas circunstancias tiene menos herramientas en términos de ahorros personales, capacitación y experiencia para reinsertarse laboralmente. Y, en ocasiones, también se enfrenta con otras vicisitudes, como el desarraigo, la mayor edad o la enfermedad.

En algunos casos, la situación de vulnerabilidad económica es muy difícil de revertir —sobre todo en aquellas uniones matrimoniales o no matrimoniales que han perdurado más en el tiempo— si confluyen otros factores, como la avanzada edad o enfermedad. Y aun cuando la situación fuera reversible a mediano plazo, se requiere de tiempo para reacomodarse: terminar de cursar una carrera y recibirse, aprender un oficio, conseguir un nuevo empleo, prepararse para competir por un ascenso, etc.

Resulta evidente que aquella mujer que ha asumido o que en un futuro inmediato debe asumir principalmente el cuidado personal de un hijo menor de edad —máxime si es muy pequeño o si padece una enfermedad o una discapacidad— tiene menos posibilidades de obtener un trabajo de tiempo completo para progresar económicamente. Y aun tratándose de una mujer laboralmente activa, la misma ruptura de la convivencia hace que quien asuma principalmente el cuidado de los hijos deba muchas veces reacomodar su jornada laboral, reduciendo horas de trabajo, suprimiendo la posibilidad de hacer horas extras, postergando su vida profesional, recurriendo a ayuda externa, o todo lo anterior.

En este punto, pretendemos contribuir a visibilizar en la literatura científica dos cuestiones:

1) la primera, que es evidente: son múltiples los factores que pueden sentir la situación económica de la mujer que por haber asumido un determinado rol durante el proyecto de vida en común es económicamente más frágil frente al cese de la relación³¹⁰;

2) la segunda: que si bien es saludable bregar por un reparto más equitativo de tareas dentro del hogar³¹¹ para disminuir el impacto de algunos de estos factores (siendo conscientes de que otros de índole natural no desaparecerán), cuando esto no se verifica en la práctica, es necesario contar con herramientas para mitigar la fragilidad económica de la mujer que asumió este rol en beneficio de su familia.

310 Las estadísticas nos movilizan a subrayar la situación de la mujer, especialmente de la mujer que es madre, que en la legislación contemporánea ha quedado invisibilizada bajo el rótulo neutral de “cónyuge”. Martha Fineman denunciaba tiempo atrás: “Como resultado del impulso hacia la neutralidad de género, la madre como un símbolo explícitamente positivo con connotaciones y significado únicos con respecto a su relación con su hijo ha sido sacada del texto y llevada a los márgenes del discurso del derecho de familia” (la traducción es nuestra. “As a result of the push to gender neutrality, Mother as an explicitly positive symbol with unique connotations and significance in regard to her relationship with her child has been moved out of the text and into the margins of family law discourse”), en Fineman, M., *The Neutered Mother*, Emory University School of Law Legal Studies, *op. cit.*

311 “Las mujeres tienen una responsabilidad desproporcionada con respecto al trabajo no remunerado de cuidados que prestan a otras personas. Las mujeres dedican entre 1 y 3 horas más que los hombres a las labores domésticas; entre 2 y 10 veces más de tiempo diario a la prestación de cuidados (a los hijos e hijas, personas mayores y enfermas), y entre 1 y 4 horas diarias menos a actividades de mercado (...). En la Unión Europea por ejemplo, el 25 por ciento de las mujeres informa que las responsabilidades de cuidados y otras tareas de índole familiar y personal son la razón de su ausencia en la fuerza de trabajo, en comparación con el tres por ciento de los hombres (...). Esto tiene un efecto adverso directo en la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo”. (ONU Mujeres. Sección Hechos y cifras: empoderamiento económico, <https://www.unwomen.org/es>, fecha de consulta: 09/10/22).

3. Los dispositivos de tutela del interés económico de la mujer frente al cese del proyecto de vida en común

En el derecho argentino, las normas que regulan los efectos económicos de la ruptura de las relaciones de pareja entre cónyuges y entre convivientes prevén diferentes dispositivos de tutela del interés económico del cónyuge o del conviviente que se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad económica frente al cese de la relación, sea por separación o por muerte.

En este punto, nos parece importante subrayar cómo a través de estos dispositivos el legislador también ha tutelado —indirectamente— el interés económico de otros miembros vulnerables de la familia, por ejemplo, de los hijos de los cónyuges o de los convivientes, sean comunes o no.

Esta última función de los dispositivos no siempre es evidente. Sin embargo, entendemos que puede deducirse de las pautas tenidas en cuenta por el legislador para orientar la procedencia y la cuantía de algunas prestaciones económicas post divorcio o post cese de la convivencia.

Nos parece interesante explicitar cómo funcionan, según entendemos, estos dispositivos de tutela, acompañando los diferentes momentos del proyecto de vida en común de las partes. En esa línea, observamos que:

1. Con respecto al pasado, son una herramienta de equidad para remediar la situación de la mujer que en su calidad de cónyuge o de conviviente un tiempo atrás asumió estas funciones en interés de sus hijos (o de algún adulto mayor de la familia) que se vieron beneficiados por estos cuidados, y hoy está enfrentando las consecuencias de su mayor vulnerabilidad económica frente al cese de su relación de pareja.
2. Con relación al tiempo presente, nos parece importante destacar el factor de previsibilidad de la ley. En este sentido, implica un alivio para la mujer que hoy se encuentra asumiendo estas tareas a tiempo completo o a tiempo parcial —en virtud del proyecto de vida en común elegido por las partes y por diversos motivos que no nos

corresponde juzgar— el saber que contará con la protección del legislador ante el cese de su relación. Esta protección económica, sin dudas, incidirá positivamente en el interés de los hijos y otros familiares que se ven beneficiados directa y personalmente por sus cuidados.

3. Con relación al futuro, se presentan como una herramienta para mitigar el impacto económico que la ruptura y un corte abrupto del sostén económico pueden ocasionar, modificando intempestivamente el *status quo* de la mujer y de sus hijos, dándole un margen de tiempo para acomodar su situación y evitar que el aprieto económico la lleve a modificar intempestivamente su rutina y la de los hijos, que estaban principalmente bajo su cuidado, para procurarse un sustento económico. En mayor o menor medida, es importante que pueda preverse un período de transición, más o menos prolongado según las circunstancias del caso: para acomodar su situación y poder conseguir un trabajo fuera del hogar (si antes no lo tenía) o para ampliar su jornada laboral para procurarse mayores ingresos, o para reducir su jornada laboral y pasar más tiempo al cuidado de sus hijos si antes trabajaba a tiempo completo, o para conseguir a una persona que cuide de los hijos más pequeños, lo que supone también un costo económico adicional, etc.

Nos parece importante visibilizar la función de estos dispositivos de acompañamiento económico de la mujer post cese de la relación de pareja por su repercusión en las condiciones de vida del hogar que la mujer que es madre comparte con sus hijos³¹². Por el contrario, cuando la mujer se encuentra en situación de fragilidad económica, sumada a la sobrecarga

312 “Datos empíricos procedentes de diversos países muestran que incrementar la proporción de los ingresos del hogar controlados por las mujeres, procedentes de lo que ganan ellas mismas o de transferencias de dinero, modifica los patrones de gasto en formas que benefician a hijas e hijos...” (Fuente: ONU Mujeres. Sección *Hechos y cifras: empoderamiento económico*, <https://www.unwomen.org/es>, fecha de consulta: 09/10/22).

que implica asumir principalmente el cuidado de hijos de corta edad, posee menos recursos para sustentar las necesidades del hogar en el que reside con sus hijos, y en muchos casos viven con privaciones o en la extrema pobreza.

4. Algunos dispositivos de protección económica de la mujer post ruptura del proyecto de vida en común

En esta sección haremos referencia a tres dispositivos específicos que funcionan como herramientas de protección económica de la mujer post ruptura del proyecto de vida en común: la obligación alimentaria, la compensación económica y la atribución del uso de la vivienda conyugal o convivencial.

A. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

En el derecho argentino vigente, los esposos se deben alimentos durante la vida en común y la separación de hecho; con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria solo se debe en los supuestos previstos en el art. 434 o por convención de las partes (art. 432).

El primer supuesto que regula nuestra legislación son los alimentos entre cónyuges durante la convivencia³¹³; aunque, naturalmente, es poco frecuente que se judicialicen reclamos alimentarios entre cónyuges durante la vida en común.

El segundo supuesto contemplado, con presencia en la jurisprudencia, es el de la fijación de cuota alimentaria durante la separación de hecho de los cónyuges. En un pronunciamiento reciente de la Cámara de Familia de Mendoza se confirmó la sentencia de primera instancia que obligó al cónyuge a abonar a favor de su esposa —de quien está separado de hecho— una

313 Gómez, J. L. “Alimentos entre cónyuges convivientes en el Código Civil y Comercial”, publicado en: *DFyP 2020* (junio), 17/06/2020, 43, cita online: AR/DOC/689/2020.

cuota alimentaria, habiéndose acreditado el vínculo matrimonial y la enfermedad psiquiátrica de la beneficiaria³¹⁴.

El último supuesto regulado son los alimentos postdivorcio. Si el convenio regulador de los efectos del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas allí acordadas; en caso contrario, pueden ser fijadas judicialmente prestaciones alimentarias aun después del divorcio, aunque reducidas a dos situaciones o supuestos.

En un trabajo recientemente publicado, Jorge Mazzinghi estudia los vestigios y las implicancias del compromiso matrimonial después del divorcio, planteando cómo la fuerza del vínculo matrimonial se proyecta más allá de este y puede justificar un reclamo alimentario que en determinadas circunstancias incluso podría darse algunos o muchos años después de la disolución del matrimonio³¹⁵.

En la legislación vigente en nuestro país, se prevén alimentos postdivorcio en dos supuestos:

a) A favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse (art. 434 inc. a).

En esta línea observamos en la jurisprudencia reciente que se ha otorgado este beneficio a la cónyuge que demostró la existencia de una enfermedad de salud mental preexistente al divorcio, y que por esta afección no cuenta con los recursos necesarios para solventar los gastos que demanda su padecimiento, así como también se estableció que debe continuar como beneficiaria de la obra social en calidad de adherente³¹⁶.

314 Cámara de Familia de Mendoza. Fecha: 30/11/2018, Partes: S. C., P. A. c. G., A. G. s/ medidas precautorias, publicado en: *RCCyC* 2019 (julio), 85, cita: TR LALEY AR/JUR/89741/2018.

315 Mazzinghi, J. A. M. “Algunos vestigios del matrimonio después del divorcio”, publicado en: *La Ley* 12/11/2021, 1 - LA LEY2021-F, 635, cita: TR LALEY AR/DOC/3194/2021.

316 Juzgado de Familia Nro. 3 de Corrientes. Fecha: 30/03/2021, “S. E. A. c. Y. E. s/ alimentos”, publicado en: *RDF* 2021-VI, 110.

b) A favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos (art. 434 inc. b).

En este último caso, la norma fija dos límites: 1) la cantidad de años que duró el matrimonio y 2) que estos no proceden a favor del que recibe la compensación económica del art. 441. Si bien emerge como criterio del legislador el evitar la duplicidad de beneficios, esto no guarda relación con la distinta naturaleza, caracteres y supuestos de procedencia de estas prestaciones económicas.

En un caso publicado recientemente³¹⁷, una mujer demandó por alimentos a su excónyuge alegando que padecía una enfermedad que le hacía imposible procurárselos por su cuenta. En primera instancia el juez había hecho lugar a la demanda, que fue revocada parcialmente por la Cámara. Frecuentemente advertimos que distintos factores de vulnerabilidad confluyen (avanzada edad, fragilidad en la salud, bajos ingresos), por lo que es necesario determinar la procedencia de la prestación bajo una u otra formalidad (inc. a o b).

En este pronunciamiento se destaca que las enfermedades preexistentes invocadas por la actora —hipotiroidismo, esclerodermia y osteoporosis— no se encuadran en los términos del art. 434 inc. a). No obstante, le fue otorgado el beneficio bajo la formalidad del art. 434 inc. b) por considerarse acreditado que los ingresos de la excónyuge no son suficientes para atender las prestaciones de salud atinentes a sus dolencias, y que sus circunstancias concretas (edad y estado de salud) le impiden procurarse recursos para sostenerse. En estos términos, se ordenó en concepto de alimentos que el exmarido le provea la cobertura de obra social y el coseguro, limitándola al plazo que duró el matrimonio –5 años y 5 meses–.

Según entendemos, el límite prefijado por el legislador se percibe en la aplicación a este caso concreto como injusto, atento a que es notorio –se trata de una mujer jubilada– que no le será posible revertir su situación de vulnerabilidad económica para afrontar una mejor cobertura de salud.

317 Cámara 2^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala I. Fecha: 23/05/2019, “M. M. D. c. A. R. R. s/ alimentos”, cita: TR LALEY AR/JUR/13163/2019.

Con relación a las pautas que orientan la cuantificación de los alimentos entre cónyuges (art. 433), nos parece importante remarcar que tutelan económico-
nómicamente al cónyuge, teniendo en cuenta la sobrecarga económica que implica tener que asumir o haber asumido principal o exclusivamente las tareas del hogar y el cuidado de los hijos.

En el caso de los alimentos postdivorcio previstos en el art. 434 inc. b), advertimos que el legislador centra la mirada en la situación económica actual del cónyuge y en las herramientas que posee para procurarse su sustento (edad, salud, capacitación, posibilidades laborales, vivienda) y deja de lado otras pautas (como el trabajo dentro del hogar o la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades). A primera vista, podríamos aventurar que en este último supuesto el legislador se inclinaría más por la procedencia de una prestación de naturaleza compensatoria (arts. 441-442).

Finalmente, señalamos que la jurisprudencia ha venido revisando —a la luz del nuevo texto legal— aquellas cuotas alimentarias acordadas o fijadas judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial³¹⁸.

318 Para ampliar, puede consultarse: Castro, V. A., “Alimentos devenidos de la culpabilidad en un divorcio causado”, publicado en *DFyP* 2016 (junio), 06/06/2016, 66 - *RCCyC* 2016 (julio), 06/07/2016, 79; Guglielmino, A. del C., “Riesgosa doctrina sentada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que fulmina el derecho del cónyuge inocente a continuar percibiendo alimentos a cargo del culpable del divorcio”, en *DFyP* 2016 (septiembre), 05/09/2016, 51; Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Molina de Juan, M. F., “La obligación alimentaria del cónyuge inocente y el derecho transitorio. Cuando las piezas se van acomodando”, en *La Ley* 30/05/2016, 30/05/2016, 4; Mazzinghi, G. M., “La inocencia y una disvaliosa interpretación”, en *La Ley* 30/05/2016, 30/05/2016, 4; Medina, G., “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, en *La Ley* 15/10/2012, 1 - *LA LEY* 2012-E, 1302 - *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2013 (marzo), 3; Mizrahi, M. L., “Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto”, en *La Ley* 04/07/2012, 04/07/2012, 1 - *LA LEY* 2012-D, 888, cita online: AR/DOC/3116/2012); Muñiz, C. y Piazza, J. P., “Alimentos en favor del ‘cónyuge inocente’. Presente y ¿futuro?”, en *La Ley* 06/07/2015, 06/07/2015, 5 - *LA LEY* 2015-D, 1; Pitrau, O., “Derecho alimentario y derecho transitorio”, en *Derecho de Familia. Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, N ° 73, Abeledo-Perrot, 2016, p. 67 y ss. Zannoni, E. A., “Alimentos debidos entre ex cónyuges”, en

El debate en esta materia ha pasado por determinar la procedencia de la aplicación de la nueva ley a las consecuencias de las situaciones o relaciones jurídicas nacidas o extinguidas al amparo de la ley anterior³¹⁹.

En esa línea, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Sala Civil y Comercial y de Familia, determinó que la cuota alimentaria fijada a favor de la excónyuge divorciada en los términos del Código Civil derogado debía mantenerse porque el recurrente —que pretendía su cese— no acreditó que su exesposa contara con recursos suficientes para sustentarse y que, por ello, hubiera dejado de necesitar la cuota alimentaria de la que goza³²⁰.

En otro pronunciamiento, se hizo lugar al pedido de cese de cuota alimentaria en favor de la exesposa al tenerse por acreditado que ella ejerce la docencia y que, por lo tanto, no necesita de estos ingresos, máxime cuando hoy su exmarido es jubilado, con lo cual la situación contemplada al momento de la fijación de la cuota no resulta ser la misma³²¹. Y en otro pronunciamiento similar, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que había

La Ley 31/10/2016, 31/10/2016, 1 - *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2016 (diciembre), 07/12/2016, 18, cita online: AR/DOC/3353/2016; Zannoni, E., *Derecho de Familia*, Tomo 2, 5º edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 219.

319 Kemelmajer de Carlucci, A., “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, en *La Ley* 22/04/2015, 22/04/2015, 1 - LA LEY 2015-B, 1146, cita online: AR/DOC/1330/2015; Rivera, J. C., “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso”, en *La Ley* 04/05/2015, 04/05/2015, 1 - La Ley 2015-C, 645, cita online: Ar/Doc/1424/2015. Nota: doctrina relevada al 13/01/17; y Kemelmajer de Carlucci, A., “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, en *La Ley* 02/06/2015, 02/06/2015, 1 - LA LEY 2015-C, 951, cita online: AR/DOC/1801/2015; Rivera, J. C., “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite Algunas propuestas”, en *La Ley* 17/06/2015, 17/06/2015, 1 - LA LEY 2015-C, 1112, cita online: AR/DOC/1977/2015.

320 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Sala Civil y Comercial y de Familia. Fecha: 24/11/2017. Partes: “F. C. A. c. P. G. del V. s/ cesación de cuota alimentaria”, publicado en *RCCyC* 2018 (mayo), 173, cita: TR LALEY AR/JUR/99466/2017.

321 Juzgado de Familia Nro. 7 de La Plata. Fecha: 16/10/2018. Partes: D. C. F. C. c. B. C. C. s/ Incidente de alimentos, cita: TR LALEY AR/JUR/68149/2018.

decretado el cese de la prestación alimentaria convenida por los excónyuges –en el marco de un proceso de divorcio contencioso– en favor de la exmujer³²².

Más allá de las tesis que estudian la aplicación o no de la nueva ley a las consecuencias de las situaciones o relaciones jurídicas nacidas o extinguidas al amparo de la ley anterior, a esta materia en particular se suma la dificultad de la especial naturaleza jurídica de las prestaciones alimentarias debidas bajo el amparo del régimen anterior. Por su fuente en estas prestaciones suelen coexistir elementos de naturaleza asistencial junto a componentes de naturaleza indemnizatoria, compensatoria o reparatoria³²³.

En atención a esto último, el principal inconveniente que podemos observar en estos pronunciamientos es que en ocasiones se desconoce la naturaleza jurídica y formalidad bajo la cual se establecieron oportunamente estas prestaciones económicas. Y si bien en ocasiones estas prestaciones podrán ser mantenidas si se cumplen los presupuestos contemplados en el régimen vigente para la procedencia de alimentos postdivorcio, la situación podría resultar injusta en otros casos en donde se ha dispuesto su cese, máxime cuando se encuentra cerrada la puerta para el reclamo de otras prestaciones de naturaleza compensatoria que tal vez otrora hubiesen prosperado si hubiesen estado contempladas en la ley anterior.

Finalmente, nos parece importante mencionar un fenómeno que retomaremos con mayor contundencia en los próximos puntos: la jurisprudencia en torno a remedios económicos post cese del proyecto de vida en común ha estado y sigue estando claramente “feminizada”. Son las mujeres quienes alegan y prueban su vulnerabilidad económica, una fragilidad que es preexistente y se pone de manifiesto con el cese de la convivencia, tanto en las uniones matrimoniales como en las no matrimoniales.

322 Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II. Fecha: 26/03/2019. Partes: D. C., F. C. c. B., C. C. s/ incidente de alimentos. Publicado en RCCyC 2019 (julio), 71, con nota de Jorge A. M. Mazzinghi, cita: TR LALEY AR/JUR/3129/2019.

323 Recordamos la obra de referencia en la materia: Fanzolatto, E., *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*, Ed. Depalma, 1993, p. 37.

Y con respecto a estas últimas, nuestro legislador solo ha regulado el deber de asistencia durante la convivencia, y no ha previsto alimentos post cese de la unión convivencial, ni siquiera en el caso de circunstancias tan sensibles como la extrema necesidad económica o la enfermedad, lo que sin lugar a dudas tiene repercusión en el interés económico de los miembros más vulnerables de la familia: mujeres, más aún si son adultas mayores, y niños, como víctimas indirectas.

B. COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La compensación económica es un dispositivo que tiene por finalidad compensar el desequilibrio económico que la nulidad del matrimonio, el divorcio o el cese de la unión convivencial causa a uno de los cónyuges o convivientes³²⁴.

324 Puede consultarse, entre otros: Amievas, V., "La compensación económica prevista en el nuevo Código Civil y Comercial: ¿una relectura del rol de los cónyuges?", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2015 (abril), 06/04/2015, 34 - DJ22/04/2015, 1; Belluscio, A. C., "Alimentos y prestaciones compensatorias", en *La Ley* 1995-A, 1032 - LLP 1995, 01/01/1995, 19, cita online: AR/DOC/5643/2001; Blanchard, V., "Compensación económica. Riesgos de una inadecuada interpretación", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2016 (abril), 04/04/2016, 3, cita online: AR/DOC/630/2016; Corbo, C. M., "La compensaciones económicas en el Derecho Comparado y Proyecto de Reforma", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2013 (diciembre), 02/12/2013, 45, cita online: AR/DOC/3070/2013; Irigoyen Testa, M., "Fórmulas para la compensación económica por divorcio o cese de convivencia", en *RCCyC* 2015 (diciembre), 299 • Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016 (noviembre), 43; Lepin Molina, C. L., "La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012 (agosto), 08/08/2012, 81, cita online: AR/DOC/3520/2012; Medina, G., "Compensación económica en el Proyecto de Código", en *La Ley* 20/12/2012, 20/12/2012, 1 - LA LEY 2013-A, 472 - *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 3, cita online: AR/DOC/4860/2012; Molina de Juan, M., "Compensaciones económicas en el Proyecto. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Ed. Abeledo-Perrot, Nro. 57 p. 1887 - Citar Abeledo Perrot N°: AP/DOC/4234/2012; Molina de Juan, M. F., "Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas necesarias y respuestas posibles", en *ADLA* 2015-24, 165, cita online: AR/DOC/3065/2015; Molina de Juan,

En cuanto a los requisitos de procedencia de esta prestación, es importante destacar que debe acreditarse:

- 1) Que el divorcio produzca a uno de los cónyuges o convivientes un desequilibrio económico manifiesto con relación al otro: esta pauta resulta de la comparación de la situación económica de uno y otro.
- 2) Que el desequilibrio signifique un empeoramiento de la situación económica de uno de los cónyuges o convivientes, una disminución o descenso en su nivel de vida, que su calidad de vida y posibilidades sufran un impacto negativo a partir del cese de la relación.
- 3) Que este desequilibrio tenga por causa adecuada el vínculo matrimonial y el divorcio (o la unión convivencial y su cese), habiéndole restado posibilidades de desarrollo económico por el papel asumido durante la convivencia y que debido a la ruptura quede expuesto este desequilibrio.

Mariel Molina de Juan señala que la noción de “desequilibrio económico” podría definirse como “... la falta de armonía entre las diferentes posibilidades patrimoniales de las partes en conflicto, en este caso, entre quienes han integrado una familia en calidad de cónyuges o convivientes”. Esta falta de armonía exige –según la autora– una doble comparación: i) interna de la pareja (comparar la situación económica de las partes) y ii) temporal (analizar la

M. F. “Compensaciones económicas y derecho transitorio. Donde no hubo derecho no hay acción”, en *La Ley* 05/09/2016; Rolleri, G. G., “Observaciones sobre las compensaciones económicas”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2014 (octubre), 01/10/2014, 103, cita online: AR/DOC/3193/2014; Solari, N. E., “Sobre el carácter renunciable de la prestación compensatoria”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2014 (julio), 14/07/2014, 8, cita online: AR/DOC/1884/2014; Solari, N. E. “Las prestaciones compensatorias en el Proyecto de Código”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012 (octubre), 01/10/2012, 3, cita online: AR/DOC/4827/2012; Solari, N. E., “Uniones convivenciales y derechos humanos”, en *La Ley* 28/08/2015, 28/08/2015, 1 - La Ley 2015-D, 1195, cita online: AR/DOC/2776/2015; Venini, G., “Las compensaciones económicas en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2015 (junio), 08/06/2015, 10, cita online: AR/DOC/1414/2015.

evolución patrimonial de cada uno de los miembros antes de la unión, durante el transcurso de esta y luego de la ruptura)³²⁵.

En un interesante análisis, Mazzinghi plantea el tono neutro utilizado por el legislador, en donde al menos a primera vista no se repara en el hecho de que el desequilibrio en el estado patrimonial pudo haberse debido a la actitud del afectado, que pudo haber abandonado su actividad profesional, laboral o comercial, no para prestar más atención a las necesidades de la familia sino con otros fines, como el deseo de encarar proyectos postergados u otras iniciativas sin un propósito lucrativo, o aprovechar de otra manera el tiempo libre³²⁶. Con relación a este punto, nos parece importante remarcar que si bien se pondera una situación objetiva (el desequilibrio económico del art. 441), este dispositivo también tiene una mirada subjetiva al sopesar los sacrificios realizados por uno de los cónyuges en pos del proyecto de vida en común (presente en las pautas orientativas para su procedencia y cuantificación del art. 442).

Por eso, nos parece importante subrayar cómo las pautas que orientan la procedencia y cuantificación de la compensación económica visibilizan la situación de vulnerabilidad de la mujer, que suele ser quien sacrifica en mayor o menor medida su crecimiento económico y profesional para dedicarse a atender las necesidades de su familia. También observamos cómo este remedio, al equilibrar su situación económica, influye en la calidad de vida del hogar que ella comparte con sus hijos, tutelando también —indirectamente— su interés económico.

El código reconoce expresamente el valor económico de los aportes del cónyuge o del conviviente que ha asumido principalmente las tareas relacionadas con la conducción del hogar y el cuidado y la educación de los hijos.

325 Molina de Juan, M. F. “Comprensión y extensión del concepto de desequilibrio en las compensaciones económicas”, en *La Ley Online*, cita online: AR/DOC/1018/2016.

326 Mazzinghi, J. A. M., “La compensación económica en el divorcio: apuntes y sugerencias para una más equitativa utilización de la figura”, en *DFyP 2020* (noviembre), 12, cita TR LALEY AR/DOC/3417/2020.

Como hemos mencionado más arriba, las estadísticas siguen demostrando que es la mujer quien continúa asumiendo principal o exclusivamente estos roles³²⁷. Y que el legislador introduzca dispositivos para compensar algunos desequilibrios que se ponen de manifiesto frente a la ruptura de la unión es un modo de reconocer la dependencia “derivada” que describe Martha Fineman³²⁸.

La reconocida autora describe dos formas de “dependencia” que frecuentemente tienen lugar en el seno de la familia: “la dependencia inevitable” y la “dependencia derivada”³²⁹. La primera surge de un estatus y situación, y está frecuentemente relacionada con la edad (niñez, vejez), la enfermedad o la discapacidad. Es biológica, universal, siempre ha existido y existirá. La segunda es una forma “complementaria” o “derivada” de dependencia. Es la situación en la que se ven inmersas aquellas personas que cuidan a otras que son “dependientes inevitables”; en este caso, su “dependencia derivada” surge de su rol de “cuidadores” y de la necesidad de recursos que sus tareas generan. Este último tipo de dependencia no es inevitable, ni es universal; conforme la visión de la autora, está definida y asignada socialmente, asignación que está ligada al género³³⁰.

La presión por la neutralidad de género —denuncia la citada autora— ha provocado que la mujer, especialmente la mujer que es madre, haya sido “silenciada” en el derecho actual, reducida en numerosas ocasiones a la

327 Citábamos más arriba: “Las mujeres tienen una responsabilidad desproporcionada con respecto al trabajo no remunerado de cuidados que prestan a otras personas. Las mujeres dedican entre 1 y 3 horas más que los hombres a las labores domésticas; entre 2 y 10 veces más de tiempo diario a la prestación de cuidados...” (Fuente: ONU Mujeres. Sección Hechos y cifras: Empoderamiento económico, <https://www.unwomen.org/es>, consultado el 09/10/22).

328 Fineman, M., “Masking Dependency: The Political Role of Family Rhetoric”, *op. cit.*, pp. 2181-2215.

329 Fineman, M., “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *op. cit.*, [consultado el 28-11-21].

330 Fineman, M., “Masking Dependency: The Political Role of Family Rhetoric”, *op. cit.* [en línea: <http://www.jstor.org/stable/1073577> 28-11-21].

categoría genérica “cónyuge” o “progenitor”. Aunque, desde luego, esta “desaparición” es solo retórica³³¹.

El aumento de la participación de las mujeres en el mundo laboral ha implicado en muchas ocasiones que esta experimente una sobrecarga por tener que asumir responsabilidades duales dentro y fuera del hogar, cuando estas tareas no han sido redistribuidas³³²; también la persistencia del fenómeno de la incorporación de las hijas mayores a las labores de la casa y al cuidado de sus hermanos menores³³³ (o de otras mujeres de la familia ampliada, como abuelas, tíos, primas, etc.³³⁴); la contratación de otras mujeres —en ocasiones por magros salarios— para colaborar en estas tareas³³⁵, etc. En estos últimos dos casos queda de manifiesto que la “vulnerabilidad” de la mujer —en términos de “dependencia derivada”— no “desaparece”, sino que frecuentemente se “traslada” o “transmite” a otras mujeres.

Por todo esto, es importante valorar económicoamente estas tareas. Basta con considerar, por un lado, que quien las asumió dejó de generar otros ingresos para dedicarse a atender las necesidades de la familia y, por el otro, que cuando estas son realizadas por un tercero tienen un costo. Y si bien se ha incrementado el acceso de la mujer a la capacitación superior y su participación en el mundo laboral, todavía se observan casos en donde la distribución de roles entre el hombre y la mujer opera de un modo clásico o tradicional. Entonces, estos remedios económicos se tornan en herramientas eficaces

331 Fineman, M., “The Neutered Mother”, Emory University School, *op. cit.*, p. 660.

332 Arriagada, I., ¿Familias vulnerables o vulnerabilidad de las familias?, CELADE – División de Población, Seminario Internacional, *Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 20 y 21 de junio de 2001, y Fineman, M., “Masking Dependency: The Political Role of Family Rhetoric”, *op. cit.*, p. 2183 [en línea: <http://www.jstor.org/stable/107357728-11-21>].

333 Arriagada, I., *op. cit.*

334 Es menos frecuente que estas tareas sean llevadas a cabo por hermanos, abuelos, tíos, etc., aunque en algunos casos ello suceda.

335 Fineman, M., “Masking Dependency: The Political Role of Family Rhetoric”, *op. cit.*, p. 2181 [en línea: <http://www.jstor.org/stable/107357728-11-21>].

para atender a la fragilidad económica de la mujer frente a la ruptura³³⁶. En el capítulo siguiente se trata este tema en profundidad.

En síntesis, la compensación económica se presenta como un remedio que permitirá corregir con equidad la situación de vulnerabilidad económica de la cónyuge o de la conviviente, y en consecuencia mejorará indirectamente las condiciones de vida de los hijos que viven con ella.

Y nos referimos esencialmente a la mujer que es cónyuge o que es conviviente porque la literatura y la evidencia científica que venimos citando así lo evidencia; y también porque los fallos publicados en esta materia también nos avalan. Como hemos anticipado en el punto anterior, la jurisprudencia en torno a remedios económicos postdivorcio o post cese de la convivencia claramente está “feminizada”. Son las mujeres quienes alegan y prueban esta vulnerabilidad económica, que es preexistente y se pone de manifiesto con el cese de la convivencia, tanto en las uniones matrimoniales como en las no matrimoniales.

El objeto de la prestación dependerá fundamentalmente de las circunstancias del caso: la situación económica de la parte obligada y las características del desequilibrio sufrido por la parte beneficiaria. El legislador señala que puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado (no previsto para el caso de una unión convivencial), y puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez, como –por ejemplo– con la transferencia de la propiedad de un bien. En ocasiones, este desequilibrio es definitivo o irreversible (adultas mayores, sin posibilidades de inserción laboral o de generar otros ingresos), lo que hace aconsejable que la compensación se fije en una renta por tiempo indeterminado cuando ello es factible; en otros casos, el desequilibrio puede

336 Solari, N. E., “La compensación económica desde una perspectiva de género”, en *La Ley* 11/07/2019, 7 - La Ley 2019-C, 591 - DFyP 2019 (noviembre), 53, cita: TR LALEY AR/DOC/2087/2019.

revertirse en un corto o mediano plazo, entonces tal vez es más aconsejable una renta por tiempo determinado³³⁷.

En esta línea, observamos en la jurisprudencia reciente que se ha otorgado este beneficio a la cónyuge que demostró que durante el matrimonio se había dedicado exclusivamente a la crianza de sus hijos y a la atención del hogar familiar. En consecuencia, frente a la ruptura del vínculo matrimonial de 23 años, no posee un trabajo remunerado para asegurar su propia subsistencia ni cuenta con estudios terciarios o universitarios que faciliten su inserción laboral, ni tampoco ahorros que le faciliten su transición económica hacia un sistema de vida independiente. La edad de la actora es también un factor determinante: contaba con 46 años al tiempo de la separación de hecho, 52 años al confirmarse la separación personal –en la que fuera declarada cónyuge inocente– y 56 años al momento de la conversión de la separación en divorcio vincular (2016). Además, logró demostrar que este rol asumido durante la convivencia hizo posible que su exmarido pudiera dedicarse plenamente a su actividad laboral, crecer profesionalmente y, en virtud de ello, gozar la familia de un buen nivel de vida³³⁸.

En otro pronunciamiento de similares características, la Sala B de la Cámara Nacional Civil distinguió entre el desequilibrio estrictamente patrimonial (en referencia a los bienes de los cónyuges) y el desequilibrio en las posibilidades ciertas de encarar el desenvolvimiento personal con posterioridad a la ruptura. Comenta Mazzinghi que la sentencia se funda en esta última dimensión —más dinámica— y en las pocas chances de

337 Graciela Medina propone un criterio diferenciador, teniendo en cuenta si el desequilibrio es perpetuo o coyuntural. Medina, G., “Compensación económica en el Proyecto de Código”, en *La Ley* 20/12/2012, 20/12/2012, 1 - LA LEY2013-A, 472 - en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 3, cita online: AR/DOC/4860/2012.

338 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino. Fecha: 04/04/2019. Partes: V., L. A. c. M., R. H. s/ materia de otro fuero, publicado en: *RCCyC* 2019 (junio), 109, Cita: TR LALEY AR/JUR/5440/2019.

la cónyuge para alcanzar un cierto grado de autonomía en su realización personal³³⁹.

El legislador señala que el desequilibrio debe medirse al momento del cese de la vida en común, estableciendo un plazo de caducidad para el reclamo; no obstante, en algunos pronunciamientos el plazo de caducidad ha sido puesto en tela de juicio³⁴⁰.

En este sentido, es importante tener presente que el inicio del cómputo del plazo de caducidad de seis meses es diferente según el tipo de unión: mientras que en las uniones matrimoniales se computa desde el divorcio, en las uniones convivenciales se computa desde su cese. Entonces, en las primeras, si el divorcio estuvo precedido de un largo período —años— de separación de hecho, se ha planteado cómo esta situación puede influir en su procedencia cuando durante ese lapso no hubo transferencias o ayudas económicas entre las partes³⁴¹. Hemos observado en la jurisprudencia que en casos donde la separación de hecho de las partes se remontaba a años atrás, se ponderaba que las partes habían estado litigando durante todo ese tiempo y que incluso se habían fijado alimentos provisорios durante el proceso; además de que recién a partir del dictado de la sentencia de divorcio la actora había tenido expedita la vía para reclamar una compensación³⁴².

339 Mazzinghi, J. A. M., “Compensación económica: el desequilibrio en las perspectivas de un desenvolvimiento autónomo y la incidencia de otros factores”, en *La Ley* 11/09/2020, 8, cita: TR LALEY AR/DOC/2777/2020.

340 Pueden consultarse además las recomendaciones en torno a esta cuestión de las XXIV Jornadas Nacionales de 2013 (UBA) y de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UNL) en <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/institucional/ediciones-anteriores> (fecha de consulta 10/10/22).

341 Puede consultarse: Giovannetti, P. S., “Compensaciones económicas derivadas del matrimonio y la unión convivencial”, en *DFyP*, Ed. La Ley, julio 2017; Mizrahi, M. L., “La compensación económica en el divorcio y las uniones convivenciales”, en *DFyP* 2018 (agosto), 3 - *RCCyC* 2019 (mayo), 68, cita: TR LALEY AR/DOC/1344/2018.

342 Juzgado Nacional de 1^a Instancia en lo Civil Nro. 92. Fecha: 06/03/2018. Partes: K. M., L. E. c. V. L., G. s/ fijación de compensación, publicado en *RCCyC* 2018 (junio), 121 - *RDF* 2018-IV, 145, con nota de Claudia G. Raganato, cita: TR LALEY AR/JUR/261/2018.

Por resultar emblemático en esta materia, traemos en comentario un fallo del Juzgado Nacional de 1^a Instancia en lo Civil Nro. 92, del año 2018, que otorgó a una excónyuge una compensación económica de \$8.000.000 aun cuando el divorcio había sido otorgado en el año 2011. En este punto se siguió el criterio fijado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que había habilitado la vía judicial pese al cumplimiento del plazo de caducidad. Los cónyuges habían estado casados durante 27 años; la mujer tenía 70 años, por lo que sus posibilidades de acceso al empleo eran escasas o nulas. En su momento había relegado su profesión de licenciada en economía para dedicarse exclusivamente a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos. Y hoy, tras la ruptura, su posición económica es inferior a la de su exmarido –que a su vez había incrementado su patrimonio durante la unión³⁴³.

También hemos observado algunos planteos dentro del régimen de uniones no matrimoniales³⁴⁴. En esta línea, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén –aplicando las Reglas de Brasilia– determinó que el cómputo del plazo de caducidad no podía iniciar en la fecha en que la exconviviente se había retirado del hogar como consecuencia de un episodio de violencia, en estado de confusión y vulnerabilidad,

343 Juzgado Nacional de 1^a Instancia en lo Civil Nro. 92. Fecha: 17/12/2018. Partes: M. L., N. E. c. D. B., E. A. s/ fijación de compensación arts. 524, 525 CCCN, publicado en *La Ley* 11/07/2019, 7, con nota de Néstor E. Solari; LA LEY 2019-C, 591, con nota de Néstor E. Solari; RCCyC 2019 (septiembre), 77, con nota de Rodolfo G. Jáuregui; DFyP 2019 (noviembre), 60, con nota de Néstor E. Solari, cita: TR LALEY AR/JUR/91791/2018 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I. Fecha: 04/04/2017. Partes: “M. L., N. E. c. D. B. E. A. s/ fijación de compensación”, publicado en *La Ley* 31/08/2017, 11 - LA LEY2017-E, 71 - RCCyC 2017 (octubre), 230 - LA LEY 11/07/2019, 7.

344 Recordamos nuestra ponencia en las XXXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UNL): González, E. M., “El plazo de caducidad del derecho a reclamar compensación económica”. También Alemán, M. del C., “Compensación económica y violencia de género”, publicado en RDF 2021-I, 94, cita: TR LALEY AR/DOC/3940/2020 y Martínez Alcorta, J. A., Silva, C. I., “Acerca del plazo de caducidad para reclamar la compensación económica. Su implicancia y valoración en torno a situaciones de violencia y otras causas de vulnerabilidad”, publicado en *Sup. Esp. CP* 2019 (noviembre), 183 - DFyP 2020 (febrero), 159, cita: TR LALEY AR/DOC/3882/2019.

a fin de proteger su propia integridad y la de su hija menor de edad; máxime cuando en el caso había transcurrido un breve lapso de tiempo entre la interrupción de la convivencia (05/02/17), la fecha de caducidad (06/08/2017) y la fecha de interposición de la demanda (20/09/2017)³⁴⁵.

También en otro caso enmarcado en un contexto de violencia doméstica, el Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel hizo lugar a una demanda de compensación económica, no obstante encontrarse vencido el plazo de caducidad de seis meses días antes. La pareja convivió durante 32 años y tuvo tres hijos en común. Mientras él se desempeñaba como chofer en diferentes empresas de transporte, la mujer dedicaba la mayor parte del tiempo a la crianza de los hijos y las tareas del hogar. Y cuando los hijos crecieron, también realizó sus propios aportes trabajando en una farmacia y como peluquera. Juntos lograron ampliar la vivienda, construir un departamento para alquiler temporario y proveer de estudios universitarios a la hija mayor. La actora manifestó que soportó situaciones de hostigamiento y agresiones que la llevaron a retirarse del hogar con solo algunos efectos personales, incluso que debió alejarse transitoriamente de la zona, y que al regresar debió realizar reiteradas denuncias penales. También, que debió dejar una relación laboral que había iniciado luego de la separación por diversas situaciones de violencia provocadas por la expareja³⁴⁶.

Finalmente, nos parece importante mencionar una cuestión que puede ser altamente sensible con relación al tema que nos convoca. En las uniones convivenciales, y ante la posibilidad de celebrar pactos entre convivientes, se ha planteado la posibilidad de incluir en ellos una renuncia anticipada al

345 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I. Fecha: 06/07/2018, partes: M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica, publicado en *RCCyC* 2018 (octubre), 91 - *RDF* 2019-I, 97, con nota de M. del C. Alemán, cita: TR LALEY AR/JUR/39399/2018.

346 Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel. Fecha: 28/10/2019. Partes: S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación económica, publicado en *RDF* 2020-III, 132, Con nota de Gonzalo E. Imas, cita: TR LALEY AR/JUR/55959/2019.

derecho a reclamar una compensación económica³⁴⁷. Según nuestra opinión, frente al cese de la unión, la tutela efectiva de los derechos de los miembros más vulnerables de la familia puede orientar la revisión judicial de estas cláusulas, evaluándose la situación de fragilidad económica de las partes al momento de celebrar aquel pacto y al momento del cese de la relación, así como también las pautas genéricas de procedencia de estos beneficios y el grado de afectación de derechos fundamentales. En estos casos, por aplicación de los principios de protección de la vulnerabilidad y de solidaridad familiar, y en virtud de los límites impuestos por el art. 515, el juez podrá declarar la ineficacia de cláusulas abusivas que afecten el orden público, la igualdad de los convivientes o los derechos fundamentales de las partes.

C. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

La atribución del uso de la vivienda familiar puede acordarse en el convenio regulador de los efectos del divorcio o puede fijarse judicialmente³⁴⁸. En este último caso, entre los efectos del divorcio, el art. 443 dis-

347 Entre otros, puede consultarse: Callegari, M. G. y otros, “La renuncia anticipada a la compensación económica en los pactos de convivencia. Tratamiento en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, publicado en *DFyP* 2020 (agosto), 44, cita: TR LALEY AR/DOC/583/2020; De la Torre, N. y Pellegrini, M. V., “Uniones convivenciales”, en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (director), *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo V-A, Ed. Rubinzal Culzoni, 2016, p. 472; Famá, M. V., “Régimen patrimonial de las uniones convivenciales”, en *RCCyC* 2015 (diciembre), 16/12/2015, 21, cita online: AR/DOC/4285/2015; Krasnow, Adriana, (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo II, Ed. La Ley, p. 575; Lloveras, N., Orlandi, O. y Faraoni, F., *Uniones convivenciales*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 289; Medina, G., “Compensación económica en el Proyecto de Código”, en La Ley 20/12/2012, 20/12/2012, 1 - LA LEY2013-A, 472 - *DFyP* 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 3, cita online: AR/DOC/4860/2012; Solari, N. E., “Uniones convivenciales y derechos humanos”, *op. cit.*; Venini, G., “La renuncia a las compensaciones económicas en la unión convivencial”, en *RCCyC* 2017 (marzo), 03/03/2017, 63, cita online: AR/DOC/257/2017.

348 Puede consultarse: Basset, Ú. C. (dir.), “Comentario al Art. 443”, en Alterini, J. H. (director general); Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo III, p. 180; Millán, F., “Atribución de la vivienda

pone que uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial (art. 443). Esta atribución comprende también la de los muebles que están afectados a ella.

La norma prescribe que el juez debe evaluar qué tipo de derechos tienen los cónyuges sobre el respectivo inmueble (titularidad, calificación, etc.), y luego determinar la procedencia, el plazo de duración y los efectos de la atribución. Para esto establece una serie de pautas, de carácter meramente enunciativo:

- 1) La persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos (art. 443 inc. a).

Esta pauta tutela expresamente el derecho a la vivienda del hijo³⁴⁹, que justificaría la preferencia de un cónyuge sobre otro en la atribución del uso de esta. A nuestro aviso, procede tanto sean hijos comunes como no³⁵⁰. Y en todo caso, de realizarse una interpretación restrictiva, los hijos de uno solo de ellos pueden resultar amparados por aplicación del inc. d).

El interés superior de los hijos involucrados, y el mantenimiento del *statu quo*, debe prevalecer en esta materia, posibilitándoles que continúen

ante la ruptura familiar", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2015 (octubre), 07/10/2015, 39, cita online: AR/DOC/3198/2015; Molina de Juan, M. F., "Protección de la vivienda familiar", en *RCCyC* 2015 (diciembre), 16/12/2015, 52, cita online: AR/DOC/4265/2015; Pellegrini, M. V., "Comentario al Art. 443", en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (directoras), *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014, p. 508; Veloso, S. F., "Atribución del uso de la vivienda familiar", en *La Ley* 21/03/2017, 21/03/2017, 1 - LA LEY2017-B, 731 - DFyP 2017 (junio), 13/06/2017, 19, cita online; Sambrizzi, E. A., "Atribución del uso de la vivienda en el divorcio", en *La Ley* 24/10/2016, 1 - *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2016 (noviembre), 04/11/2016, 59, cita online: AR/DOC/3279/2016.

349 Molina de Juan, M. F., "Protección de la vivienda familiar", en *RCCyC* 2015 (diciembre), 16/12/2015, 52, cita online: AR/DOC/4265/2015; Sambrizzi, E. A., "Atribución del uso de la vivienda en el divorcio", en *La Ley* 24/10/2016, 24/10/2016, 1 - *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2016 (noviembre), 04/11/2016, 59, cita online: AR/DOC/3279/2016.

350 Pellegrini, M. V., "Comentario al Art. 443", en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (directoras), *op. cit.*, p. 508.

viviendo en el mismo hogar y mantengan las mismas condiciones de vida de las que gozaban cuando sus progenitores convivían³⁵¹.

Eduardo Sambrizzi señala que en otras legislaciones —como la española— “... resulta decisivo para la atribución de la vivienda familiar, el otorgamiento del cuidado de los hijos, mientras que, tal como seguidamente veremos, en nuestro Código dicha pauta constituye una más entre varias”³⁵². En virtud de esta atinada observación, y frente a la circunstancia de que el juez deba ponderar distintas situaciones de vulnerabilidad en juego, el interés superior del niño debe prevalecer.

Más aún, en los casos en donde el cuidado personal de los hijos es compartido con modalidad alternada, y no existe una residencia principal de los hijos, esta pauta debe ser analizada con relación a otras y a las demás circunstancias del caso³⁵³.

En un caso reciente, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy rechazó la pretensión del excónyuge de homologar un convenio celebrado con su exmujer y ejecutar el correspondiente lanzamiento³⁵⁴; en el mismo habían previsto que tanto ella como los hijos menores de ambos continuarían habitando en la vivienda familiar —propiedad de un tercero— por un lapso de tiempo, plazo que se encontraba fenecido³⁵⁵.

351 Faraoni, F. E., Tissera Costamagna, R., “La protección de la vivienda y las niñas, niños y adolescentes”, en *RDF* 80, 253, cita: TR LALEY AR/DOC/3767/2017.

352 Sambrizzi, E. A., “Atribución del uso de la vivienda en el divorcio”, *op. cit.*

353 Mariel Molina comenta un caso de la jurisprudencia española en donde se propone una solución que a su aviso podría ser aplicable en el derecho argentino. Molina de Juan, M. F., Sgro, G., “Atribución de la vivienda en casos de cuidado personal compartido”, en *RDF* 2019-V, 456, cita: TR LALEY AR/DOC/2638/2019.

354 Lanzamiento: ejecución forzosa de una resolución judicial que priva a una persona de la posesión de un inmueble.

355 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Sala Civil y Comercial y de Familia. Fecha: 13/08/2018. Partes: S., F. C. c. Z., M. J. s/ Ejecución de sentencia, cita: TR LALEY AR/JUR/47065/2018.

2) La persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios (art. 443 inc. b).

Esta pauta lleva al juez a apreciar la situación en la que puede encontrarse una de las partes frente a la ruptura del proyecto de vida en común, y frecuentemente relacionada con decisiones tomadas durante el mismo. Como hemos mencionado anteriormente, son muchos los factores que contribuyen a la mayor vulnerabilidad económica, especialmente de la mujer, cuando asume a temprana edad el compromiso de llevar adelante principal o exclusivamente las denominadas tareas de cuidado, y que luego repercuten negativamente en su posición económica.

En esta línea, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y atribuyó el uso temporal de la vivienda familiar a la excónyuge, teniendo presente que desde la celebración del matrimonio fue el marido el que asumió el sustento económico de la familia, y que efectivamente aquella se encuentra en una situación financiera más desventajosa para proveerse una vivienda por sus propios medios y resolver sus dificultades habitacionales³⁵⁶.

1) El estado de salud y edad de los cónyuges (art. 443 inc. c)

Estas pautas contemplan directamente la mayor vulnerabilidad o fragilidad económica del cónyuge debido a la vejez y la enfermedad, y frecuentemente observamos cómo estos factores de vulnerabilidad se superponen. La mujer es más vulnerable económicamente si tenemos presentes todos los factores que venimos mencionando, y su situación de vulnerabilidad se agrava —tornándose directamente irreversible— si añadimos otros factores como la edad avanzada para reinsertarse económicamente o la fragilidad en la salud, que en ocasiones vienen de la mano.

356 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I. Fecha: 13/12/2016. Partes: B. A. C. c. C. M. S. s/ divorcio (art. 214 inc. 2 C.C.), cita: TR LALEYAR/JUR/85216/2016.

2) Los intereses de otras personas que integran el grupo familiar (art. 443 inc. d).

Esta pauta orienta a contemplar también la necesidad de vivienda de otros familiares que residen en ella junto al cónyuge que solicita la atribución. La mujer en tanto cónyuge es quien suele asumir las tareas de cuidado de otros miembros vulnerables de la familia, adultos mayores, personas con discapacidad o con capacidad restringida.

Nos parece importante remarcar que la enumeración de pautas es simplemente enunciativa, lo que admite contemplar otras circunstancias de vulnerabilidad que incluso pueden confluir con las anteriores, como por ejemplo la situación de la mujer que tiene un pequeño emprendimiento comercial en la vivienda, y puede preservar con esta atribución su fuente de ingresos, o que invoque que la vivienda se encuentra próxima a la de sus padres, que son adultos mayores que se benefician de sus cuidados directos, o que prestan colaboración en el cuidado y educación de sus nietos pequeños, etc.

También el juez tiene amplias facultades para apreciar las circunstancias del caso y establecer en consecuencia diferentes efectos de la atribución: fijar plazo, condiciones, compensaciones, restricciones a la libre disponibilidad, etc.³⁵⁷. Con relación al último punto, la libre disponibilidad, observamos que muchas de estas limitaciones son razonables si tenemos en cuenta la situación de desventaja en la que es colocado el hijo ante la ruptura de la relación de sus padres. Si sus progenitores aún continuasen casados, el hijo muy probablemente viviría junto a ellos en la vivienda familiar hasta que decidiera emprender su propio camino.

Es importante resaltar que la atribución es necesariamente temporal, porque implica una limitación al dominio (art. 443 y 445). Para la

357 Mazzinghi, J. A. M., "El nuevo status de la vivienda. Afectación, disposición, uso, atribución preferencial y después de la muerte", en *La Ley* 01/03/2016, 01/03/2016, 1 - LA LEY2016-B, 639, cita online: AR/DOC/481/2016.

determinación de este plazo, el juez deberá ponderar distintos factores, que variarán de acuerdo con las circunstancias tenidas en cuenta para su otorgamiento³⁵⁸. Este plazo puede ser prorrogado, también de acuerdo con las circunstancias³⁵⁹.

Nos parece importante subrayar que a la hora de regular la atribución del uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial, el legislador mencionó expresamente solo dos supuestos:

1) Si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad.

Tal como señalamos anteriormente, este dispositivo tutela expresamente el derecho a la vivienda de los hijos, lo que justificaría la preferencia de un conviviente sobre otro en la atribución del uso de la misma. Conforme a una interpretación amplia, a la que adherimos, la regla se aplica tanto a hijos comunes como de uno solo de los convivientes.

Un breve recorrido por la jurisprudencia más reciente en la materia deja a la vista cómo diversos factores de vulnerabilidad confluyen en los casos resueltos por nuestros tribunales.

En un fallo del Juzgado de 1^a Instancia en lo Civil y Comercial, de Conciliación y de Familia de la 1^a Nominación de Bell Ville, se atribuyó el uso de la vivienda familiar a la exconviviente y sus dos hijos en atención a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. En este caso, el exconviviente —que había resultado adjudicatario del inmueble a través de un plan de viviendas del municipio— había resultado a la vez excluido del hogar en virtud de una denuncia de violencia y no se había presentado en el juicio³⁶⁰.

358 Podría solicitarse la atribución hasta que todos los hijos alcancen la mayoría de edad, o mientras residan en él hijos con derecho alimentario, etc.

359 Capparelli, J. C., “Protección de la vivienda matrimonial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012 (noviembre), 01/11/2012, 27, cita online: AR/DOC/5248/2012.

360 Juzgado de 1^a Instancia en lo Civil y Comercial, de Conciliación y de Familia de 1^a Nominación de Bell Ville. Fecha: 28/02/2020. Partes: P. M. F. c. V., J. S. s/ Juicio de alimentos

En un fallo reciente del Juzgado Nacional de 1^a Instancia en lo Civil Nro. 92, se hizo lugar a la solicitud de atribución demandada por la exconviviente, que tiene el cuidado exclusivo del hijo, quien tiene diagnóstico de Síndrome de Down, atendiendo a que el joven ha vivido en el inmueble objeto del pleito desde su nacimiento, porque es este su centro de vida³⁶¹.

En otro caso, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia que había resuelto hacer lugar a la atribución del hogar convivencial en favor de la conviviente y de los niños que ella representa hasta su mayoría de edad, en tanto esta reviste la calidad de guardadora de estos y está a su exclusivo cargo el cuidado personal. En los antecedentes se observa que los exconvivientes habían solicitado oportunamente la guarda de los niños. De las causas conexas surgen los padecimientos que han debido soportar tras la nueva ruptura de su estructura familiar, y las graves consecuencias que el arrepentimiento del guardador le ha generado a cada uno de ellos³⁶².

2) Si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

La diferencia con la pauta análoga de atribución de la vivienda postdivorcio es notoria: no es lo mismo estar en una situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios que tener que acreditar extrema necesidad e imposibilidad para procurarla en forma inmediata.

- Contencioso - Incidente de atribución de uso de la vivienda familiar, publicado en *La Ley Online*, cita: TR LALEY AR/JUR/18092/2020.

361 Juzgado Nacional de 1^a Instancia en lo Civil Nro. 92. Fecha: 24/09/2019. Partes: T., E. R. c. M., F. N. s/ restitución de bienes, publicado en *DFyP* 2020 (mayo), 65, con nota de Sebastián I. Fortuna, cita: TR LALEY AR/JUR/58146/2019.

362 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II. Fecha: 16/05/2018. Partes: S. M. L. c. R. M. A. s/ materia a categorizar, publicado en *RCCyC* 2018 (agosto), 148 - *DFyP* 2019 (marzo), 43, con nota de Sebastián I. Fortuna, cita: TR LALEY AR/JUR/19469/2018.

Finalmente, mencionamos que la **diferencia central con respecto a la atribución del uso de la vivienda en las uniones matrimoniales se encuentra en el plazo de la atribución**; conforme lo establece el legislador, en las uniones convivenciales no podría exceder de dos años, a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia (art. 523).

En este punto, nos preocupa principalmente la vulnerabilidad económica de mujeres y niños, especialmente de estos últimos, frente a **la fragilidad de las estructuras que regulan algunos efectos económicos de las relaciones entre adultos**, con proyecciones en los derechos de sus hijos. Esta norma tan solo ofrece una solución temporaria, un remedio que amortigua los efectos que la ruptura ocasiona en los miembros más vulnerables de la familia, mujeres y niños, pero no protege integralmente su derecho humano a la vivienda.

La situación de los hijos extramatrimoniales sigue siendo precaria en el derecho argentino, lo que resulta inconcebible: toda norma que brinde un trato distinto a hijos matrimoniales y extramatrimoniales no resiste un test de constitucionalidad y de convencionalidad³⁶³.

363 Assandri, M., Scocozza, R. D., "La atribución de la vivienda ante el cese de la convivencia", en *RDF* 93, 74, cita: TR LALEY AR/DOC/311/2020; Galli Fiant, M. M., "Protección de la vivienda familiar en el matrimonio y en la unión convivencial", en *DFyP* 2019 (mayo), 10/05/2019, 26, cita online: AR/DOC/858/2019; Famá, M. V., "El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial", en *La Ley* 14/04/2015, 14/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 921, cita online: AR/DOC/815/2015; Gastiazoro, F. A. "Atribución del uso de la vivienda familiar en las uniones convivenciales. Cuando la legislación interna no convence y se exigen nuevas formas de pensar", en *DFyP* 2020 (agosto), 24, cita: TR LALEY AR/DOC/593/2020; Mazzinghi (h.), E., "La atribución del uso de la vivienda familiar ante la ruptura matrimonial y el cese de la convivencia", en *RCCyC* 2020 (septiembre), 101, cita: TR LALEY AR/DOC/2520/2020; Millán, F., *op. cit.*, y con anterioridad al régimen actual, Kemelmajer de Carlucci, A., *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 420.

5. Reflexión final

Con este aporte pretendemos contribuir a visibilizar el valor de estos dispositivos que permiten mitigar el impacto de algunos factores en la vulnerabilidad económica de la mujer frente al cese del proyecto de vida en común. Es un modo de proteger económicamente a las mujeres que atraviesan este complejo panorama a nivel intrafamiliar, que suele profundizarse o detonar con la crisis de la relación de pareja.

La feminización de la jurisprudencia en materia de prestaciones económicas postdivorcio o post cese de la convivencia es una evidencia que avala la importancia de profundizar el estudio de estos dispositivos de protección, más allá de la necesidad de seguir bregando por políticas públicas integrales que contribuyan a lograr mayor seguridad económica e igualdad real en el acceso a los recursos para las mujeres y sus hijos.

En materia de política legislativa, nos parece importante destacar que estos dispositivos de protección no solo tutelan la vulnerabilidad económica de la mujer frente al cese de una relación de pareja, sino que también funcionan como un incentivo para la atención de las necesidades de los hijos —sobre todo en la primera infancia—, que desde luego deben ser complementadas con otros dispositivos, y como medios indirectos de protección económica de estos.

En virtud de los compromisos asumidos internacionalmente, recordamos que es obligación del Estado —a través de sus tres poderes— bregar por la protección económica de la mujer en el ámbito de las relaciones de familia, especialmente frente a la ruptura del proyecto de vida en común: a través del desarrollo de políticas públicas en la materia, a través de normas que la protejan económicamente, y a través de fallos judiciales que la doten de remedios económicos en el caso concreto.

Para profundizar

Basset, Úrsula C. "La violencia económica contra la mujer en la ruptura", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Número Extraordinario 2021, accesible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/128860>.

Basset Úrsula C., González, Eliana, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2016.

González, Eliana. "Título de Régimen patrimonial del matrimonio", en Basset, Ú. C. (dir.), Ales Uría Acevedo, M. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2022, Tomo 5-b.



Eliana González

Doctora en Derecho (UCA). Abogada (UCA), mediadora y profesora titular de Derecho de Familia y de Derecho Sucesorio en la UCA. Secretaria académica de la revista de Derecho de Familia (Editorial El Derecho). Autora de diversas publicaciones en temas de su especialidad. Premio "María Josefa Méndez Costa" en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil con sede en La Plata.

CAPÍTULO 8

Valoración económica de las tareas de cuidado

Sofía Balbín

1. Introducción

Dentro de las últimas novedades de jurisprudencia referente al derecho de familia y discriminación contra la mujer, nos encontramos ante el concepto de valoración económica de las tareas de cuidado.

Es por ello que a lo largo de este capítulo vamos a ahondar en el reconocimiento del valor económico otorgado a todas aquellas tareas llevadas adelante por las mujeres en el ámbito privado de su hogar, ya sea lo referente al cuidado personal de los hijos o las tareas generales que realiza en dicho ámbito.

Se hará referencia, por un lado, a las posturas doctrinarias sobre esta temática y, por otro, al camino jurisprudencial que en un primer momento dio lugar al reconocimiento del valor económico del tiempo dedicado a estas tareas de cuidado y que posteriormente fue receptado en nuestra legislación. En esta línea, se hará también foco en la jurisprudencia posterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN).

La valoración económica de las tareas de cuidado es un concepto que incorpora elCCCN. Hace referencia a la consagración legal de un criterio reiterado en la jurisprudencia argentina mediante el cual se les asignó un valor económico a las tareas cotidianas llevadas adelante por el/la progenitor/a a cargo del cuidado personal del hijo. En otras palabras, se busca imputar a la obligación alimentaria la contribución realizada por el progenitor que convive y realiza tareas esenciales relativas al cuidado del niño.

Asimismo, por primera vez se pone atención en el valor económico de los “quehaceres” del hogar y en lo relativo al cuidado, supervisión, desarrollo y dirección de la vida cotidiana de los hijos, lo que implica en sí mismo un esfuerzo tanto físico como mental para quien lo realiza.

Esta tarea, aunque deseable por el progenitor que lo ejerce, objetivamente insume una cantidad de tiempo real que debe tener una traducción en valor económico, ya que el tiempo es un recurso escaso.

Podemos decir, entonces, que esta creación pretoriana trajo luz a una realidad de todos los días y, más allá de darles un valor económico a los cuidados personales, les dio una entidad jurídica en sí mismos. Con esto nos referimos a que colocó en primer plano el valor simbólico y real del cuidado personal de los hijos; en otras palabras, se le da valor a la importancia de vivir, educar y compartir tiempo con ellos.

De esta manera, la valoración económica de las tareas de cuidado está regulada en el artículo 660 del CCCN, donde se establece que “las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención”.

Cuando hablamos de asumir el cuidado personal, debemos referirnos a la definición que surge del artículo 648 del CCCN, donde se denomina el cuidado personal como los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

El artículo 660 del CCCN hace referencia al caso en el que uno de los progenitores ha asumido el cuidado personal del hijo, aunque se debe tener en cuenta que como regla general y conforme a nuestra legislación³⁶⁴, ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

Por último, antes de ahondar en la doctrina y jurisprudencia derivada del artículo 660 del CCCN, consideramos prudente analizar la vinculación

364 Artículo 658 CCyCN.

del valor económico de las tareas cotidianas con otros derechos y deberes de nuestro CCCN, como es el caso del deber de contribución. El artículo 455 del CCCN establece que:

Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos (...) El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

Es interesante destacar que dentro del deber de contribuir se van a tener en cuenta y se les va a dar un valor a los “quehaceres” del hogar.

2. Debates doctrinarios al respecto

Desde la doctrina se señala que, si bien el CCCN mantiene la obligación alimentaria en cabeza de ambos progenitores, admite a la vez que todas las actividades de cuidado que realiza un progenitor dentro del hogar, generalmente a cargo de las mujeres³⁶⁵, tienen un determinado valor económico. De este modo, estos progenitores a cargo de dicho cuidado cumplen su obligación alimentaria en especie³⁶⁶.

365 Devesa, F. M., “Aplicación de la perspectiva de género en materia de cuidado personal y alimentos”, *RDF* 2017-VI, 6, <https://informacionlegal.com.ar>, cita online: AP/DOC/988/2017. La autora señala la importancia del rol de la mujer en la familia, que por lo general es quien asume el cuidado personal de los hijos y renuncia a una vida laboral independiente para abocarse a ellos, sin poder disponer de una suma dineraria para poder afrontar las necesidades de este.

366 Herrera, M., “Comentario al art. 660 del Cód. Civ. y Com.”, en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. IV, arts. 594 a 723, p. 403.

Tal como señala González Magaña:

El art. 660 del CCCN, se erige como una norma novedosa, sin antecedentes en el texto derogado ni en los últimos proyectos de unificación de los años 1993 y 1998. Se entiende que el reconocimiento económico de las tareas cotidianas de atención del hijo que presta el progenitor conviviente representa un importante avance, en tanto reconoce que todo lo relacionado con su aseo, alimentación, vestido, entretenimiento, pero fundamentalmente con su vigilancia y comunicación, son actividades que tienen un innegable valor pecuniario, ya sea que deban ser soportadas por el propio progenitor o por un tercero a quien le delegue esa tarea³⁶⁷.

En esta misma dirección se ha expedido la jurisprudencia, al referir que

... no puede soslayarse que si los progenitores no conviven, para estimar la contribución de aquel con quien el hijo reside deben considerarse los aportes en especie, de significación económica que hace y además la atención que presta en los múltiples requerimientos cotidianos, pues ello implica una inversión de tiempo al que debe atribuirse valor, ya que de otro modo, podría invertir ese tiempo en actividades lucrativas. Se trata este de un parámetro expresamente contemplado por el art. 660 del CCyCN, en cuanto establece que “Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención...”³⁶⁸.

367 González Magaña, I, “El reconocimiento económico de las tareas del hogar y su incidencia en el derecho alimentario”, *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, 11, 12/04/2018, cita: IJ-CDLXXXII-480.

368 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 28/06/2018, “D. L., C. S. y otros c. S. O., G. R. s/ alimentos”, *elDial.express*, 5038, 17/08/2018, año XX, <http://www.eldial.com, elDial.com - AAAABD>.

En efecto, como sostiene Belluscio, “la mencionada disposición no sólo instaura la valoración pecuniaria de los cuidados y la asistencia brindada por el progenitor conviviente a su hijo, sino también el aporte alimentario en que se traducen tales cuidados”³⁶⁹.

Ahora bien, aquí resaltamos la importancia de reconocer las funciones del cuidado cotidiano de la familia, tan desvalorizadas en un mundo regulado por la utilidad y la rentabilidad. Con ello nos referimos a darle valor al cuidado personal de los hijos, algo que forma parte de cualquier realidad familiar y que tiene un rol esencial en su desarrollo vital.

En este punto, Basset afirma:

Cuando el cuidado personal del niño o adolescente es unilateral, o compartido, pero con diferente incidencia en la carga horaria o esfuerzo que cada progenitor realiza, la dedicación cotidiana a la atención de sus necesidades se aprecia como un aporte con contenido económico³⁷⁰.

Podemos decir entonces que resulta indudable el valor económico que implican estas tareas, no solo por el tiempo que ellas irrogan y que no podrá dedicarse a una actividad remunerada (al menos de tiempo completo), sino también porque, en el caso de que el progenitor conviviente no pueda realizarlas, le significarán el contratar a otra persona para que las efectúe, por lo cual no queda duda alguna en ese caso del valor pecuniario de las mismas.

Sin embargo, también es verdad que medir en dinero las tareas de cuidado no solo puede ser ofensivo a la dignidad de la contribución de cuidado (que es, por definición, gratuita y nobilísima), sino que también tiene dificultades prácticas en su implementación.

369 Belluscio, C. A., “Alimentos debidos a los hijos menores y mayores de edad”, cita: el-Dial.com - DC204C, publicado el 26/11/2015.

370 Basset, U. C., “Comentario al artículo 660”, en Alterini, J. H., *Código Civil Comentado. Tratado Exegético*. Buenos Aires, La Ley, 2019 (3ra. ed.), T. III, Título VII Capítulo 5.

Por otra parte, cabe destacar que el legislador, con esta nueva incorporación, está velando por el principio de igualdad entre hombre y mujer que receptan varios instrumentos internacionales de derechos humanos. En especial la CEDAW³⁷¹, que en su artículo 16 se ocupa de la aplicación de este principio en todas las cuestiones relacionadas con los hijos, ha consolidado la idea de que la dedicación al cuidado de los hijos tiene un valor económico y que ello debe ser tenido en cuenta al resolver los conflictos referidos a este tema, siendo uno de ellos la obligación alimentaria.

Dar una connotación económica a los cuidados personales constituye una de las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a los fines de garantizar una igualdad real por sobre la meramente formal (art. 4.1, CEDAW), y

modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5.a, CEDAW).

Históricamente, en nuestra sociedad, la mujer es quien ejerce prioritariamente el cuidado personal del hijo y es quien por mucho tiempo se vio en una situación de inferioridad, entre otras cosas, al no ser reconocido el valor económico de las tareas de cuidado a su cargo. De esta consideración deriva la obligada perspectiva de género con la que debemos analizar estas situaciones, teniendo en cuenta la carga social que pesa especialmente sobre las mujeres como principales responsables del trabajo en el hogar. Y es así como a través de una perspectiva de género se entiende que dicha tarea tiene un valor económico y que debe estar contemplado.

La perspectiva de género es una herramienta esencial para eliminar desigualdades: es una categoría de análisis que sostiene que las diferencias entre varones y mujeres se explican a partir de las condiciones sociales, culturales,

371 <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.

políticas, económicas y jurídicas, históricamente creadas a partir de su sexo biológico. El tema se profundiza en el capítulo correspondiente.

3. Análisis jurisprudencial

A raíz de la incorporación de este nuevo artículo 660 del CCCN, la jurisprudencia defendió en reiteradas oportunidades³⁷² el valor económico de asumir cotidianamente el cuidado personal de los hijos, es decir, que a la hora de fijar la cuota alimentaria o revisar la misma, se tiene en cuenta que el progenitor conviviente hace un aporte en especie a su manutención.

A continuación se analizará jurisprudencia relativa a la valoración económica de las tareas de cuidado desde distintos enfoques:

A. FIJACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA

En primer lugar, analizaremos un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil³⁷³ sobre la actualización del monto de la cuota alimentaria, en el cual la actora sustancialmente fundó el reclamo en la insuficiencia de la cuota en orden a los gastos de los hijos y el proceso inflacionario que atraviesa el país. De las constancias de la causa resulta que los hijos de las partes conviven con la reclamante y que es ella quien provee la vivienda. La Cámara explica que se trata de un parámetro expresamente contemplado por el artículo 660 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto establece que “las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención”.

372 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J; “G., E. B. y otros c. D., G. E. s/ alimentos”; 30/11/2020; *La Ley*, cita online: AR/JUR/63634/2020; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 09/06/2017, “A., K. J. y otros c. G., R. G. s/ alimentos”, www.eldial.com, elDial.com, AAA076, publicado el 04/08/2017.

373 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H; P., J. A. y otros c. C., C. y otro s/ alimentos: modificación; 15/07/2021.

Cabe agregar que se presume que las necesidades de los hijos se han visto incrementadas por la mayor edad y, asimismo, en la medida en que ha existido un aumento del costo de vida, de lo cual resulta una carga del alimentante aportar los elementos probatorios que puedan desvirtuar tal presunción. Señala que

no corresponde entonces exigirle a la actora que demuestre los mayores gastos que insumen la crianza y manutención de los hijos de las partes, ya que ellos se presumen por el público y notorio crecimiento de los precios de los productos que componen la denominada canasta básica familiar, máxime teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que las partes acordaron la cuota de alimentos.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Norte³⁷⁴ de Río Grande, provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, resolvió dar lugar a la demanda y confirmar la sentencia de primera instancia, donde se resolvió actualizar la cuota alimentaria a favor de los hijos. A su vez, la Cámara estableció que

la ponderación monetaria de las tareas de cuidado debe ser considerada un aporte a la obligación alimentaria. Quien asume el cuidado personal del hijo realiza labores que tienen un valor económico: sostén cotidiano, tareas domésticas, apoyo escolar, llevar los niños al colegio, cocinar, atención en la enfermedad, etcétera. Es valioso y justo considerar que esas labores son un aporte a la manutención de los hijos a la hora de la fijación de los alimentos.

Más allá de que desde hace ya tiempo los jueces han considerado el valor económico que corresponde dar al cuidado personal cotidiano del hijo, en atención al valor pedagógico que tiene el Código, es importante que esta consideración forme parte de la letra del mismo, más aun teniendo en cuenta las responsabilidades que les caben a los Estados en cuanto a la remoción de

374 Sentencia Definitiva N° 81/20; Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; 16/12/2020.

roles socioculturales estereotipados, que históricamente colocan –generalmente a la mujer– en una situación de desigualdad y de inferioridad.

Esta norma evidencia la incorporación a la legislación civil de la perspectiva de género, lo cual resignifica el valor económico del rol de cuidado que asumen –en general– las mujeres en el hogar. La obligación alimentaria corresponde a ambos padres, y esta regla general no obsta que se reconozca el valor económico que tienen las tareas del cuidado personal cotidiano³⁷⁵.

Siguiendo el mismo camino, la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata³⁷⁶ resolvió un conflicto relativo a alimentos extraordinarios: sostuvo que durante el aislamiento social preventivo y obligatorio, las niñas, hijas de la actora y el demandado, habían permanecido con uno solo de los progenitores, por lo que su madre asumió la satisfacción de las necesidades inmediatas de las mismas, y comprendió que esta situación conllevó mayores gastos por el cuidado exclusivo de las menores de edad en el período de pandemia, es que se debe aplicar en la especie la perspectiva de género, de modo de lograr en la relación parental una igualdad real equilibradora con miras específicamente a concretar en plenitud el interés superior de las alimentadas³⁷⁷.

B. CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS A CARGO DE DIFERENTES PROGENITORES

El problema en este caso se plantea cuando alguno o algunos de los hijos conviven con uno de los progenitores, mientras que el otro hijo u otros conviven con el restante progenitor³⁷⁸.

375 Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N., *Tratado de Derecho de Familia*, Santa Fe, 2014, Rubinzal-Culzoni, pp. 161-162.

376 Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II; R., N. M. c. R., P. D. s/ Incidente de alimentos; 07/12/2021; TR LALEY AR/JUR/213687/2021

377 Arts. 3 de la Convención. sobre los Derechos del Niño; 660 del Cód. Civ. y Comercial; 5 inc. 4 y 7 inc. b de la ley 26.485, conf. esta Sala, causa 128139, sent. del 17/09/2020, RSD 157/20.

378 Belluscio, C. A., “Obligación alimentaria de cada progenitor y su extensión”, publicado en *La Ley* 30/08/2016, 3; LA LEY 2016-E, 123, cita online: AR/DOC/2589/2016.

Al respecto, la Cámara Civil y Comercial 1^a de Bahía Blanca³⁷⁹ estableció ante tal situación que

[d]ado que sobre ambos progenitores pesa la responsabilidad de alimentar a sus hijos, cada uno de ellos debe hacerse cargo de las necesidades materiales de los hijos menores que tiene bajo su guarda, siempre que ambos progenitores cuenten con recursos suficientes.

Este mismo razonamiento fue reiterado por la jurisprudencia en otras oportunidades³⁸⁰.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires³⁸¹ determinó que el hecho de que la madre cuente con ingresos propios no libera al padre de su obligación respecto del hijo que tiene bajo su guarda la primera, aunque este último tenga la guarda de los restantes hijos. La misma sentencia agrega: “A lo sumo el hecho de que el padre sea el guardador de los restantes hijos, servirá para determinar, junto a las demás circunstancias de la causa, el monto de la cuota debida”. Sin embargo, el fallo precitado de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en forma acertada, no hizo lugar a los alimentos que reclamaba la madre para los hijos que convivían con el padre, petición que carecía de todo fundamento jurídico y lógico, pues era el propio padre quien ya proporcionaba, en especie, los alimentos a esos hijos.

C. PERSPECTIVA DE GÉNERO

Podemos observar que, en reiteradas oportunidades, la jurisprudencia sostiene que a la hora de juzgar acerca de la valoración económica de las

379 Cámara Civil y Comercial 1^a Bahía Blanca, Sala I, 5/6/90, LA LEY, 1991-E-269, LA LEY, 1995-D-849, sum. 70, DJ, 1991-1-675 y JA, 1991-II-238.

380 Cámara Nacional Civil, Sala K, 28/2/02, publicado en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, N° 2004-I, p. 31.

381 SCBA (del voto preopinante del Dr. Negri, al que adhirieron los restantes integrantes del Máximo Tribunal provincial), 15/10/91, LA LEY, 1992-A-89 y DJ, 1991-2-609.

tareas que realizan las mujeres en el hogar, se debe juzgar con perspectiva de género, tal como surge de los instrumentos internacionales en la materia³⁸².

A estos efectos, analizaremos en primer lugar la sentencia dictada por el Juzgado de Familia Nro. 7 de Viedma³⁸³, que estableció que, dada la situación de una mujer que demostró ser el único sostén económico y afectivo de sus tres hijas, y ante el comportamiento desaprensivo de las obligaciones del progenitor demandado,

los hechos configuran una franca condición de vulnerabilidad y viola el derecho a la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres que no puede dejar de ser condenada por el Estado, ni pasar desapercibida y que debe ser valorada al momento de disponer el aumento de cuota que se peticiona.

Podemos notar que en este caso el juzgado hizo hincapié en el principio de igualdad material de derechos como factor fundamental para resolver la controversia.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia de Villa Constitución³⁸⁴ resolvió que mirar el caso con perspectiva de género debe tener un efecto concreto y palpable. Sostuvo que: “Se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo”. También resalta, acertadamente, que cuando una persona sin

382 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión por la Asamblea General en su Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, con entrada en vigor el 3 de mayo de 1995.

383 Juzgado de Familia N° 7, Viedma; M. S. A. c. R. J. D. s/ prestación alimentaria; 05/12/2019; *La Ley*, cita online: AR/JUR/50263/2019.

384 Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia de Villa Constitución; P. S. Y. c. V. R. s/ compensación económica; 19/11/2020; *La Ley*, cita online: AR/JUR/71933/2020.

causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido.

En este caso, la actora, una mujer de nacionalidad dominicana, quien manifestó que convivió con el demandado durante nueve años, peticionó una compensación económica y la atribución del hogar, fundamentadas en la existencia de una situación económica desproporcionada entre ellos, dado que el demandado contaba con una empresa de construcción y tres vehículos adquiridos durante la convivencia.

A su vez argumentó que sería injusto haber contribuido al enriquecimiento de quien era su compañero y que luego de la ruptura del vínculo perdiera todo lo construido en ese tiempo. En este sentido, aseguró que no tenía las mismas posibilidades que el demandado y que las tareas que ella realizó vinculadas a los denominados “quehaceres del hogar” tenían un valor económico, el cual debía ser reconocido de manera efectiva y palpable.

Así lo reconoce y establece expresamente el art. 660 del CCCN. En referencia a este tema, el fallo cita a la Dra. Highton de Nolasco, quien sostuvo:

El trabajo no remunerado es esencial para que cada día se reproduzca la fuerza de trabajo, sin la cual el sistema no puede subsistir. Es decir, el funcionamiento económico se recuesta en la existencia de ese trabajo, que como muestran múltiples encuestas, está muy mal distribuido entre varones y mujeres. Esta situación, además de ser injusta, implica una serie de desventajas a la hora de la participación económica de las mujeres, y explica la persistencia de la desigualdad económica del género. Se lo llama técnicamente trabajo de reproducción. La reproducción humana ha sido y es realizada por la mujer, lo que permite la supervivencia de individuos y sociedades³⁸⁵.

Siguiendo el mismo hilo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba determinó que

385 *Ibid.*

los hechos reconocidos por ambas partes deben ser juzgados dentro de la perspectiva de género, que lleva a considerar la posición de la mujer en una situación de inferioridad en relación a la del varón, como resultaría si se menospreciara su aporte a la vida familiar, por no haber contribuido con sumas de dinero significativas, sin considerar el rol que como madre y compañera del actor realizaba, permitiendo que este se desarrollara en su actividad laboral, e incluso pudiera efectuar inversiones³⁸⁶.

Por otra parte, también resaltó:

La visión de los hechos con una perspectiva de género lleva a la conclusión [de] que rechazar la demanda es injusto, inequitativo, y conllevaría un enriquecimiento sin causa por parte del demandado, lo que justifica dentro del marco jurídico del Código Civil vigente a la fecha de los hechos, la procedencia de la demanda, marco jurídico que es considerado bajo el prisma del derecho constitucional convencional, por ser aplicable la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará)³⁸⁷.

Algunos jueces concluyen que el accionar de los órganos jurisdiccionales debe estar orientado a detectar, en los casos sometidos a juzgamiento, las desigualdades generadas por patrones socioculturales y, de esa manera, remediarlas.

De este modo, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, de Conciliación y de Familia de 1^a Nominación de Río Tercero sostuvo en los autos “A. M. G. c. A. N. G. s/ Alimentos”³⁸⁸ que

386 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8a Nominación de Córdoba; “V. P. G. c. F. W. E. s/ ordinario – otros”; 26/12/2019; *La Ley*, cita online: AR/JUR/58693/2019.

387 Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia de Villa Constitución; “P. S. Y. c. V. R. s/ compensación económica”; 19/11/2020; *La Ley*, cita online: AR/JUR/71933/2020.

388 Juzgado 1^a Instancia Civil y Comercial, de Conciliación y de Familia de 1^a Nominación de Río Tercero; “A. M. G. c. A. N. G. s/ Alimentos”; 17/03/2021; *La Ley*, cita online: AR/JUR/5240/2021.

la concepción de la mujer que presenta el demandado en su escrito de contestación de demanda, propia de una cultura patriarcal, no puede ser tolerada, porque toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona; máxime cuando la actora es la madre de sus hijas, también mujeres y comprendidas dentro de aquel grupo al que se ha referido en aquellos términos. Por todo lo expuesto, se encomienda a aquel que, en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal y en su relación con la actora, respete la dignidad inherente a su persona, despojada de patrones estereotipados en la distribución de sus roles en el cuidado personal de sus hijas.

Al respecto, el mencionado juzgado entendió que los argumentos vertidos por el demandado en su escrito de contestación de la demanda de fijación de cuota alimentaria no forman parte de una estrategia defensiva. Por el contrario,

reflejan un discurso ofensivo y humillante hacia la mujer, que patentiza las normas patriarcales que han regido las relaciones humanas de modo desigual, y que ha perjudicado, no solo, a la mujer, sino también a los varones. La forma en la que el demandado en un proceso de alimentos pretende justificar la improcedencia del reclamo alimentario impetrado por la actora a favor de sus hijas permite encuadrar el presente como un caso sospechoso de género. Un caso es sospechoso de género cuando la posición asumida por cada una de las partes, en el marco de una situación de conflicto entre un varón y una mujer, responda a una distribución de roles basados en estereotipos de índole patriarcal.

La magistrada expone que las manifestaciones formuladas por el demandado en su escrito de contestación de demanda reflejan un evidente menosprecio para quien fue su esposa y compañera en un proyecto de vida en común y es la madre de sus hijas. Ello no es más que una visión androcéntrica, que resulta intolerable en los tiempos que corren, de absoluta igualdad entre los varones y las mujeres.

Además, la magistrada agrega:

No puede soslayarse que, para la presentación de sus pretensiones, las partes cuentan con asistencia letrada y, por lo tanto, las defensas y argumentos deben ser plasmados en un todo de acuerdo con la legislación y principios vigentes. Por tal motivo, corresponde ordenar al letrado del demandado a que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género, a fin de que modifique los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los perjuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5, inc. 9, CEDAW), todo ello bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados³⁸⁹.

Para la fijación de la cuota alimentaria a favor de las hijas³⁹⁰, se analizaron las capacidades económicas de los progenitores. Con relación a este punto, en el caso en análisis, el cuidado personal de las niñas era ejercido por su progenitora, con respecto a la cual, al haber asumido el cuidado personal de sus hijas, la magistrada entendió que ya realizaba un aporte a la manutención en las tareas cotidianas, con un valor económico en sí mismas. Señaló también que, si bien es cierto que la madre también está obligada al mantenimiento de sus hijos, se encuentra razonablemente más limitada para generar mayores ingresos al efecto, dado el tiempo que debe destinar al cuidado de los mismos. Por consiguiente, se entiende que el hecho por el cual la actora asumió el cuidado personal de sus hijas admite una distribución de los montos de manera diferente.

En esta línea, la magistrada resaltó que la capacidad contributiva implica “no sólo a las capacidades actuales para generar ingresos, sino, además, a la

389 Juzgado 1^a Instancia Civil y Comercial, de Conciliación y de Familia de 1^a Nominación de Río Tercero; “A. M. G. c. A. N. G. s/ Alimentos”; 17/03/2021; *La Ley*, cita online: AR/JUR/5240/2021.

390 Cámara Nacional Civil, Sala M, 09/06/2017, “A., K. J. y otros c. G., R. G. s/ alimentos”, www.eldial.com, elDial.com, AAA076, publicado el 04/08/2017.

aptitud o a la potencialidad para responder por la obligación alimentaria". En otras palabras, el progenitor alimentante debe no solo probar a cuánto ascienden sus ingresos actuales, sino, además, que no se encuentra en condiciones de generar mayores ingresos, de acuerdo con sus condiciones de persona, tiempo y lugar, que no le permiten asumir su obligación de otra manera.

En otro supuesto, el Juzgado de 1^a Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 14^a Nominación de Rosario³⁹¹ dictó sentencia utilizando la figura de enriquecimiento sin causa. Aplicando ese instituto, el juez busca evitar que una persona se enriquezca sin causa, a expensas del tiempo que la otra dedica a las tareas del hogar. En tal sentido, si no se admitiera este instituto, importaría consagrar una inmoralidad mayor, por lo que su aplicación evitaría perpetrar un daño irreparable.

Se trata de una pareja que convivió durante siete años y, si bien no tuvieron hijos, la mujer se dedicó al cuidado del hogar. Es por lo que, en este caso, el magistrado toma nuevamente los argumentos citados en otros resolutorios sobre la importancia del valor del trabajo no remunerado, expuestos por la Dra. Highton de Nolasco.

Asimismo, sostiene que

El art. 660 CCyCN visibiliza a nivel normativo el contenido económico de las tareas del hogar, las que objetivamente insumen una cantidad de tiempo real que se traduce en valor económico, ya que el tiempo, en una sociedad compleja como la contemporánea, es una de las variables de mayor, si no exclusivo, contenido económico. El mismo CCyCN en su art. 455 dispone que se debe considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

391 Juzgado de 1º Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 14^a Nominación de Rosario, "S. M. S. c. S. P. C. s/ Cobro de pesos"; 04/02/2021, *La Ley*, cita online: AR/JUR/1573/2021.

En este caso, el juez a cargo entendió que

Naturalmente los aportes realizados por la actora aliviaban proporcionalmente al demandado, quien podía destinar el dinero a la construcción de la casa (...) —que finalmente quedó en su patrimonio y hoy posee— y/o a mejorar el vehículo que poseía.

A la vez, se pone de manifiesto la necesaria aplicación de la perspectiva de género y derechos humanos. En efecto, resalta que

Existe un imperativo constitucional y supranacional que demanda hacer efectiva la igualdad que las normas pregonan (arts. 1, 2 y 3 CCyC), existiendo patrones socioculturales que imponen considerar especialmente las circunstancias del caso, donde no se definen los derechos de, por ejemplo, dos empresas. Entre los efectos concretos y palpables que debe otorgar la perspectiva de género se plantea el de morigerar las cargas probatorias, llegando aun a su inversión, siendo el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato económico dentro de la unión convivencial generada se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo.

La sentencia finalmente establece que

las personas vulnerables requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad, esfuerzo que en ciertos supuestos puede demandar una inversión en la carga de la argumentación, pesando sobre el demandado en este caso concreto, la acreditación de las razones que imponen la exclusión económica de la conviviente dentro del vínculo generado, especialmente ante la existencia de normas que brindan una solución diferente³⁹².

392 *Ibid.*

D. VALORACIÓN COMO COMPENSACIÓN ECONÓMICA

En lo que respecta a la figura de la compensación económica, la Sala I de la Cámara Nacional Civil y Comercial sostuvo que se trata de

una protección legal con fundamento en la solidaridad familiar; por ello es una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, lo que conduce a la necesidad de analizar comparativamente la situación patrimonial de cada cónyuge al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, y ante la falta de equilibrio se puede pedir su recomposición³⁹³.

Es por ello que en el resolutorio en cuestión se tuvo en cuenta que la actora se abocó exclusivamente al cuidado y crianza de las hijas, y que debido a eso no pudo desarrollar una carrera profesional, a diferencia del demandado. Asimismo, se resalta que, de esta manera, ella aportó activamente a la manutención, y ello se tiene en cuenta a la hora de fijar su compensación.

En resumen, en esta decisión se tuvo por demostrado que la actora redesignó crecimiento artístico para dedicarse al cuidado y crianza de sus hijas durante la vigencia del matrimonio y que el demandado fue quien en dicho período ejerció el rol de proveedor de recursos económicos para cubrir las necesidades del grupo familiar.

Sobre la base de lo señalado, el juez entiende que

si bien un estricto apego a estereotipos o modelos tradicionales de conducta, puede dificultar la visión del asunto en un caso con estos ribetes, un análisis con perspectiva de género permite vislumbrar con nitidez una desigualdad en el matrimonio, donde sin dudas la actora era, lo que subsiste en la actualidad, quien mayor tiempo invertía en la atención y

393 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I; R. P. C. c. F. J. P. s/ Fijación de compensación económica - Arts. 524 y 525 CCCN; 17/12/2020; *La Ley*, cita online: AR/JUR/67569/2020.

cuidado de las niñas, lo cual desde luego le impidió utilizarlo en el perfeccionamiento, y en un mayor desarrollo profesional y económico, circunstancia que seguramente ha influido en una demora en su posicionamiento en el ambiente artístico y docente en el que se mueve³⁹⁴.

La compensación económica requiere que se constate un desequilibrio causado por la vida en pareja que, con la ruptura, se traduce en una desventaja para una de las partes.

La Sala H de la Cámara Nacional Civil y Comercial de Apelaciones³⁹⁵ tuvo en cuenta que la accionante se dedicó a su familia, quehaceres domésticos y crianza de las hijas en carácter de “ama de casa” durante los treinta y dos años que duró el matrimonio, mientras que el demandado se dedicaba a la empresa que tenía con su hermano, como proveedor de ingresos. El tribunal hizo énfasis en que “el pago de la compensación puede cumplir con una doble finalidad: como correctivo estático (de la composición del patrimonio) y como correctivo dinámico (de las capacidades o potencialidades de obtener recursos)”³⁹⁶.

E. AVANCES LEGISLATIVOS

Por último, resulta interesante hacer referencia al beneficio creado por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES)³⁹⁷ para aquellas mujeres que tengan la edad requerida para jubilarse pero no cuenten con los años de aportes necesarios y tengan hijas y/o hijos.

El beneficio implica el reconocimiento de aportes por tareas de cuidado. A la vez, también visibiliza y repara una desigualdad histórica y estructural en

394 *Ibid.*

395 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H; “C. M. B. c. R., L. A. s/ fijación de compensación económica- arts. 441 y 442 CCCN”; 18/09/2019, *La Ley*, cita online: AR/JUR/38525/2019.

396 Molina de Juan, M. F., *Compensación económica. Teoría y práctica*, Rubinzel Culzoni, 2016, p. 162.

397 <https://www.anses.gob.ar/reconocimiento-de-aportes-por-tareas-de-cuidado>.

la distribución de las tareas de cuidado, reconociendo y valorando el tiempo que las mujeres destinaron y destinan a la crianza de sus hijas e hijos. Esta medida iguala oportunidades y genera las condiciones necesarias para que miles de mujeres puedan acceder al derecho a jubilarse. Se computará 1 año de aportes por hija/o y 2 años de aportes por hija/o adoptada/o. Asimismo, se reconocerá de forma adicional 1 año por hija/o con discapacidad y 2 años en caso de que haya sido beneficiaria/o de la Asignación Universal por Hija/o por al menos 12 meses. Además, se reconocerán los plazos de licencia por maternidad y de excedencia de maternidad a las mujeres que hayan hecho uso de estos períodos al momento del nacimiento de sus hijos o hijas³⁹⁸.

4. Reflexiones finales

Luego de analizar algunas posturas doctrinales que ahondan en la importancia de la valorización económica de las tareas de cuidado y luego de analizar casos de jurisprudencia donde se aplica y se hace referencia al artículo 660 del CCCN y afines, consideramos oportuno concluir en que, por un lado, el reconocimiento de la valoración económica de las tareas de cuidado es el primer paso para el camino de la igualdad sustancial y material entre mujeres y hombres, y juzgar con perspectiva de género conduce a lograr esta igualdad. El reconocimiento también implica poder visibilizar para transformar la injusta distribución del trabajo no remunerado de los hogares, lo que conlleva a un cambio sociocultural de fondo.

En un segundo lugar, si bien se le va a dar un valor económico, creemos que el fin último de la norma es darles un valor en sí mismas a las funciones de atención, supervisión, desarrollo y dirección de la vida cotidiana de los hijos; en pocas palabras, es un beneficio para los niños también, ya que se les da un valor a su crianza y educación.

398 Esta medida de inclusión es compatible y, de ser necesario, puede complementarse con las moratorias vigentes (Ley N° 24.476 y Ley N° 26.970).

En este punto, entendemos también que la reflexión se hace extensiva a las tareas de cuidado llevadas a cabo hacia otros miembros de la familia, como las personas mayores o con discapacidad, quienes de igual manera dependen de ese cuidado preferencial en cabeza de las mujeres de la familia. Por límites en la extensión de la obra no se analizó en mayor profundidad esta cuestión, pero cabe la misma valoración en su reconocimiento.

Por último, sostenemos que aún queda mucho camino por recorrer y que, si bien en los casos analizados con anterioridad nuestra justicia falla a favor de la igualdad y no discriminación, hay muchos casos que caen en un cono de sombra, como los que no fueron publicados, los que se resolvieron entre las partes, los que están debajo del umbral mínimo y no tienen recursos para acceder a la justicia.

Para profundizar

Basset, Úrsula C. “Libro de las relaciones de familia”, en Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial. Tratado Exegético*. Buenos Aires, La Ley, 2019.

Belluscio, Claudio A, “Obligación alimentaria de cada progenitor y su extensión”. Publicado en *La Ley* 30/08/2016, 3; LA LEY 2016-E, 123, cita online: AR/DOC/2589/2016.

Devesa, Florencia M., “Aplicación de la perspectiva de género en materia de cuidado personal y alimentos”, *RDF* 2017-VI, 6, <https://informacionlegal.com.ar>, cita online: AP/DOC/988/2017.

González Magaña, Ignacio, “El reconocimiento económico de las tareas del hogar y su incidencia en el derecho alimentario”, *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, 11, 12/04/2018, cita: IJ-CDLXXXII-480.



Sofía Balbín

Abogada recibida con honores (UCA). Miembro del proyecto de investigación del Programa IUS de la Facultad de Derecho de la UCA “Discriminaciones directas e indirectas contra la mujer en el derecho privado de familia y sucesiones argentino”. Miembro del equipo de editores de EDFA: Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia. Diplomatura en Igualdad y No discriminación VI de la Universidad de Buenos Aires

CAPÍTULO 9

Compensación económica y perspectiva de mujer

Carla Beatriz Modi

1. Concepto y ubicación en el Código Civil y Comercial Argentino

Con la reforma del Código Civil y Comercial se introdujo la figura de la compensación económica. En ese sentido, nos interpela a partir del rol que la mujer ocupa en la sociedad y en la familia a realizar un análisis doctrinal y jurisprudencial del nuevo instituto, que ya lleva varios años en práctica, desde esa perspectiva.

La compensación económica es un mecanismo que se pone en marcha ante el quiebre del proyecto de vida en común (está previsto también ante el cese de una unión convivencial, art. 524 CCCN), y tiene por finalidad compensar el desequilibrio económico que dicho quiebre pudiera producir entre quienes compartían una trayectoria familiar común, sea matrimonial o no. Propicia la superación de la pérdida económica que la finalización de tal proyecto familiar puede provocar en alguno de sus miembros, especialmente cuando la convivencia haya producido una desigualdad entre las capacidades de ambos de obtener ingresos³⁹⁹. Este nuevo instituto se ubica en el Capítulo 8, Sección 3 del Código Civil y Comercial, donde se regulan los efectos de la

399 Pellegrini, M. V., "El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial", Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. *RDF*, diciembre 2014, N° 75. *La Ley* 2014-F, punto 3 c), cita online: AR/DOC/4323/2014.

disolución del matrimonio. El artículo 441 brinda una definición de la compensación económica a partir del divorcio, y el siguiente artículo establece circunstancias que el juez debe tener en cuenta para determinar su procedencia y el monto. Vale comentar que el último párrafo de dicho artículo establece un plazo de caducidad de la acción de seis meses desde que se haya dictado la sentencia de divorcio. Asimismo, en el Título III, Capítulo 4, se regula el cese de la unión convivencial y sus efectos, en el artículo 524 se establece el derecho a una compensación económica ante el cese de la convivencia, y en el artículo 525, al igual que se regula para el divorcio, se establecen las circunstancias a tener en cuenta en la fijación judicial y un plazo de caducidad de la acción de seis meses a partir de que se produce cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

2. Procedencia

Los requisitos surgen del mismo Código Civil y Comercial, y son los siguientes:

a) Desequilibrio manifiesto: se impone como requisito de procedencia la existencia de un desequilibrio económico manifiesto, producido a partir del divorcio, es decir, generado a partir del vínculo matrimonial y su ruptura. En el derecho comparado se advierte que las prestaciones compensatorias son admitidas en aquellos casos en los que el matrimonio ha colocado a uno de los cónyuges en un rol tal que el divorcio le produce un desequilibrio manifiesto. Así se compensan los sacrificios que uno ha hecho por un matrimonio que luego se ha visto frustrado⁴⁰⁰.

Es necesario que se analice a la luz de los hechos el rol de cada cónyuge durante la vida matrimonial, y cómo eso afectó en la situación económica de cada uno o en su desarrollo profesional, y observarse al momento de

400 Basset, Ú. C., en Alterini, J. H. (dir.), Alterini, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Tomo III, 3º Ed., Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2019, comentario art. 441. Libro digital: ISBN 978-987-03-3799-7.

producirse la ruptura. Al realizarse dicha observación, debe constatarse ese desequilibrio del que habla la norma. Por ejemplo, uno de los cónyuges desarrolló su carrera profesional y el otro, por quedarse al cuidado de los hijos y del hogar, no pudo desarrollarse ni tampoco se encuentra inserto en el mercado laboral, con lo que ello implica.

b) Empeoramiento de la situación del cónyuge que reclama: el desequilibrio al que nos referimos anteriormente debe significar un empeoramiento de la situación económica –a partir de la ruptura del matrimonio– del cónyuge que reclama la compensación.

Los fundamentos del anteproyecto expresan que

es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición⁴⁰¹.

Volviendo al ejemplo anterior, cabe observar que quien no desarrolló su profesión deberá ingresar a un mercado laboral que desconoce, incluso debiendo actualizar sus conocimientos, y económicamente no tendrá los mismos ingresos que si se hubiera desarrollado oportunamente, sin contar que deberá afrontar más gastos por su nueva situación.

Es decir, será necesario efectuar una doble evaluación: que efectivamente se presenta un desequilibrio y que el mismo implique un empeoramiento de un cónyuge o conviviente respecto a otro. Porque, habitualmente, el divorcio o quiebre de la unión —en sí mismos— generan una situación de variación económica con relación al nivel que se gozara durante el matrimonio, que afectará necesariamente a ambos⁴⁰².

401 Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2012Id SAIJ: LD00003.

402 Krasnow, A. N., *Tratado Derecho de Familia - Relaciones personales y patrimoniales de pareja*, Tomo II, 1º Ed., Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2015, Capítulo IV, punto 2. Libro digital: ISBN 978-987-03-2893-3.

d) Causalidad: debe existir un nexo causal entre el desequilibrio y la ruptura del matrimonio. La causa directa del desequilibrio que significa un empeoramiento de la situación del cónyuge solicitante debe ser la disolución del matrimonio, la ruptura del proyecto de vida en común.

3. Fundamentos. Diferentes posturas doctrinarias. Perspectiva de género

Varios son los fundamentos que se han expresado como justificación del instituto de la compensación económica, desde la solidaridad familiar o el enriquecimiento injusto hasta la equidad... Molina de Juan ha fundamentado este instituto en la solidaridad familiar, “pilar axiológico que limita el ejercicio de la libertad mediante un obrar responsable con aquellos con quienes se ha compartido un proyecto de vida”⁴⁰³. Mientras que Javier Santiso afirma:

Al referirse la ley a compensación por un desequilibrio derivado de la ruptura del vínculo matrimonial, el instituto de la compensación económica se asemeja más a una situación de reparación que a un estado de necesidad, apuntando a equiparar situaciones de inequidad producidas por el divorcio, mas no presenta —dice— un carácter sancionatorio⁴⁰⁴.

Por otro lado, algunos autores encuentran el fundamento de la figura de la compensación económica en la perspectiva de género. Así, Robba opina:

Cabe resaltar que este instituto está destinado a compensar la situación en la que se encuentran aún hoy muchas mujeres que han construido una familia basada en una división de roles estereotipados en la cual la mujer es la encargada del cuidado de los/as hijos/as y de las tareas del

403 Molina de Juan, M., *Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género*, Abeledo Perrot N° AP/DOC/4234/2012.

404 En Sambrizzi, E. A., *Tratado Derecho de Familia*, Tomo IV, 2º Ed., Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2018, Capítulo XLIV, A) punto 3. Libro digital: ISBN 978-987-03-3592-4.

hogar y el varón es el proveedor económico del grupo familiar. Tal es así que la Comisión Redactora al abordar la compensación económica en los Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación citó el siguiente ejemplo: “si al momento de contraer nupcias se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y en apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquel de los cónyuges que invirtió su tiempo en que no se traducen en réditos económicos; en este caso, se le fijará una compensación económica que puede asumir distintas modalidades de pago: pensión, cuotas, etc.”⁴⁰⁵.

Finalmente, la autora concluye:

Sin dudas, la compensación económica es una herramienta válida para recomponer otras situaciones de desigualdad. Sin embargo, teniendo en cuenta la estructura familiar descripta, que como se dijo, continúa viéndose en la realidad social de muchas familias, es posible pensar que la mayoría de los planos judiciales tendrá como marco el supuesto fáctico mencionado⁴⁰⁶.

Uno de los instrumentos internacionales que se tuvieron en cuenta en los fundamentos del anteproyecto del nuevo código al momento de analizar este instituto —ya incluido en otras legislaciones, como la española, la francesa y la chilena— fue la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —llamada, por sus siglas en inglés, CEDAW—, la cual fue dotada de jerarquía constitucional en el año 1994⁴⁰⁷.

405 Robba, M., “La compensación económica en el divorcio”, *Revista Actualidad en Derecho de Familia*, nro. 4, Ediciones Jurídicas, 2016, p. 201.

406 *Ibid.*

407 Mainardi, Y., Urtubey, L., “Desafíos para la justicia en materia de compensación económica: un recurso jurídico con perspectiva de género”, *RDF* 94, 08/05/2020, p. 126, TR LALEY AR/DOC/853/2020.

El instituto de la compensación económica se encuentra íntimamente vinculado con la problemática de género, puesto que

se ha considerado, esencialmente, la situación de la mujer divorciada que durante la convivencia se ha dedicado al cuidado de los hijos y el hogar y que frente a la ruptura se encuentra en condiciones desventajosas para ingresar al mercado de trabajo, ya sea porque aún debe atender a los niños habidos del matrimonio, por su edad o por su falta de preparación. Se observó que aun cuando legalmente la culpabilidad afectaba por igual a ambos cónyuges, en los hechos perjudicaba fundamentalmente a la mujer. Para el hombre, ocupado siempre en la actividad productiva, no tenía mayor incidencia la pérdida del derecho alimentario; en cambio, la esposa por haber cumplido con la función que en la división de roles dentro de la familia normalmente se le asigna, muchas veces, no se hallaba —destruida la unión conyugal— en situación de lograr su propio sustento⁴⁰⁸.

En este sentido, el rol de la mujer durante la unión en matrimonio o convivencia, e incluso su situación fáctica luego de la ruptura, es un factor determinante al momento de considerar la aplicación del instituto de la compensación económica con perspectiva de género, el cual constituye un mandato constitucional y convencional. En efecto, el artículo 4.1 de la CEDAW indica a los Estados Parte la adopción de las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a los fines de garantizar una igualdad real por sobre la meramente formal.

Además, ordena, en su artículo 5,

modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas

408 Grosman, C., “Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados”, *La Ley* 1982-A, 750, en González Durán, P., “Del divorcio-sanción al divorcio-remedio: la compensación económica en el Código Civil y Comercial”, *RDF* 2018-II, p. 109. TR LALEY AR/DOC/2944/2018.

consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Estos mandatos deben ser considerados a la hora de interpretar las leyes, conforme los artículos 1, 2 y 3 del CCCN⁴⁰⁹.

La compensación económica se encuentra atravesada por la problemática de género. En la mayoría de los casos de separaciones matrimoniales, son las mujeres quienes han dejado de lado su profesión o actividad laboral para abocar su tiempo a las actividades del hogar y crianza de los hijos. De esta forma, el hombre logra su desarrollo profesional, que le permite contar con herramientas sólidas. Se debe tener en cuenta que el requisito de “desequilibrio económico manifiesto” al que hace referencia el art. 441 del Código Civil y Comercial “comprende tanto la situación patrimonial específica y concreta, como así también las posibilidades o habilidades de progreso económico”⁴¹⁰.

4. Análisis jurisprudencial

Los siguientes fallos se erigen sobre cuestiones fundamentales relacionadas con los derechos de la mujer, otorgándole visibilidad a las desventajas en que se ubican en una sociedad donde aún tienen determinados roles asignados, donde el sentenciante, a través del dictado de un decisorio con perspectiva de género, intenta sanear esas desigualdades, dándole un valor al rol que ocupó la mujer durante el matrimonio o convivencia y concientizando el lugar en el cual se encontrará luego de la ruptura, entre otras cuestiones, por su condición de vulnerabilidad.

409 Modi, C., Sancho, M., “Perspectiva de género en la unión convivencial: análisis a través de un fallo reciente”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Erreius, abril, 2021, cita digital: IUSDC3288174A.

410 González Durán, P., op. cit., p. 109.

A. DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL. ROLES DURANTE LA VIDA EN MATRIMONIO

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 92, 06/03/2018, “K. M., L. E. c. V. L., G. s/ fijación de compensación”⁴¹¹

El fallo refiere a una mujer de 55 años, sin título profesional, luego de un matrimonio de 11 años, se separó de hecho en el 2012, inicio proceso de divorcio en el 2014, logrando obtener sentencia de divorcio a finales del año 2017, encontrándose en vigencia el nuevo código, a su vez tenía otorgada una cuota alimentaria durante la separación de hecho.

De las pruebas surge que tenía un alto nivel de vida, en una estructura de familia patriarcal, donde la actora se dedicaba al cuidado de la casa y de su hijo, y cuando se separó, se fue a un pequeño departamento donde dormía en un sillón, y fue saliendo adelante gracias a la ayuda de una amiga que le daba trabajo.

La jueza analiza primero la naturaleza jurídica y el alcance de la compensación económica para luego hacer lugar a su procedencia.

La pretensión de compensación económica debe admitirse, pues de las pruebas de autos se deduce que la división de roles entre los cónyuges, basada en estereotipos de género, encuentra causa adecuada en el matrimonio y provoca que, tras su ruptura, la posición económica de la mujer sea claramente inferior a la del hombre, y su capacitación laboral y posibilidad de acceso al empleo resulte escasa. Máxime teniendo en cuenta su edad y el hecho de que su título profesional fue expedido en el extranjero y no tiene reconocimiento en nuestro país.

La dependencia económica de las esposas frente a sus maridos es uno de los mecanismos centrales mediante los cuales se subordina a las mujeres en la sociedad.

411 *La Ley online* AR/JUR/261/2018.

B. PLAZO DE CADUCIDAD. VIOLENCIA. UNIÓN CONVIVENCIAL

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I. 06/07/2018. M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica⁴¹²

M.F.C se vio forzada a abandonar su vivienda debido a violencia por parte de su conviviente el 06/02/2017.

M.F.C. es quien se dedicó al cuidado de sus dos hijos y de la casa, motivo por el cual se encuentra desempleada y con inexperiencia en el ámbito laboral.

M.F.C. inicia la acción el 20/09/2017.

Primera instancia declara la caducidad de la acción para reclamar la compensación económica.

La Cámara de Apelaciones de Neuquén declara inconstitucional el plazo establecido por el Código.

El Tribunal revisor analiza el plazo de caducidad desde una perspectiva de género, teniendo en cuenta el contexto de violencia en el que se encontraba la actora, dicho contexto colocaba a la actora en una situación de vulnerabilidad que le impedía instar la acción, y por ello el Tribunal entendió por no producida la caducidad de la acción.

El estado de vulnerabilidad de uno de los cónyuges, como sería el caso de que uno de ellos estuviera sufriendo violencia, debe incidir sobre el conteo del plazo de caducidad. Así lo decidió la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén en un caso sobre unión convivencial. El presente fallo resulta de aplicación cuando luego de la disolución del matrimonio, ya dictada la sentencia de divorcio, el excónyuge continúa ejerciendo violencia contra el otro.

412 RCCyC 2018 (octubre), 91. La Ley online AR/JUR/39399/2018.

El cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción tiende a reclamar la compensación económica por cese de la unión convivencial no puede iniciar en la fecha en que la actora se retiró del hogar familiar, pues se retiró como consecuencia de un episodio de violencia, en un estado de confusión y vulnerabilidad, a fin de proteger su propia integridad psicofísica y la de su hija, por lo que su conducta no respondió a una decisión personal profunda y meditada sobre el cese de la convivencia.

C. VULNERABILIDAD. ADULTO MAYOR MUJER. FIJACIÓN DE MONTO. DESEQUILIBRIO MANIFIESTO

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 92, 17/12/2018, M. L., N. E. c. D. B., E. A. s/ fijación de compensación⁴¹³

Pareja conformada durante veintisiete años que sostuvo un proyecto familiar sobre la base de una división de roles tradicional, por la cual el hombre trabajaba y la mujer se dedicaba a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos, aportando además a la economía familiar bienes propios (la vivienda familiar y la casa de veraneo), con cuyo uso se benefició el demandado sin erogación alguna.

En ese contexto, el desequilibrio económico entre ambos emerge tras la ruptura del vínculo matrimonial, se observa—como se analizará más adelante— que el patrimonio de la Sra. M. L. se vio disminuido a lo largo del matrimonio, mientras que el del Sr. D. B. se incrementó.

El caso se trata de un adulto mayor, una mujer de 70 años, que contaba con una sentencia de divorcio dictada en el año 2011, donde fue declarada inocente y por ello percibía una cuota alimentaria que cesó con la entrada en vigencia del nuevo código. Una mujer profesional que no pudo desarrollar su profesión por los roles asumidos durante el matrimonio.

413 *La Ley* 11/07/2019, AR/JUR/91791/2018.

Pese a los indudables avances de las últimas décadas, en la mayoría de las familias las mujeres todavía asumen principalmente la carga de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, aun cuando desempeñan alguna actividad externa (muchas veces subordinada a aquellas). Esta división el trabajo (explícita o implícita) puede funcionar de manera adecuada en la medida en que responda a un proyecto familiar común. Pero cuando sobreviene el divorcio, el proyecto se frustra y el equilibrio se rompe.

Se concede la compensación económica, ya que de las pruebas se deduce que la división de roles entre los cónyuges, consistente en que el hombre trabajaba y la mujer, relegando su profesión de licenciada en economía, se dedicó exclusivamente a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos, encuentra causa adecuada en el matrimonio y provoca que, tras su ruptura, la posición económica de la mujer sea claramente inferior a la del hombre —cuya situación patrimonial se incrementó— y cuya capacitación laboral y posibilidad del acceso al empleo resulte escasa, teniendo en cuenta que la reclamante tiene 70 años.

La compensación económica no se justifica en la necesidad de quien la reclama, sino en el desequilibrio objetivo causado por la ruptura del vínculo matrimonial entre los cónyuges.

Para fijar la cuantía y extensión de la compensación económica deben tenerse en cuenta los parámetros previstos en el art. 442 del Código Civil y Comercial, en orden al estado patrimonial de cada cónyuge al inicio y a la finalización de la vida matrimonial, en especial el aporte de bienes propios que realizó la mujer —en el caso, muchos se fueron consumiendo durante el matrimonio—; la dedicación que brindó a su cónyuge y a la crianza y educación de los hijos; la resignación de su carrera profesional; su edad —70 años—; la dificultad de acceder a un empleo; la extensión de la unión matrimonial —27 años—; y el uso de la vivienda que fuera sede del hogar conyugal y la casa de verano aportada en forma exclusiva por ella.

D. EDAD DEL CÓNYUGE SOLICITANTE. ROLES. SALUD DE LA HIJA

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro.

92.12/04/2019. R. D. Z. c. G. J. B. s/ compensación económica.⁴¹⁴

AR/JUR/23887/2019

Matrimonio donde ambos son abogados, con la diferencia de que él ejerció su profesión en el derecho notarial mientras que ella se dedicó al cuidado de sus hijos.

R.D.Z. es quien asumió en forma exclusiva el cuidado de su hija, quien presenta un diagnóstico de esquizofrenia.

Al momento de iniciar el reclamo, R.D.Z. se encuentra con 48 años de edad y escasa experiencia laboral.

En este sentido, el fallo resuelve que el pedido de compensación económica efectuado por la mujer contra su excónyuge debe admitirse, toda vez que la división estereotipada de roles entre los cónyuges encuentra causa adecuada en el matrimonio y provoca que tras su ruptura, la posición económica de la mujer sea claramente inferior a la del hombre, y su capacitación laboral y posibilidad de acceso al empleo resulte dificultosa, máxime teniendo en cuenta que la reclamante cuenta en la actualidad con 50 años, tiene un título universitario pero nunca ejerció su profesión y se hace cargo en forma exclusiva del cuidado de su hija, quien presenta un diagnóstico de esquizofrenia por el cual requiere atención permanente.

⁴¹⁴ *La Ley online* AR/JUR/23887/2019.

E. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO MANIFIESTO. ROL DE LAS PARTES DURANTE EL MATRIMONIO

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala II en lo Civil y Comercial, 13/03/2020, N. P. c. R. D. M. M. s/ Divorcio vincular s/incidente (de compensación económica)⁴¹⁵

N.P. reclama compensación económica a su ex cónyuge tras 40 años de matrimonio. La actora no cuenta con estudios secundarios completos y no posee experiencia en el ámbito laboral, al haberse dedicado al cuidado de sus hijos.

La Cámara de Apelaciones de Concordia confirma la sentencia de primera instancia, que rechaza el pedido de compensación económica.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos decide casar la resolución recurrida⁴¹⁶, valorando los hechos con perspectiva de género.

A partir de la nueva valoración, queda comprobado el desequilibrio económico de la actora respecto de su cónyuge con motivo del divorcio, desde que en razón de la organización seleccionada de la vida familiar, en la que cada parte adoptó un rol específico en la pareja, quedó configurada una situación de desigualdad en términos económicos, pues la actora relegó sus capacidades productivas, proyectos personales y profesionales en función de asumir tareas de cuidado personal y sostenimiento del hogar, mientras que, por el contrario, el demandado desarrolló su potencialidad en el ámbito laboral. Dicho desequilibrio existente durante el vínculo matrimonial, producto del distinto esfuerzo aportado al proyecto de vida en común, el cual se puso en evidencia con su ruptura, ha generado una situación injusta que el legislador propuso en los arts. 441 y 442 del Código Civil y Comercial compensar judicialmente.

En este caso en particular, las instancias anteriores configuraron una especie de violencia de género por error o ignorancia del propósito de las normas aplicadas.

415 *La Ley online*, AR/JUR/19493/2020.

416 Casar: anular una resolución judicial por estimación de un recurso de casación.

F. UNIÓN CONVIVENCIAL. VIOLENCIA ECONÓMICA Y PSICOLÓGICA. ROLES ESTRUCTURA FAMILIAR PATRIARCAL

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, 06/07/2018, M., F. C. c. C., J. L. s/ compensación económica⁴¹⁷

Se dispuso la procedencia de una compensación económica a favor de la conviviente, como consecuencia de la ruptura de la convivencia luego de 14 años, justificando su pedido en su rol durante la unión, en donde se dedicó a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos, siendo quien administraba el dinero que ganaba su pareja para pagar los gastos del hogar. Se otorgó el 50% del valor de todos los bienes adquiridos por el demandado durante los 14 años de convivencia.

En el expediente se comprobó que la pareja se formó en el año 2004, que tuvieron dos hijos, actualmente de 13 y 9 años de edad, y que la convivencia se rompió ante la exclusión del hogar del hombre, por la denuncia por violencia familiar que realizó la demandante, por infidelidad y malos tratos hacia ella.

Se dio por acreditado durante la unión convivencial que la actora sufrió violencia económica y psicológica.

Existe consenso en la doctrina especializada en que el estereotipo de sociedad patriarcal reproduce desigualdades y, con ello, diferentes formas de violencia, lo que en el caso tornaría como inmoral y contrario al estándar constitucional de igualdad concluir que la actora, en la distribución de roles familiares, no ha generado, favorecido o contribuido en alguna forma para que su cónyuge pueda adquirir los bienes abonados en cuotas. El patrimonio constituye un atributo de la personalidad que, en el caso de la mujer que se desempeña en la crianza de los niños y tareas intrahogareñas, está integrado por el valor económico que estas tienen.

417 RCCyC 2018 (octubre), 91, AR/JUR/39399/2018.

Para profundizar

- Ciolli, María L., "Compensación económica. Acción positiva. Equidad. Perspectiva de género". *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Erreius, abril 2020. Cita digital: IUSDC287286A.
- Jáuregui, Rodolfo G., "La compensación económica y una solución para un caso con características excepcionales", TR LALEY AR/DOC/2417/2019.
- Modi, Carla; Sancho, Manuela, "Perspectiva de género en la unión convivencial: análisis a través de un fallo reciente", *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Erreius, abril, 2021. Cita digital: IUSDC3288174A.



Carla Beatriz Modi

Abogada (UNLZ). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UCA). Cursando la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (UCALP). Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA, UCA). Integrante de los proyectos de investigación "Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer" y "Modelos explicativos de la violencia" de la Facultad de Derecho (UCA).

CAPÍTULO 10

Los derechos de la mujer ante la falta de reconocimiento del hijo

Josefina Oñate Muñoz

En el presente capítulo se aborda la legitimación activa de la madre para reclamar la indemnización del daño moral al progenitor por falta de reconocimiento oportuno de su hijo. En este sentido, se considera que habrá daño moral toda vez que se lesione un interés extrapatrimonial susceptible de reparación⁴¹⁸.

1. Marco normativo y debates doctrinarios

El artículo 587 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) reconoce expresamente que el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable⁴¹⁹, pero nada dice respecto a la legitimación de la madre para reclamar el daño ocasionado por el progenitor ante la falta de reconocimiento.

Por su parte, el artículo 1741 establece que el damnificado directo es quien está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias

418 Meza, J. A. y Boragina, J. C., “El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial”, *RCyS2015-IV*, 104, cita online: AR/DOC/418/2015.

419 Artículo 587 del CCCN: “Reparación del daño causado. El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código”.

no patrimoniales⁴²⁰. Esto sigue la línea de lo que disponía el artículo 1078 del anterior Código Civil de la Nación⁴²¹. La principal diferencia entre estos artículos es que, mientras el Código anterior establecía que si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima únicamente tenían acción los herederos forzosos, el Código actual acepta además el supuesto de que la víctima sufra una gran discapacidad, estando en este caso legitimados a título personal los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible.

En este contexto y ante la falta de mención expresa en el CCCN, parecería que la madre resultara damnificada indirecta ante la omisión del progenitor de reconocer al hijo común. En este sentido, tomando literalmente el texto del artículo 1741 del CCCN, la madre no estaría legitimada para reclamar el resarcimiento del daño moral por falta de reconocimiento de su hijo por derecho propio, por lo cual es el hijo el único legitimado para reclamar (la madre está habilitada solo en caso de su muerte). Esta es la postura que tradicionalmente ha seguido la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia.

Sin embargo, la postura negatoria de la legitimidad de la madre para reclamar el daño moral por la falta de reconocimiento de su hijo ha ido cediendo en ciertos casos, gracias a argumentos atravesados por la perspectiva de

420 Artículo 1741 del CCCN: “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

421 Artículo 1078 del Código Civil: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

género. Así, hay cierta corriente jurisprudencial que entiende que esta postura que se inclina por la negativa debe ser revisada en casos en los cuales la actitud del progenitor afecta no solo el derecho a la identidad del hijo, sino también, y con independencia de ello, menoscaba los derechos fundamentales a la dignidad y a la honra de la madre.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocida entre los tratados internacionales con jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (el tema se trata en profundidad en el capítulo correspondiente⁴²²). Siguiendo esta idea, el artículo 52 del CCCN manifiesta que “la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos [...]. Este artículo permite reclamar el resarcimiento por los daños sufridos en virtud de la lesión a la dignidad de la persona, por lo cual, si se demuestra que la actitud del progenitor que no reconoce a su hijo también afecta este derecho, la madre se encontraría legitimada para reclamar, en su carácter de damnificada directa, el concepto de indemnización por daño moral.

Sobre el tema, María Victoria Famá alega:

La reparación a favor de la progenitora por el no reconocimiento de su hijo exige un análisis desde la mirada de género, ya que la vulnerabilidad social de las mujeres se potencia al tener que afrontar en soledad el embarazo, la maternidad y la crianza de un hijo, en especial en un contexto de carencias económicas. Por otro lado, desde esta mirada de género, también cobra relevancia la conducta del demandado en el proceso, quien muchas veces vuelca expresiones injuriosas y degradantes para la mujer,

422 Artículo 11 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

las cuales resultan discriminatorias en los términos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), incluida entre los instrumentos de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22º, CN)⁴²³.

Así, al momento de resolver, los jueces deben prestar especial atención a las desigualdades que se dan entre hombres y mujeres para, de este modo, obtener decisiones más justas.

Al aplicar la perspectiva de género, los operadores del derecho, incluidos los jueces, toman en cuenta elementos, circunstancias y datos sobre la situación de las mujeres que, de otra forma, no serían considerados. Se trata de que, en el contexto de desigualdad de las mujeres, en el que se produce la vulneración de sus derechos, forme parte de la argumentación jurídica y, con ello, se puedan obtener, en el caso de los jueces, decisiones más justas. La incorporación de la perspectiva de género en el razonamiento judicial no garantiza una decisión a favor de las mujeres, pero obliga a los jueces, en el momento de justificar su decisión, a considerar las manifestaciones de desigualdad entre varones y mujeres (...) En síntesis, la perspectiva de género contribuye a que las decisiones que toma el operador judicial, al estar mejor fundamentadas, sean más justas, es decir, respetuosas de los derechos que la Constitución reconoce a las mujeres⁴²⁴.

423 Famá, M. V., "Legitimación de la progenitora para reclamar el daño no patrimonial derivado de la omisión del reconocimiento de su hijo", *Lecciones y Ensayos*, Nro. 101, 2018, pp. 77-107.

424 Villanueva Flores, R., "La perspectiva de género en el razonamiento del juez del Estado constitucional", p. 250, citado por el artículo de María Victoria Famá en la página 95 (ver nota 5).

2. Jurisprudencia anterior a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

En la jurisprudencia argentina, la legitimación de la madre para reclamar por sí misma el daño derivado de la falta de reconocimiento de su hijo apareció por primera vez en el fallo “M., C.S. c/ E. y L.F., C.M.”⁴²⁵ de la Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el voto en disidencia del Dr. Polak. En el caso mencionado, ante la negativa de filiación de un hijo extramatrimonial, la madre accionó contra el padre a fin de obtener el reconocimiento, reclamando el reintegro de los gastos que tuvo que afrontar para la atención médica del embarazo y parto, peticionando, además, a título personal, la indemnización del daño moral. El fallo de primera instancia reconoció la paternidad del demandado, pero desestimó la demanda en lo que respecta al reintegro de gastos por embarazo y parto. Tampoco hizo lugar a la reparación del agravio moral ni a la calificación y sanción de la conducta procesal como temeraria o maliciosa.

La Sala L de la Cámara de Apelaciones revocó parcialmente la decisión, ordenando el reintegro de los gastos por embarazo y parto, pero solo en un 50%, y confirmó el fallo anterior en sus demás aspectos. Es decir que el voto mayoritario desestimó la procedencia del daño moral. Sin embargo, sobre este punto el Dr. Polak votó en disidencia, por considerar a la madre como damnificada directa, y manifestó que las lesiones sufridas por la actora habían atentado contra su honor, nombre, honestidad, las afecciones legítimas y la intimidad. En consecuencia, la consideró acreedora de la indemnización por ella reclamada.

En un comentario al fallo, Eduardo L. Gregorini Clusellas entendió que “en la injusta negativa de filiación paterna la madre y el hijo pueden ser

425 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, “M., C.S. c/ E. y L.F., C.M.”, 14/04/1994.

independientemente damnificados directos de distintos agravios y como tales acreedores a resarcirse del daño moral”⁴²⁶.

Siguiendo con esta idea planteada por el Dr. Polak, años más tarde, la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás⁴²⁷ hizo lugar a un reclamo de daño moral requerido por la progenitora del niño en forma directa y a título personal. Para decidir en este sentido, la Cámara manifestó que, independientemente del daño infringido al hijo común no reconocido, el demandado había incurrido en otra conducta antijurídica al haber abandonado a la actora una vez conocido el embarazo, sin prestarle ningún tipo de apoyo, dejándola sumida en el abandono y librada a sus escasos recursos, debiendo afrontar sola lo que debió ser compartido y en una clara actitud injuriosa al negar su paternidad y la colaboración indispensable para determinarla. De esta forma, el tribunal concluyó que el comportamiento del progenitor que negó su paternidad produjo en la actora angustias, sinsabores, desencantos, y aficiones diversas a sus más íntimos sentimientos al tener que asumir en soledad la evolución del embarazo, el parto y la posterior crianza y educación de la menor.

Con posterioridad, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú⁴²⁸ entendió que la postura defensiva asumida por el demandado había puesto un innecesario énfasis para descalificar a la madre de su hijo no reconocido mediante afirmaciones estigmatizadoras. En este sentido, la Cámara tomó en cuenta la realidad social donde se dieron los hechos y prestó especial atención a las dificultades atravesadas por la madre, considerando además el peso que conllevó para ella el juicio y el exceso en el ejercicio del derecho de defensa del demandado, todo lo cual terminó

426 Gregorini Clusellas, E. L., “El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento”, *La Ley* 1995-C, 405 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 51, cita: TR LALEY AR/DOC/9388/2001.

427 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “F.M.L. c/ A.L.A. s/ daños y perjuicios”, 27/03/2008.

428 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, “T. D.M. c/ S., J.W.”, 17/08/2012.

revictimizando a la mujer. Así, el tribunal consideró que las alegaciones realizadas por el demandado resultaban inconcebibles para quienes tienen el deber de erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer y asegurarles el más amplio respeto a su dignidad humana y a su intimidad, tanto como un trato considerado.

Por su parte, la Sala “K” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil⁴²⁹ reconoció una indemnización a la madre en concepto de daño moral por el abandono sufrido durante el embarazo y el parto y, además, por los agravios que le infirió el demandado en el juicio de filiación. Para así decidir, dicha Sala K entendió que la situación de falta de reconocimiento voluntario de su hijo le produjo a la madre padecimientos espirituales, en virtud del rechazo expreso del progenitor hacia el hijo común. A ello se sumó la humillación padecida por la mujer debido a las alegaciones ofensivas del demandado, las cuales excedieron la legítima defensa y mancharon injustamente el honor y el buen nombre de la madre al reflejar un trato discriminatorio de la actora como mujer. En consecuencia, el tribunal consideró a la actora una damnificada directa de la conducta ilícita del demandado, reconociendo el padecimiento de un daño propio que debía ser resarcido.

3. Jurisprudencia posterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación

A. “C.R.E. Y OTRO C/ C.F.A. S/ FILIACIÓN”⁴³⁰

La actora, por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J.E.C., inicia acción de filiación contra el demandado A.C.F.

429 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “K”, “O.E., M. y otro c/ P., A.O. s/ daños y perjuicios”, 14/06/2013.

430 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, “C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación”, 26/10/2016.

y solicita además el pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios.

En primera instancia, la jueza admite parcialmente la demanda, por lo que establece la filiación del niño respecto del demandado y condena al accionado a abonar a su hijo la suma de \$70.000 (pesos setenta mil) en concepto de daño moral, más las costas del proceso, y rechazando la pretensión articulada por la madre por derecho propio contra el demandado, consistente en el resarcimiento del daño moral a su favor, por considerarla una damnificada indirecta del daño.

Contra dicha sentencia, los actores se agravan, solicitando que se eleve el monto establecido en concepto de daño moral otorgado al niño y que se admita el resarcimiento de daño moral a favor de la madre. Por su parte, la Defensora Pública de Menores e Incapaces requiere la fijación de un *quantum* mayor para la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales que sufrió el menor como consecuencia de la falta de reconocimiento de la filiación por parte del demandado.

En lo atinente a la indemnización del daño moral a favor del hijo menor, la Cámara considera que es indudable la configuración en cabeza del demandado del deber jurídico de indemnizar el menoscabo extrapatrimonial generado por la falta de reconocimiento de su hijo. Ello es así, más allá de no haber sido recurrido tras su determinación en el pronunciamiento de primera instancia, porque la conducta del padre constituye un acto antijurídico por cuyas consecuencias dañosas (en el caso, la lesión de un interés extrapatrimonial de su hijo) debe responder. El daño moral “tiene carácter resarcitorio y no punitivo. La determinación de su cuantía en dinero cumple una función de reparación compensatoria o satisfactiva y en modo alguno de equivalencia de un daño que, por su propia índole, no es susceptible de valoración económica (cfr. Pizarro, Ramón, “Daño moral”, p. 339, Ed. Hammurabi, 1996)”⁴³¹. En consecuencia, la Cámara resuelve elevar a \$150.000 (pesos ciento cincuenta mil) la suma

431 Fs. 5 y 6 del fallo.

adeudada por el demandado a su hijo en concepto de indemnización de daño moral.

En lo que refiere al daño moral reclamado por la madre, la jueza de primera instancia no hizo lugar al pedido, por considerarla una damnificada indirecta. Sin embargo, la mayoría de la Cámara revoca esta decisión por considerar a la mujer como víctima directa del acto antijurídico dañoso debatido en autos. En este sentido, se define como damnificada directa a la víctima que experimenta el menoscabo en su propia persona o patrimonio (el perjuicio recae “directamente” o “inmediatamente” sobre la persona).

Frente a esta definición, el voto mayoritario de la Cámara considera a la madre damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales generada no solo por la indiferencia del padre del menor, sino por su rechazo expreso, lo que produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social de la madre.

Reflexiona la Cámara que

[n]o puede ignorarse que el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación del hijo, obligó a la actora a asumir sola responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias –todas ellas– que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcir a R.E.C. como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta⁴³².

Esta conclusión se alinea con la prohibición de trato discriminatorio de la actora como mujer, vedado en nuestra Constitución nacional, la cual ha incorporado al ordenamiento jurídico argentino, con su misma jerarquía, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

432 Fs. 12 y 13 del fallo.

Citando la jurisprudencia del fuero, el voto mayoritario considera que

... “entre los tratados internacionales de derechos humanos la Convención ocupa un importante lugar por incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones. El espíritu de la Convención tiene su génesis en los objetivos de las Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” (CNCiv Sala K, del voto de la Dra. Hernández en “O. E. M. y otro c/ P. A. O. s/ daños y perjuicios”, 14/06/2013). Y precisamente, dicho instrumento internacional sobre derechos humanos se orienta a eliminar “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscazar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (art. 1)⁴³³.

En virtud de los argumentos expuestos, se declara procedente la indemnización de daño moral padecido por la actora como consecuencia directa del accionar ilícito del demandado, condenándolo a abonar la suma de \$70.000 (pesos setenta mil) más intereses por dicho rubro indemnizatorio en favor de la actora (con disidencia del Dr. Liberman sobre este punto).

B. “P. M. C. C/ B. M. S. S/DAÑOS Y PERJUICIOS”⁴³⁴

A los pocos meses del nacimiento de su hijo (ocurrido el 27 de diciembre de 1997), la actora intimó al demandado al reconocimiento del menor, sin

433 Fs. 14 y 15 del fallo.

434 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, “P. M. C. c/ B. M. S. s/ Daños y Perjuicios”, 21/02/2017.

resultado alguno. Frente a esto, inicia demanda filiatoria e intenta realizar estudios genéticos en un instituto privado, respecto a los cuales el demandado se excusa por razones laborales. La sentencia de filiación establece la paternidad del demandado.

Posteriormente, en el proceso de alimentos, el demandado sostiene que no corresponde la fijación de cuota alimentaria, dado que “[e]l estado psico-físico del menor importa en los hechos un cuadro quasi vegetativo, siendo acotados los gastos de medicamentos, vestimenta y alimentación”⁴³⁵. Así las cosas, el accionado nunca abona totalmente la suma discernida como su obligación alimentaria respecto del niño, aduciendo carencias económicas.

En lo referente al menor, desde su nacimiento padeció una gravísima enfermedad genética. Conforme fuera informado en el proceso de alimentos, a octubre de 2008 el menor requería seguimiento cardiológico, controles clínicos-pediátricos, controles ortopédicos, controles neurológicos, controles oftalmológicos, controles otorrinolaringológicos, controles nutricionales (por su estado de desnutrición crónica), la mayoría de ellos en la ciudad de Mar del Plata (es decir, fuera del domicilio de los actores) por el grado de complejidad requerido y a los que debía concurrir cada tres o cuatro meses, siempre acompañado por su madre. Debido al mal que sufría, el menor tenía una incapacidad del 100% y requería la permanente asistencia de otra persona para los quehaceres personales.

En ese contexto, la actora por sí y en representación de su hijo inicia acción de daños y perjuicios, manifestando que, independientemente del daño moral infringido a su hijo, la lesión de sus propias afecciones y el consiguiente daño moral resarcible deviene de otra conducta antijurídica del demandado: el no haber asumido los deberes de la paternidad.

En primera instancia, el juez hace lugar a la demanda iniciada por la madre por sí y en representación de su hijo menor fallecido a causa de su discapacidad y condena al demandado a pagar a la actora la suma de \$160.000

435 Fs. 5 del fallo.

(pesos ciento sesenta mil), distribuidos de la siguiente manera: la suma de \$70.000 (pesos setenta mil) en virtud de lo reclamado por derecho propio, y la suma de \$90.000 (pesos noventa mil) como representante de su hijo menor de edad. Ambas partes apelan el decisorio.

En su apelación, el demandado refiere que la actora carece de legitimación para peticionar el resarcimiento por daño moral sufrido por la falta de reconocimiento de su hijo, dado que el art. 1078 del Código Civil y Comercial de la Nación (vigente al momento de la apelación) manifiesta que es el hijo el único habilitado al reclamo, siendo la madre una damnificada indirecta. Pone en resalto que la madre no sufrió un daño moral propio y que tampoco hubo daño moral en favor del hijo menor, dado que la demanda de filiación se inició a los tres meses del nacimiento del menor y que “la falta de reconocimiento paterno no pudo haber repercutido en forma desfavorable en el menor, por su grado de incapacidad”⁴³⁶.

Por su parte, la actora considera que los importes discernidos en la sentencia de primera instancia no son suficientes frente a la conducta del demandado, quien estuvo ausente desde el embarazo hasta el fallecimiento del menor con motivo de su grave enfermedad. La madre alega que sufrió angustias ante la imposibilidad de cubrir adecuadamente las necesidades económicas de su hijo y que dichos padecimientos habrían disminuido si el accionado hubiese reconocido a su hijo y cumplido su obligación para con él.

Asimismo, la actora manifiesta que la falta de reconocimiento voluntario por parte del demandado le ha ocasionado un grave daño moral a ella y a su hijo, por lo cual se encuentra ella debidamente legitimada para reclamarlo por derecho propio, en virtud de haber sufrido de forma directa los padecimientos.

Explica además la actora que se sintió abrumada por la situación en la que se encontraba, más aún cuando debió retomar sus tareas como docente, por lo que tuvo que dejar a su hijo con terceras personas contratadas, dado

436 Fs. 3 del fallo.

que no podía dejar de trabajar y dedicarse exclusivamente al cuidado del menor.

Frente a estos dichos, la Cámara entiende que el reclamo de la actora a título personal no tiene como hecho fundante la ausencia de reconocimiento, sino otra serie de hechos. Estos sucesos analizados conjuntamente resultan fundantes de la pretensión de resarcimiento del daño moral, dado que configuran un accionar antijurídico, con un doble aspecto ilícito, y que tienen como damnificada directa a la madre del niño con discapacidad desconocido por su padre. El doble aspecto de ilicitud se da por el demandado al omitir deliberada y permanentemente su rol paterno, en un supuesto donde la asistencia que tal rol implica era casi imprescindible.

Así las cosas, la Cámara sostiene que

... no cualquier crianza monoparental de un hijo –en abstracto– generará un daño al progenitor que llevó adelante esa tarea, pero en el presente caso donde la exigencia era tan alta los deberes de asistencia omitidos por el demandado dan lugar a la posibilidad de calificar su actuación como ilícita⁴³⁷.

Ello teniendo en cuenta que la más mínima colaboración por parte del padre hubiera evitado la ilícita sobrecarga de tareas en la madre.

Ese abandono del rol que la ley impone genéricamente a los progenitores necesariamente implicó de hecho un aumento incommensurable de la asistencia que debió prestar la actora frente a un niño con las gravísimas carencias como el de autos. Si a esa omisión sumamos las consideraciones que el accionado tuvo en todo momento respecto del hijo común, se advierte que el ánimo de la actora ha sufrido de modo directo y con fuente en otros hechos allende el reconocimiento filial, un detimento que excede el propio de toda separación o el que puede derivarse de la crianza en solitario de un niño autosuficiente y que va madurando al crecer⁴³⁸.

437 Fs. 11 del fallo.

438 Fs. 11 y 12 del fallo.

La Cámara advierte, además, que desde que la sentencia de filiación adquirió firmeza hasta que la progenitora inició la acción por alimentos pasaron dos años aproximadamente, tiempo durante el cual el demandado no ofreció ninguna clase de asistencia a la madre del menor, lo que demuestra nuevamente su desinterés y su falta de cooperación. Si bien no se le puede exigir al progenitor que desarrolle afecto hacia su hijo, la absoluta omisión de su rol paterno resultó lesiva frente a las exigentes circunstancias que la discapacidad impuso a la madre del niño. A ello se suma el destrato que exhibió durante todas sus presentaciones judiciales para con la madre y su hijo común.

Al analizar conjuntamente los hechos y los dichos del demandado, se configura el ejercicio de violencia de género hacia la actora, por lo cual es posible de ser indemnizada. Esto es así dado que la omisión del progenitor en la vida del niño con discapacidad afecta directamente a la madre,

... pues es la posición del padre –evitando toda responsabilidad en la asistencia de su hijo, incluso aquella que excede lo económico– la que lo coloca en la situación de violencia de género que prevén los arts. 1⁴³⁹, 2⁴⁴⁰ y 4 en sus incisos “b”; “e” y “f”⁴⁴¹ de la Ley 24.632 (Convención de Belém do Pará,

439 Artículo 1 de la Ley 24.632: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

440 Artículo 2 de la Ley 24.632: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

441 Artículo 4 de la Ley 24.632: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los

B.O. 9/4/1996) siendo obligación de los poderes del Estado procurar la reparación del daño producido (conf. art. 7 inc. "g"⁴⁴² misma Convención)⁴⁴³.

Conforme surge de la Ley 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), la violencia hacia la mujer se entiende dada cuando a partir de una relación desigual de poder se produce una omisión que afecta su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal⁴⁴⁴. Para los efectos de esta convención, debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...]

- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; [...]
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; [...].

442 Artículo 7 de la Ley 24.632: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...]

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces [...].

443 Fs. 13 y 14 del fallo.

444 Artículo 4 de la Ley 26.485: "Definición. 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".

El demandado, por su omisión de colaborar con los procesos en su contra y al sustraerse de sus deberes como progenitor del niño con discapacidad, se colocó en una posición de poder respecto de la madre, aun antes del nacimiento del niño, y luego se aprovechó de esa circunstancia para perpetuarse en la omisión de toda asistencia, a excepción de una ínfima cuota alimentaria provisoria, conformando esa actitud violencia de género hacia quien no podía actuar de otro modo, pues las necesidades del niño le imponían el rol de única responsable.

La omisión del padre durante toda la vida del niño importó para la madre violencia del tipo psicológico, al menos, “... pues ejerció respecto de ella –en su circunstancia de única responsable de la asistencia del niño– indiferencia y abandono (artículo 5 de la Ley 26.485), acentuando así el carácter desigual de la vinculación de los progenitores, en detrimento de la parte más débil”⁴⁴⁵.

Finalmente, entiende la Cámara que no pueden revisarse las sumas otorgadas en carácter de daño moral a la madre y a su hijo, pues no hay argumentos que puedan modificar lo decidido en grado. En consecuencia, se confirma la sentencia de grado, imponiendo las costas al demandado vencido.

445 Fs. 14 del fallo.

Artículo 5 de la Ley 26.485: “Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: [...]

2.- 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 limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación. [...]”.

C. “C. I. M. C/ B. C. A. S/ ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN”⁴⁴⁶

El 18 de octubre de 2016, la Sra. C.I.M. se presenta en representación de su hijo C.B. (de 11 meses en ese momento), lo que da inicio a la acción de filiación extramatrimonial del niño, respecto del Sr. B.C.A. La madre manifiesta que el progenitor presenció el nacimiento de su hijo común y que estaban en pareja al momento del nacimiento, pero que, a causa de una infidelidad del Sr. B.C.A., la actora decidió separarse.

La actora narra que al reclamarle al progenitor la concurrencia al Registro Civil para que el niño fuera anotado con su apellido, este respondió que si ella no aceptaba el *modus vivendi* que él ofrecía (“infiel por naturaleza”), él no reconocería al niño ni colaboraría con nada para la crianza del hijo común.

Así, la actora inicia la acción de filiación extramatrimonial, mediante la que solicita: (i) la fijación de una cuota alimentaria de acuerdo con los gastos que insume la manutención de su hijo, (ii) el reconocimiento del padre a fin de darle una identidad a su hijo, y (iii) la reparación del daño moral para el niño y para sí misma. Para fundamentar su derecho a la reparación del daño moral, la actora alega la conducta antijurídica del progenitor, en tanto este no asumió los deberes de la paternidad, lo que produjo un daño material de tener que afrontar sola los gastos, así como la angustia y dolor, al tener que haber asumido todas y cada una de las etapas de la crianza en soledad.

El demandado no contesta la demanda ni se presenta a la audiencia. Así las cosas, el juez fija una cuota en concepto de alimentos de carácter provisorio para el hijo, alegado en cabeza del Sr. B.C.A.

En 2018, la actora adjunta un hecho nuevo, relacionado con la situación de salud de su hijo, quien padece de un retraso global del desarrollo y retraso severo del lenguaje. Sobre esto, la actora expone la necesidad de acceder a tratamientos específicos y educación especial que debe enfrentar en soledad

446 Juzgado de Familia N°1 de San Isidro, “C. I. M. c/ B. C. A. s/ acciones de reclamación de filiación”, 19/09/2020.

y que implica mayores costos. Así, el juez eleva, con carácter cautelar y provisional, la cuota alimentaria provisoria establecida.

Luego de varios intentos de obtener su comparecencia, el Sr. B.C.A. se somete a un análisis de ADN filiatorio (prueba pericial genética), cuyo resultado confirma la paternidad alegada. Asimismo, el propio demandado en oportunidad de ser notificado afirma que el niño es su hijo. Por ello, el juez tiene por probado el nexo biológico entre el niño y el demandado, razón por la cual resuelve hacer lugar a la acción filiatoria interpuesta por la actora en representación de su hijo, declarando que el demandado es el padre biológico del niño.

Conforme lo solicitado por la actora, el juez resuelve que el niño mantenga su nombre y apellido materno, dado que es el apellido que el niño reconoce y que obra en su certificado de discapacidad e historial médico.

El juez también hace lugar al reclamo del resarcimiento del daño por las consecuencias no patrimoniales por falta de reconocimiento espontáneo del hijo. Para así decidir, manifiesta que reconocer a un hijo implica un deber jurídico de por sí y que su incumplimiento es una omisión generadora del deber de reparar. Asimismo, afirma que el derecho o interés que se lesiona con la falta de reconocimiento se trata de una lesión a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal al negarse el estado de familia de hijo.

En cuanto a la solicitud del reclamo efectuado por la accionante en favor de sí, el magistrado lo divide en el daño por las consecuencias no patrimoniales (daño moral) y el daño por las consecuencias patrimoniales (daño material).

En lo referente al daño moral, el juez, citando el artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación, aclara que, como regla general, el damnificado directo es quien está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Las posturas no han sido unánimes en relación con la posibilidad de que la madre del niño pueda reclamar por derecho propio la indemnización del daño moral sufrido a raíz de la omisión de reconocimiento del padre.

En este sentido, la mirada tradicional fue cediendo ante casos específicos y frente a contextos privativos en los que se presentan situaciones que exceden el “normal” padecimiento que puede sufrir la progenitora por la omisión del reconocimiento de su hijo. Se trata de casos en que la actitud del progenitor renuente no solo afecta el derecho a la identidad del hijo, sino también, y con independencia de ello, menoscaba los derechos fundamentales a la dignidad y a la honra de la madre.

El juez manifiesta que el derecho interno debe ser interpretado a la luz de la Constitución y de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad desde la reforma de 1994. En este contexto, debe considerarse lo estipulado por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),

que establece ya en sus considerandos que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que se exige la responsabilidad compartida entre hombres, mujeres y la sociedad en su conjunto y que para lograr la plena igualdad es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia. La misma convención obliga a los Estados a garantizar que hombres y mujeres tengan los mismos derechos y responsabilidades como progenitores⁴⁴⁷.

Bajo este criterio, ante la falta de filiación paterna, la madre y el hijo pueden resultar ser damnificados directos de manera independiente. En este caso en concreto, la progenitora distingue el origen del daño que pretende en relación con el del hijo: el daño no patrimonial basado en la conducta antijurídica del demandado por el hecho de no haber asumido los deberes de la paternidad, lo cual la llevó a asumir en soledad la responsabilidad parental, que debió haber sido compartida conforme a la normativa vigente.

447 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/11/02/fallos-filiacion-se-indemniza-por-dano-moral-a-un-nino-y-su-madre-por-la-falta-de-reconocimiento-como-hijo-por-parte-de-su-padre-biologico-ademas-de-fijarse-una-cuota-alimentaria-en-su-favor/>.

Alega también la progenitora que el hecho de enfrentar sin la colaboración del demandado las etapas de la crianza, así como el pago en forma personal de todos los gastos del hijo, que debieron ser compartidos en correspondencia con el padre, generó en ella un importante sufrimiento. Por ello, el incumplimiento de los deberes de asistencia para con el hijo, y que pesan sobre ella, así como las injurias a las que el demandado la sometió durante todo el proceso, la afectaron, lo que derivó en la conducta antijurídica que se le imputa al padre del niño.

El juez entiende que:

Es posible analizar la situación planteada desde una ineludible perspectiva de género, por cuanto la conducta omisiva del progenitor emplazado ha colocado a la madre en una posición asimétrica, evidenciando iniquidad e incongruencia en el reparto de la corresponsabilidad que le cabía, y la que de manera deliberada y voluntaria omitió.

Si bien no cualquier crianza monoparental de un hijo en abstracto generará un daño al progenitor que llevó adelante esa tarea, cuando la exigencia era tan alta por tratarse de un menor discapacitado, los deberes de asistencia omitidos por el demandado dan lugar a la posibilidad de calificar su actuación como ilícita. Y si a esa omisión se le suman las consideraciones que el accionado tuvo en todo momento respecto del hijo común, se advierte que el ánimo de la actora ha sufrido de modo directo y con fuente en otros hechos, amén del reconocimiento filial, un detrimento que excede el propio de toda separación o el que puede derivarse de la crianza en solitario de un niño autosuficiente y que va madurando al crecer.

En consecuencia, el magistrado resuelve hacer lugar a la reparación en concepto de indemnización de daño por las consecuencias no patrimoniales a favor de la madre. Para así decidir, el juez tiene en cuenta, además, la particular situación en la que la actora se vio involucrada al asumir la maternidad, bajo la promesa del demandado de criar juntos al hijo, y la conducta del demandado, quien se desentendió deliberadamente de hacer reales y efectivos los derechos

del niño, lo cual condujo a la actora a una situación de total desequilibrio en los roles parentales ante la ausencia absoluta de colaboración y de la solidaridad que la corresponsabilidad de la crianza del hijo discapacitado implica.

En lo referente al daño material, el juez manifiesta que la accionante no aportó prueba alguna que permita tener por acreditado el rubro reclamado, por lo cual rechaza el reclamo efectuado en concepto de daño patrimonial.

Finalmente, además de hacer lugar a la reparación del daño por las consecuencias no patrimoniales de la madre, el juez resuelve fijar una cuota alimentaria a favor del hijo menor.

D. “V. M. J. Y OTROS C/ C. M. F. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”⁴⁴⁸

La actora M.J.V. se presenta por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad C.A.M.V. y F.A.V., promoviendo demanda por daños y perjuicios contra M.F.C.

La madre manifiesta que en 1992 comenzó una relación sentimental con el demandado y que, cuando quedó embarazada, el Sr. C. dio por terminada la relación. En junio de 1994 nació su primer hijo, C.A.M.V. Más tarde, el demandado pidió retomar la relación y le propuso aceptar la paternidad de su hijo, pero cuando la madre quedó embarazada por segunda vez, el progenitor volvió a alejarse. Luego del nacimiento de su segundo hijo, el demandado tuvo la intención de volver a acercarse a ella, pero se negó a reconocer su paternidad sobre los niños y nunca le brindó ayuda económica o de ningún tipo.

Ante esto, la madre inició el trámite de filiación extramatrimonial ante el Juzgado de Paz Letrado de Benito Juárez, donde se practicaron pericias biológicas cuyos resultados manifestaron que el demandado era el padre de los menores. En el marco de ese expediente, se pactó una cuota alimentaria y, el 7 de abril de 2011, se dictó sentencia que hizo lugar a la acción y declaró a ambos menores como hijos del demandado.

⁴⁴⁸ Juzgado Civil y Comercial N° 4 de Azul, Provincia de Buenos Aires, “V. M. J. y otros c/ C. M. F. s/ Daños y perjuicios”, 03/11/2020.

Como consecuencia, la Sra. M.J.V., por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad, promueve demanda por daños y perjuicios contra M.F.C., reclamando daño moral y tratamiento psicológico para los menores y para ella. Al alcanzar la mayoría de edad, ambos hijos se presentan y desisten del proceso, por lo que se les imponen las costas del mismo, y la acción continúa con la madre como única reclamante.

Respecto al régimen legal aplicable, el juez manifiesta que, si bien el proceso fue iniciado el 27 de mayo de 2011, se encuentra alcanzado por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, dado que las consecuencias que no son instantáneas, sino que se prolongan en el tiempo, quedan alcanzadas por el Código actual.

Ante la pretensión de daño moral, el juez manifiesta que debe probar el accionante no solamente el daño moral, sino la responsabilidad subjetiva, es decir, con fundamento en la culpa o dolo de quien sabiendo o debiendo saber que es el padre, se sustrajo a su deber jurídico o, como dice Zannoni,

se atribuirá responsabilidad a quien no pueda justificar un error excusable que obsta a la culpabilidad de quien, más tarde, es declarado el padre o la madre (“Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo”, en anotación a fallo C.N.Civ. Sala F 19/10/89 “R., E.N. c M., H.E.” L.L.1990-A-3)⁴⁴⁹.

La actora M.J.V. reclama por derecho propio el daño moral que le provocó la circunstancia de haber sido madre soltera a los 18 años, alegando también los inconvenientes que tuvo que sortear y afrontar en la escuela, para conseguir un trabajo, en su propia familia, a nivel social y en general en su vida, teniendo en cuenta además que Benito Juárez es una ciudad donde este tipo de situaciones se hacen públicas de manera muy rápida.

El juez plantea que el artículo 1741 del Código Civil y Comercial contempla la indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Conforme el

449 Fs. 6 del fallo.

texto del artículo y el criterio sostenido por la doctrina y jurisprudencia, solo el damnificado directo se encuentra legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del hecho ilícito.

En este sentido, la problemática que se plantea en torno a la procedencia del daño moral a favor de la madre por la omisión voluntaria del reconocimiento del hijo se ha abordado en su análisis a fin de buscar la solución a partir de la distinción entre damnificados directos e indirectos. El juez cita jurisprudencia en la que se ha sostenido que:

Cabe hacer lugar al reclamo de daño moral realizado en forma directa y a título personal por la progenitora del niño, ya que con independencia del infringido al hijo no reconocido, el demandado ha incurrido en otra conducta antijurídica cual es la de haber abandonado a la actora una vez conocido el embarazo, sin prestarle el más mínimo apoyo, tanto material como espiritual, dejándola sumida en el abandono y librada a sus escasísimos recursos, debiendo afrontar sola lo que debió ser compartido y en una clara actitud injuriosa al negar su paternidad y la colaboración indispensable –en su caso– para determinarla. Ese comportamiento necesariamente ha de haber producido en la actora angustias, sinsabores, desencantos, y afecciones diversas a sus más íntimos sentimientos al tener que asumir en soledad la evolución del embarazo, el parto y la posterior crianza y educación de la menor (Cámara Civil y Comercial de San Nicolás autos: G. G. E. c/B. M. F. s/Filiación y daños y perjuicios, sent. del 9/12/2008)⁴⁵⁰.

También cita jurisprudencia en la que se rechazó la procedencia del daño moral a la madre, por encuadrarla como damnificada indirecta. Ante esta interpretación del artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación (anterior artículo 1078 del Código Civil), gran parte de la doctrina y la jurisprudencia ha negado a la madre la posibilidad de reclamar el daño moral por falta de reconocimiento del hijo.

450 Fs. 8 del fallo.

En este punto, el magistrado cita a Gregorini Clusellas, quien manifiesta que, ante la negativa de filiación paterna, la madre y el hijo pueden ser independientemente damnificados directos de distintos agravios y, como tales, acreedores a resarcirse del daño moral.

Sobre esto, citando a la Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, el juez entiende que

... la visión o perspectiva de género consagrada en nuestro derecho no se limita de modo alguno al ámbito legal y judicial, sino que es una herramienta que ha adquirido la sociedad en su conjunto. A partir de allí, concluyo que el Magistrado no cuenta solo con la facultad de velar por los derechos de las mujeres de modo discrecional o a pedido de parte ante ataques deliberados de todo tipo como consecuencia de su condición de mujer, sino que se trata de una obligación legal y de un deber ontológico inexcusable (art. 7 inc. g, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; art. 7 Ley 26485). Esta obligación excede el ámbito del derecho penal o de familia, resultando de plena aplicación en todo tipo de procesos que así lo requieran por sus circunstancias de hecho, aun en los reclamos de daños y perjuicios civiles, como es el caso en estudio (Cámara Civil y Com. II, Sala II de La Plata autos: “R., M.C. C / J., J.L. S / Daños Y Perjuicios Extracontractual”, sent. del 14/7/2020).

Los jueces tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad; porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socio culturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o dos empresas, sino que debe juzgar con perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales”, “no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarlas se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que

cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto (cfr. Medina, Graciela; “¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?” L. L. AP/DOC/185/2016, citado por CC03 LZ causa 8365 205 sent. del 17/09/2017)⁴⁵¹.

En este punto, el juez entiende que la falta de reconocimiento por parte del progenitor genera no solo una lesión en las afecciones del menor no reconocido, sino también en las de la madre, que tiene que cargar con exclusividad el peso de los cuidados del menor en sus primeros días, las consecuencias sociales y administrativas de ser madre soltera, la obligación de explicarle al hijo en su niñez las causas por las que no posee un padre como en la familia estereotipada y proyectada en la cultura local, entre tantas otras que, si bien tienden a desaparecer, subsisten y dificultan la crianza de los niños. Así, sostiene que la actora es una damnificada directa del actuar omisivo del demandado.

Asimismo, el magistrado pone especial foco en la mención de la calificación de “madre soltera” en la demanda, definición que coloca en cabeza de la madre no la falta de una pareja estable o un matrimonio, sino la circunstancia de sobrellevar la falta de colaboración y asistencia por parte del padre de su hijo. Se diferencia a la madre como consecuencia del accionar del padre. El término madre soltera remite a la mujer que, por omisión o desconocimiento del padre de su hijo, debe afrontar individualmente las obligaciones familiares para con su niño.

Sin perjuicio del apelativo madre soltera, lo que se está reclamando es la falta de reconocimiento del padre biológico respecto a sus hijos. Esa falta de reconocimiento y de asunción de las tareas de cuidado tiene consecuencias sociales para la madre, pero además tiene consecuencias prácticas que modifican la vida de la mujer de manera irreversible.

451 Fs. 9 del fallo.

En este sentido, la madre que no cuenta con la asistencia del progenitor ve dificultada su posibilidad de estudiar (más aún cuando el nacimiento se da en la juventud de la madre, como en este caso) y encuentra serios obstáculos para insertarse en un mercado laboral que exige disponibilidad horaria. Deben tenerse en cuenta también las condiciones de trabajo informal (mayoritario en nuestro país), que implican que no se cuente con las protecciones propias del trabajo registrado, particularmente en referencia a las licencias por cuidado de familiar, horario reducido en caso de lactancia, obra social para el grupo familiar, entre otras.

Sobre estos argumentos, el juez manifiesta que la madre que demanda por filiación extramatrimonial, al momento de reclamar daño moral no lo hace como damnificada indirecta por el daño producido a su hijo, sino por la propia lesión sobre derechos subjetivos extrapatrimoniales, sufrimiento causado como dolor o daño en las afecciones. En este caso concreto, entiende el magistrado que el accionar del demandado (la falta de reconocimiento del vínculo filiatorio) se ve agravado por la conducta sostenida a través del tiempo, que coloca a la madre del niño en condición de vulnerabilidad y desventaja en el marco social de velar ya no solo por su bienestar, sino también por el de su hijo.

En consecuencia, se hace lugar al reclamo indemnizatorio por daño moral promovido por M.J.V. por derecho propio, condenando al demandado a pagar a la actora la suma de \$50.000 (pesos cincuenta mil) más intereses.

4. Reflexiones finales

La indemnización por daño moral a la mujer por falta de reconocimiento oportuno del hijo resulta procedente cuando la actitud del progenitor afecta no solo el derecho a la identidad del hijo, sino también los derechos fundamentales de dignidad y honra de la madre, produciéndose un tratamiento discriminatorio del progenitor para con la mujer. Bajo este criterio, ante la falta de filiación paterna, la madre y el hijo pueden resultar damnificados directos de manera independiente.

En este sentido, la reparación del daño moral a favor de la progenitora exige el análisis desde la mirada de género en los casos en los cuales la madre debe asumir responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir.

Para profundizar

Famá, María Victoria, “Legitimación de la progenitora para reclamar el daño no patrimonial derivado de la omisión del reconocimiento de su hijo”, *Lecciones y Ensayos*, Nro. 101, 2018, pp. 77-107.

Gregorini Clusellas, Eduardo L., “El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento”, *La Ley* 1995-C, 405 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 51, cita: TR LALEY AR/DOC/9388/2001.



Josefina Oñate Muñoz

Abogada (UCA). Trabaja en el Ministerio Público Fiscal como escribeante en la Fiscalía Nacional en lo Penal Económico N° 3. Colaboradora en la revista de Derecho de Familia (Editorial El Derecho). Investigadora en los proyectos de investigación “Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer” y “Modelos explicativos de la violencia” de la Facultad de Derecho (UCA).

CAPÍTULO 11

El reconocimiento del cuidado y su debate en los feminismos

Ursula C. Basset

1. El cuidado y los derechos de la mujer. Una noción de cuidado

Siguiendo a Berenice Fisher y Joan Tronto⁴⁵², puede entenderse la noción de cuidado en el sentido amplio, como una especie de actividad que incluye todo lo que hacemos para mantener, continuar y reparar nuestro mundo, de tal suerte que podamos habitarlo de la mejor manera posible. Ese mundo incluye nuestros cuerpos, nosotros mismos, nuestro medioambiente, todo lo cual se entrelaza en una red que sostiene y hace sustentable la vida⁴⁵³.

Ahora bien, en esta obra se entiende el cuidado no desde una perspectiva unidimensional, sino a partir de la complejidad de las relaciones humanas, que son bidimensionales y muchas veces pluridimensionales. Así también es el cuidado: tiene en cuenta el derecho a cuidar, el derecho a ser cuidado, el deber de cuidar y los deberes de la persona cuidada con su cuidador. Supone que hay vulnerabilidad en el sujeto cuidado, pero también en quien cuida. Y también que el reconocimiento al valor social del cuidado no resulta de soluciones simplistas como arancelar el cuidado informal o mejorar las condiciones de pago y trabajo del cuidado profesional, sino que se trata por sobre todo de valorizar socialmente la función de cuidado, tarea muchas veces

452 Fisher, B. , Tronto, J. C., “Toward a Feminist Theory of Caring,” en *Circles of Care*, ed. Emily K. Abel and Margaret Nelson, Albany, NY, SUNY Press, 1990, 4p. 0; Tronto, J. C., *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, New York, Routledge, 1993, p. 103.

453 *Ibid.*

feminizada, y hacer converger esa valoración y reconocimiento en el microsistema de relaciones (entre la persona cuidada y el cuidador), en un mesosistema de relaciones, entre las instituciones y organizaciones sociales (como la familia, la escuela, el trabajo, etc.), y a nivel macrosistema (el Estado, la sociedad, el derecho nacional e internacional). Estas esferas microsistémicas, mesosistémicas y macrosistémicas deben interactuar entre sí para reconocer el valor del derecho-deber de cuidado.

2. El reconocimiento integral a la personalidad jurídica como clave de bóveda del derecho al cuidado: el cuidado y la corporeidad del ser humano

Puesto que el cuidado reinserta a la persona en su corporeidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica integral de cuidador y persona cuidada se inscribe en una lógica ecológica y sistémica. La vulnerabilidad derivada de la necesidad del cuidado aparece en la dimensión personal, familiar, social y política. Las personas tienen una vulnerabilidad que surge del cuidado de otros y de la dependencia de ser cuidado o cuidador, y ello impacta indirectamente, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte IDH, también en la familia de forma directa o indirecta, en la sociedad, en las estructuras políticas, pero también en el medioambiente y en los deberes hacia las generaciones futuras.

Dentro de las lógicas del reconocimiento como herramienta esencial del derecho antidiscriminatorio, tema ampliamente desarrollado por los profesores Nancy Fraser y Axel Honneth⁴⁵⁴ en sus trabajos, pero también por el filósofo francés Paul Ricoeur⁴⁵⁵, el filósofo canadiense Charles Taylor⁴⁵⁶ y el

454 Fraser, N., Bourdieu, P., *(Mis) recognition, Social Inequalities and Social Justice*, Routledge, Oxon, 2007.

455 Ricoeur, P., *Soi même comme un autre*, Éd. Du Seuil, Paris, 1990.

456 Taylor, C., *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Ed. Amy Gutmann, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1994, p. 25.

jurista norteamericano Kwame Anthony Appiah⁴⁵⁷, desde las corrientes relativas al multiculturalismo. En todos los casos, el cuidado aparece como una condición de ciudadanía efectiva del otro. El cuidar la existencia del otro en su dimensión plurifacética y diferenciada es una condición de supervivencia jurídica de la persona y de su reconocimiento como tal.

3. El cuidado y el derecho a una vida, a la salud y a la vida digna

El cuidado consiste así en un eje que vertebría horizontalmente al ser humano con sus congéneres en términos de deberes y derechos correlativos, al ser humano con la sociedad, al ser humano con responsabilidades del Estado y, finalmente, enlaza las distintas generaciones, como posibilidad esencial de supervivencia. Por eso, el cuidado, antes que nada, está vinculado al derecho a la vida y a una vida digna. En definitiva, todos los derechos están estrechamente relacionados y la afectación de la salud afecta el acceso a los demás derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), considerando la integralidad de la persona humana y la interdependencia de los derechos⁴⁵⁸.

De la misma manera, y en tanto el cuidado muchas veces se ejerce respecto de familiares que padecen alguna enfermedad, o alguna discapacidad psicofísica, la garantía de ese cuidado, y de mecanismos de apoyo y protección al cuidador, garantizan indirectamente la protección del derecho a la salud y a la vida digna de personas que padecen enfermedades y/o alguna discapacidad permanente. Ese apoyo y protección al cuidador puede y es conveniente que sea ejercido por parte del Poder Ejecutivo en políticas públicas de manera

457 Appiah, K. A., "The Politics of Identity", *Daedalus*, Fall, 2006, Vol. 135, No. 4, On Identity (Fall, 2006), pp. 15-22 MIT Press on behalf of American Academy of Arts & Sciences Stable, <https://www.jstor.org/stable/20028068>.

458 Sobre esto: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Furlán v. Argentina" (2012), par: 288. También Caso "Comunidad Indígena Xàkmok Kàsek Vs. Paraguay". (2010), par: 233.

preventiva; y por parte del Poder Judicial reactivamente para responder ante situaciones de vulneración de derechos de esas personas.

4. El cuidado y el derecho-deber al proyecto de vida

Todo niño que nace a la existencia requiere del cuidado de su madre durante la gestación (e indirectamente, también el cuidado del otro progenitor), y en los primeros momentos de la existencia no podría subsistir sin ese cuidado. La falta de cuidado genera consecuencias a lo largo de toda la existencia y se proyecta no solo en la familia, sino también en la sociedad y el Estado. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en Villagrán Morales v. Guatemala que un niño que es lanzado a la existencia requiere que su proyecto de vida sea alimentado por la familia, la sociedad y el Estado⁴⁵⁹.

La ausencia de ese cuidado cuando es requerido, en cualquier estado de vulnerabilidad, provoca una violación y un daño al derecho al proyecto de vida, y en consecuencia a la vida, entendida esta en sentido amplio como en sentido lato.

5. La dignidad del cuidado vs. su mercantilización y comodificación

El cuidado, como tarea humana, expresa así no solo un deber humano privado, doméstico, social y estatal, requerido para la subsistencia y para alentar un proyecto de vida, sino que también expresa lo más noble y lo más digno de la condición humana. Es la condición de la resiliencia de los sujetos más fragilizados de la vida social⁴⁶⁰.

459 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales “Niños de la Calle” vs. Guatemala (1999), par. 199.

460 Ver Gordon-Bouvier, E., *Relational vulnerability. Theory, Law, and the Private Family*, Palgrave Mc Millan, Cham, 2020.

Esa dignidad del cuidado no admite su comodificación, pues sería reducir el cuidado a una mercancía de cambio impropia del componente extraordinario de gratuidad y dignidad que toda tarea de cuidado implica, puesta en la subsistencia del otro. Cuando el cuidado es doméstico y familiar, hablar de “trabajo de cuidado” y aplicarlo a una madre, un padre, un abuelo o un niño, resulta altamente ofensivo del plus extraordinario de entrega, fragilización y dependencias mutuas que surgen del gesto de cuidar⁴⁶¹.

Pero aun cuando el cuidado se profesionalice, hay en ese trabajo una dignidad extraordinaria que debería posicionar esa labor en los estratos más altos de los servicios profesionales prestados, pues es clave de la protección de la vida frágil y de la resiliencia. La función de cuidar y ser cuidado no debería ser considerada disvaliosa, sino que debería ser socialmente valorada por encima de cualquier otra tarea, pues exhibe no solo una dimensión económica, sino, sobre todo, expresa la posibilidad de supervivencia y el acompañamiento humano a las personas más vulnerables, con un involucramiento único del cuidador y la creación de situaciones de dependencia recíproca.

Nuestras sociedades no podrían subsistir sin el cuidado. A diferencia del contexto nórdico, en el que el Estado asume sustitutivamente el rol de la familia en el cuidado, en nuestras sociedades en las que los Estados son pobres, esa asunción parece improbable. La mayoría de las personas son cuidadas en el seno de la familia, de ahí que los movimientos tendientes a facilitar la desinsti-tucionalización de las personas encuentren frecuentemente el obstáculo de la falta de estructuras familiares que puedan asumir la ausencia de cuidado institucional, y a la inversa, la imposibilidad de familias ya fragilizadas o vulnerables de poder ofrecer y otorgar el cuidado requerido, que es condición de resiliencia.

En este sentido, se ha dicho que una sociedad se mide por la forma en que cuida y recibe a sus seres más frágiles. Entre ellos están aquellos que no ofrecen una utilidad inmediata a social, como por ejemplo los seres humanos

461 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, (2006), pár. 17 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

en los instantes más prístinos de su existencia, en la agonía y la muerte, en la soledad, en la vejez, en la niñez y en cualquier otra forma de vulnerabilización que la persona atraviese, ya sea permanente o transitoria.

6. Cuidado, condición de autonomía y resiliencia

Como el cuidado es condición de resiliencia, la falta de articulación del cuidado redunda en falta de autonomía para poder alcanzar esa resiliencia social y personal. En este sentido, y respecto de los niños, la Corte IDH ha señalado en el caso “Gelman v. Uruguay”⁴⁶² que los niños adquieran su autonomía progresivamente a través del cuidado de sus padres. Por eso, cuando son separados de ellos, esa autonomía se ve afectada y no pueden alcanzarla. Esta afirmación es válida para toda persona dependiente del cuidado, que requiere del cuidador para alcanzar la mayor autonomía posible.

De otra parte, la persona que ejerce el cuidado muchas veces se encuentra abrumada por tareas cotidianas que no le permiten tampoco poder acceder a otros derechos indispensables para su subsistencia. Así, el cuidado puede transformarse en una forma de vulnerabilización de la autonomía. La Corte IDH ha advertido esta situación cuando situó a las personas que tienen a otras bajo su dependencia como sujetos vulnerables. Que una persona que requiere cuidados dependa de otra que la cuida hace también del cuidador un sujeto cuya libertad se restringe, en términos de posibilidades de autodeterminarse.

Muchas veces este cuidado es elegido. Otras tantas, es la única solución asequible. En todo caso, el dato precioso que exhibe esta situación es que también el cuidador debe ser cuidado por la familia, el Estado y la sociedad⁴⁶³, para que pueda alcanzar estándares razonables de autonomía que

462 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Gelman v. Uruguay”, (2011), par. 97.

463 Cabe aquí citar el recientemente firmado Compromiso de Buenos Aires, elaborado tras la XV Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe del año

puedan compatibilizarse de manera proporcionada y razonable con el deber de solidaridad⁴⁶⁴.

7. La feminización del cuidado. Aportes de los feminismos. Su relación con el reconocimiento a la personalidad jurídica y los derechos de la mujer

Las estadísticas demuestran de manera consistente en toda América Latina que es la mujer la que con mayor frecuencia ejerce funciones de cuidado⁴⁶⁵. Considerar que esa función es un estigma para la mujer es caer en una forma de pensamiento patriarcal, hoy en día asumido incluso por muchas mujeres, en virtud de la dominación masculina sistémica y estructural.

Vale la pena recordar que la denominada ética del cuidado nace de los estudios de Carol Gilligan en su libro *In a Different Voice*. Ese libro se origina en

2022, donde se resalta la importancia del acompañamiento por parte del Estado a las personas que ejercen el rol del cuidado. Disponible online en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/48737-compromiso-buenos-aires-xv-conferencia-regional-la-mujer-america-latina-caribe> (consultado el 06/11/2023).

464 En el sentido del acompañamiento del Estado a mujeres que tradicionalmente han ejercido como ocupación las tareas de cuidado de sus familias, en la Argentina en el año 2021, mediante el Decreto 475/202, se creó un aporte no contributivo por Reconocimiento de Aportes por Tareas de Cuidado, a fin de “*facilitar el acceso a la jubilación de las madres argentinas*”. Más allá de la valoración exclusivamente económica del cuidado que es foco de esta política pública, y del cuestionamiento que se pueda hacer sobre ello, se comparte para conocimiento de los lectores el documento de su publicación y explicación realizado por la Administración Nacional de la Seguridad Social a dos años de su vigencia, el cual se puede consultar online en <https://www.anses.gob.ar/observatorio/nueva-edicion-documento-de-politicas-publicas> (consultado el 06/11/2023).

465 Ello fue resaltado en el recientemente firmado Compromiso de Buenos Aires, elaborado tras la XV Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe del año 2022, como pauta para tener presente por parte del Estado a fin de proveer mecanismos de sosténimiento y acompañamiento a las mujeres que ejercen el rol del cuidado. Disponible online en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/48737-compromiso-buenos-aires-xv-conferencia-regional-la-mujer-america-latina-caribe> (consultado el 06/11/2023).

la percepción de una forma de discriminación estructural silenciosa en las categorías morales del imaginario social. Gilligan, psicóloga norteamericana que trabajó con Eric Kohlberg en el diseño de tests que permitieran medir la moralidad en los niños de distintas edades, descubrió que en la escala de sondeo organizada por Kohlberg, sistemáticamente los niños tenían mejores resultados que las niñas. Una alternativa era considerar que las niñas tenían un desarrollo tardío de la moralidad, a diferencia de los niños varones. Es allí cuando Carol Gilligan propone escalas que valoren la ética diferencial del cuidado, pues advierte que, en las escalas de Kohlberg, características feminizadas tenían menor valoración social que características socialmente vinculadas al hombre.

Hoy en día esta tentación de masculinizar el feminismo subsiste y ha sido denunciada por varias voces en los feminismos contemporáneos. Especialmente recordamos la revisión de Betty Friedan, una de las primeras voces del feminismo liberal norteamericano, de las “características beta” en la vida social⁴⁶⁶. Las características beta están subvaloradas, sostiene ella, porque pertenecen a las mujeres y por eso históricamente han valido menos.

Un reciente estudio de la agencia Gallup sobre la división de tareas demuestra que continúa la tendencia de las mujeres en sus relaciones funciones propias del cuidado, especialmente de los hijos, pero también de la casa⁴⁶⁷. El estudio no indaga acerca de si esa prevalencia tiene origen social (imposiciones de la educación, sociales) o si son parte de las diferentes preferencias. Sin embargo, cualquiera sea el origen de la percepción de minusvaloración del cuidado, puede pensarse que una explicación posible es que radica en estereotipos sociales que la vinculan a la mujer y luego lo desmerecen socialmente.

En todo caso, sea esa la explicación o no, es justo hablar de una discriminación sistémica y simbólica en la minusvaloración del cuidado.

466 Friedan, B., *op. cit.*

467 Brenan, M., “Women Still Handle Main Household Tasks in U.S.”, *Gallup*, 29 de enero de 2020, <https://news.gallup.com/poll/283979/women-handle-main-household-tasks.aspx>.

La feminización del cuidado ofrece entonces dos riesgos: el de perpetuar estereotipos discriminatorios contra la mujer basados en una minusvaloración en el inconsciente colectivo de las tareas de cuidado prevalentemente realizadas por mujeres (discriminación sistémica y simbólica); y, una fragilización de la mujer que ejerce cuidados en forma consecuente, causada por la apropiación subjetiva de las mismas mujeres de esos patrones de discriminación estructural y simbólica.

8. La tarea de cuidado como una cuestión doméstica

Las tareas del cuidado en las relaciones de familia están más desarrolladas que en otros ámbitos del derecho e incluso han tenido distintas formas de recepción en el derecho interno argentino y comparados. En el derecho argentino, el cuidado se tiene en cuenta para decidir la atribución de la vivienda familiar, para recibir una compensación económica con posterioridad al divorcio o la ruptura de la pareja, para solicitar alimentos durante el embarazo, incluso de manera provisoria si la paternidad aún no resultó judicialmente establecida y como criterio para valorar en especie los aportes a los alimentos a los hijos y su imputación patrimonial a la hora de la división de bienes de la sociedad conyugal o régimen de comunidad de bienes.

Hay varios ejes trascendentales en los que la función del cuidado está ausente de toda valoración. La compensación económica generalmente resulta en un pago único o fraccionado, en cuyos criterios de fijación se tienen en cuenta las funciones de cuidado de la mujer. Sin embargo, la jurisprudencia nacional suele fijar montos muy bajos para la compensación económica.

Muchas veces, el cuidado no cesa con el acceso a la mayoría de edad de los hijos, sino que siguen dependiendo de los padres, en función de la prolongación del alcance a la socialización y a la independencia, o por el reingreso a la familia luego de un fracaso de convivencia independiente. En muchos de

esos casos, el sistema jurídico no tiene prevista la repartición igualitaria de las cargas, que recaen, como consecuencia, en la mujer.

Otra hipótesis en que el derecho de familia desampara el cuidado es la del hijo con discapacidad mayor de edad. Es muy usual que las madres queden al cuidado de los hijos con discapacidad, pero no hay ninguna previsión alimentaria que permita compensar la falta de corresponsabilidad de ambos progenitores en esa hipótesis. En el régimen patrimonial matrimonial argentino es una carga sostener conjuntamente a los hijos mayores con discapacidad que convivan con ambos esposos. Sin embargo, una vez roto el matrimonio ese deber de corresponsabilidad solidaria no tiene una contrapartida y entonces se feminiza el cuidado.

Tampoco en los casos en que alguno de los hermanos, o más usualmente hermanas, asume el cuidado exclusivo o predominante de los progenitores o de algún hermano con discapacidad. En todos los casos, esa carga no tiene como contrapartida una regulación que prevea la corresponsabilidad de los demás hermanos. Si bien la obligación alimentaria a los ascendientes y colaterales (parientes) es obligatoria y hay derecho a repetir⁴⁶⁸, la lógica del reclamo judicial que siempre tiene un impacto desproporcionado en la persona vulnerable, y el plus de gratuidad que implica el cuidado, termina configurando un escenario en donde, de hecho, estos cuidados resultan asumidos principalmente por una sola parte, siendo que el aporte en especie siempre es mucho más oneroso. Debería crearse un deber extrapatrimonial de corresponsabilidad de los parientes del mismo grado —siempre el más próximo— de cuidar a sus ascendientes o colaterales, incluso con aportes en especie y en dinero a tal fin.

En los acuerdos conyugales, las esposas y convivientes negocian con frecuencia con la angustia de perder el cuidado personal de los hijos, lo que las

468 Derecho a repetir: concepto jurídico que asiste a una persona que pagó una suma de dinero, sin ser el principal obligado, a solicitar que se le abone la cantidad que hubiera pagado el deudor principal (devolución de lo que pago porque “no le correspondía pagarla”).

obliga a litigar con disparidad de armas. Sobre esto, hay estudios de campo que demuestran esta circunstancia. La mujer litiga en el divorcio con la angustia de quedarse sin un techo y sin posibilidad de ejercer el cuidado de los hijos, por riesgo de que le remuevan la custodia. En este sentido, se sabe desde “Artavia Murillo v. Costa Rica” que hay un impacto desproporcionado de las normas sociales que fijan el acceso a la paternidad y la maternidad. Someter el régimen de obligaciones personales y patrimoniales del matrimonio a la sola autonomía de la voluntad de las partes, sin regulaciones de piso mínimo estatutario, crea, las más de las veces, formas de impacto desproporcionado en la mujer.

Un asunto especialmente acuciante en materia de cuidado es el caso de las personas con consumos problemáticos. Los hijos, muchas veces mayores de edad, u otros parientes, son personas especialmente difíciles para ejercer el cuidado, sobre todo por las situaciones dolorosas, cuando no riesgosas, a las que exponen a sus familiares directos. El derecho tiende a garantizar la autonomía de la persona con consumos problemáticos. Pero esa autonomía es demasiado sabido que no es tal en el caso de las adicciones. Se impone dar la posibilidad de cuidado a estas personas, tan vulnerables y frágiles, proveyéndoles tutelas efectivas. Por lo cual debería preverse o bien un consejo de familia para articular el consentimiento al tratamiento o bien permitir directivas anticipadas de internación con la designación de un apoyo u otra figura jurídica que pueda acompañar estos casos, y poder sostener una estructura de cuidado que dé una posibilidad real de resiliencia.

El cuidado de las personas con problemas de salud mental o demencia requiere, para proteger la resiliencia y distribuir democráticamente los cuidados entre la familia y la sociedad, reevaluar las alternativas y disponibilidades de centros de día o de cuidado suficientes y de calidad que permitan que la familia pueda tener presencia y ofrecer el cuidado posible a esa persona, sin que sea separada completamente de la familia pero, al mismo tiempo, sin imponer a la familia un cuidado que no está en condiciones de proveer sin un fuerte deterioro relacional y la puesta en riesgo de las relaciones entre sus

miembros, que a veces presentan otras fragilidades, como es el caso cuando hay niños en la familia u otras circunstancias que requieren otros cuidados que no son completamente compatibles.

En los casos de demencia, especialmente cuando se trata de deterioro cognitivo, el cuidado familiar debería integrarse con la corresponsabilidad del Estado en varias instancias. Primero, si va a favorecerse el cuidado intra-familiar, el Estado debería proveer estructuras de apoyo y capacitación familiar. Los procesos de decisión médica deberían seguir los estándares de la decisión compartida, sin ignorar a la persona cuidada como si el deterioro le restara en su condición de ciudadano. De ahí que se trabaje sobre procesos de decisión compartida (*shared decision making process*).

En el ámbito del derecho sucesorio, se ha propuesto que la persona que ejerció el cuidado prevalente del progenitor o hermano en vida pueda ser, por decisión de la persona cuidada, beneficiario de una mejora estricta en el derecho sucesorio. No obstante, eso sería una mercantilización o contractualización que desnaturalizaría la dignidad de la función de cuidado familiar, transformándola en una tarea con contraprestación. Por otra parte, la asignación voluntaria en el testamento desnaturaliza el carácter estatutario que requiere la valoración social de la solidaridad o el cuidado.

Es de recordar que el deber del cuidado familiar surge como un deber de la Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre, cuando se refiere al deber de honrar a los ascendientes. Si es un deber jurídico, no sería contractualizable, sino que sería reclamable autónomamente.

El cuidado de las personas mayores o vulnerables requiere ser visibilizado en el derecho sucesorio, no como contraprestación sino de múltiples maneras. Entre ellas, debe ser una razón de la atribución preferencial de la vivienda o una razón para impedir la división del inmueble cuando sea razonable.

De la misma manera que en el derecho matrimonial hay derecho a alimentos para el cónyuge que padece una enfermedad subsistente a la ruptura, que ya padecía durante la vida en común, y que ese derecho alimentario se transmite como carga a los herederos del obligado, así debería suceder con

la corresponsabilidad de los herederos en el cuidado de personas mayores de edad a cuyo cuidado estaban obligados en vida del causante por medio de una obligación alimentaria. A tal fin, debería acuñarse la corresponsabilidad en el cuidado del hermano con discapacidad o restricciones a la capacidad que no pueda sustentarse por sí, cuando ese cuidado era ejercido en vida, por el causante.

Por otra parte, en las causales de indignidad se enuncia la posibilidad de que el heredero que no recogió al adulto mayor en un establecimiento si así lo requería, sea declarado indigno. Es de desear que los derechos implementen formas de resolución de la vocación hereditaria en el caso de que el heredero no cumpla con el deber de corresponsabilidad que surge del párrafo anterior.

En definitiva, la “neutralización”⁴⁶⁹ de la mujer en las legislaciones más nuevas no permite visibilizar adecuadamente el problema de la feminización del cuidado. Se trata de otra de las discriminaciones simbólicas que sufre la mujer en el derecho contemporáneo. El solo hecho de la corporeidad de la mujer la hace vivenciar la hospitalidad en un sentido distinto que los hombres, que carecen de esa dimensión encarnada, casi visceral, de la hospitalidad. En la medida en que el derecho no visibilice a la mujer, sino que silencie su femineidad, el cuidado derivado de ella seguirá siendo estigmatizado. En última instancia, es una nueva forma de patriarcado tan perniciosa que es asumida en el inconsciente colectivo fustigando toda forma de manifestación del cuidado por parte de la mujer, como si ese cuidado debiera ser extirpado de lo femenino. Es uno de los ataques más arteros a la condición femenina, pues muchas veces se encarna en los mismos defensores de la mujer, que pretenderían una mujer que fuera, como sostenía alguna traducción del relato originario: “los creó varón y varona” y no varón y mujer. Pues la hospitalidad inherente de la mujer no cesa de ser estigmatizada: la mujer debería ser varona y no existir como tal, pues su existencia femenina propicia a cuidar, se

469 Siguiendo el giro utilizado por Martha Fineman en su libro *The Neutered Mother, op cit.*

entiende como disvaliosa y debería plasmarse como un trabajo susceptible de retribución. El que quisiera pagar el cuidado familiar con dinero, abonaría así la idea de que el cuidado en sí mismo no es algo extrapatrimonial, extraordinario, sino algo que debería erradicarse y ejercerse solo como una tarea en el mercado laboral.

En las familias, agrega la investigadora María Ángeles Durán, estas tareas involucran simultaneidad de papeles, roles y responsabilidades, espacios y ciclos, que para ser captados requieren considerar conceptos como los de dirección y gestión, no fácilmente traducibles en estimaciones de tiempo, intensidad o esfuerzo⁴⁷⁰.

Evidentemente esto no significa que no deba distribuirse democráticamente el cuidado y sostener y apoyar a quien decide o está obligado a ejercerlo, sino luchar contra toda forma subsistente de estigmatización estereotipada del cuidado femenino, que, por ser asociado a la mujer, no debería existir ni reconocerse más que como trabajo asalariado.

Al contrario, en la lógica de las teorías del reconocimiento (Fraser, Honneth⁴⁷¹) y los estudios sobre la ciudadanía diversa y multicultural, el aporte único de la feminización del cuidado debería entronizarse como uno de los valores centrales que hacen posible la subsistencia de la sociedad.

Finalmente, en aras del pluralismo social, deberían reconocerse otros lazos de solidaridad y cuidado más allá de la familia⁴⁷². Alternativas de convivencia y cuidado de adultos mayores, tal como exhibe el derecho catalán, o de estudiantes que conviven y se asisten, incluso de hermanos que se acompañan durante la vida y no configuran una relación de tipo conyugal, deberían poder acceder a un estatuto de cuidado recíproco específico basado en la

470 Durán, M. Á., “Uso del tiempo y trabajo no remunerado”. *Revista de Ciencias Sociales*. Número monográfico: Desigualdades sociales de género. Montevideo, 2000.

471 Citados más arriba.

472 Scott Hunt, S., “Intentional Communities and Care-giving: Co-Housing Possibilities”. En Bottomley, A., Wong, S., *Changing Contours of Domestic Life and Family Law, Oñati International Series in Law and Society*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 181 y ss.

convivencia. Las relaciones de cuidado trascienden la familia aun dentro del ámbito de la vida doméstica privada.

9. La tarea del cuidado como un deber humano

Desde hace más de cuarenta años, distintos estudios han mostrado cómo las tareas que ocurren en el ámbito doméstico son cruciales e imprescindibles para el funcionamiento del sistema económico y el bienestar social⁴⁷³.

El pensamiento feminista ha demostrado que las tareas de atención y cuidado de la vida de las personas son un trabajo imprescindible para la reproducción social y el bienestar cotidiano de las personas⁴⁷⁴. En palabras de Fineman, son las mujeres las que han “cargado el peso de la intimidad”⁴⁷⁵ en la familia, en el cuidado de los niños, los ancianos o las personas enfermas o con discapacidad a lo largo de las generaciones.

Ese cuidado se inscribe en una red de cuidados que muchas veces implicaron una distribución sexuada de las cargas en su implementación: la mujer cuidaba a los miembros más frágiles de la familia en la intimidad y el hombre, en la esfera de lo público y fuera del hogar, proveía el sustento.

Este modelo de distribución de cuidados depende de una distribución rígida y sexuada de roles, que hoy en día encuentra una representación social cada vez menor. La mujer se inserta en la esfera de lo público y del ámbito laboral, las relaciones de familia son frágiles y con frecuencia inestables, y cada vez es más frecuente que la mujer se encuentre con las mismas cargas de cuidado que otrora, a lo que se suma el deber de proveer para su sustento.

Este nuevo escenario, con frecuencia monoparental de jefatura femenina, con contribuciones e intercambios económicos entre la pareja, resulta un

473 Ver al respecto Batthyány, K., *Políticas del cuidado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO - México DF, Casa Abierta al Tiempo, 2021, p. 51.

474 *Ibid.*

475 Fineman, M., *The Neutered Mother*, *op. cit.*, pp. 25-26.

peso desequilibrado para la situación de la mujer, de la que no solo daba cuenta el segundo feminismo liberal, sino que hoy se ve reflejado en las estadísticas⁴⁷⁶ y en novedosos estudios sobre la configuración familiar y la desventaja que la mujer encuentra con esta ecuación en el matrimonio o las relaciones estables, pues tiene doble carga, la del cuidado y la de proveer al sustento⁴⁷⁷. Esto resulta especialmente visible en los sectores medios bajos, es decir, en los que la vulnerabilización de la mujer es mayor⁴⁷⁸.

Todo esto exige repensar la distribución de los deberes de cuidado a una escala mayor de lo que parece evidente. No se trata solo de una distribución paritaria de las tareas en el hogar, ni de corresponsabilidad ni de coparentalidad.

Se trata de advertir que la fragilización de las relaciones de tipo conyugal y la extramatrimonialización de la filiación crean un escenario completamente nuevo que provoca en varios países una monoparentalización, y así una sobrecarga inevitable de la mujer.

De ahí que en los últimos estudios se vuelva sobre la idea de la necesidad de “re-familiarizar” el derecho de familia y cumplir finalmente con las obligaciones internacionales de protección de la familia y apoyo a los proyectos familiares estables por parte del Estado⁴⁷⁹.

Es que, en los Estados pobres, no es el Estado el que puede absorber los fragmentos y las soledades, sino que requiere de estructuras intermedias

476 Tuñón, Y., *Caracterización de las Familias, Primera encuesta bienal de 2017*, Ciudad de Buenos Aires, UCA, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://wadmin.uca.edu.ar/public/20180529/1527595328_2018-Observatorio-CARACTERIZACION-DE-LAS-FAMILIAS-BOLE-TIN.pdf.

477 Carbone, J., Cahn, N., *Marriage Markets*, Oxford University Press, 2015.

478 *Ibid.*

479 Por ejemplo: Garrison, M., *Family Life, Family Law, and Family Justice: Tying the Knot*, Routledge, Londres, 2023. O Douglas, G., *Obligation and Commitment in Family Law*, Bloomsbury, Londres, 2018. O Ouedragogo, R., *La notion de devoir en droit de famille*, Bruylant, Bruselas, 2014.

sociales y familiares que puedan absorber el cuidado en la vida social. Si en las sociedades económicamente sustentables el Estado encuentra dificultades en absorber la creciente fragmentación y soledad de las personas en condición de vulnerabilidad, tanto más irrealizable es la tarea en Estados pobres, como sucede en América Latina.

Por esta razón, reforzar las estructuras de cuidado exige más que nunca fortalecer los vínculos de solidaridad, lo cual se logra adecuadamente propiciando la solidez vincular. Por otra parte, esto no es más que un deber de garantía por parte del Estado derivado de los artículos 17 y 11 de la Convención Americana y demás tratados internacionales concordantes, y surge de la misma jurisprudencia de la Corte IDH, que con gran frecuencia señala las responsabilidades del Estado en evitar la separación de la familia, tanto por la injerencia ilegal por parte del Estado como por la falta de garantía de este en el caso de desplazamientos⁴⁸⁰ o en el caso de adopciones otorgadas sin respeto a los estándares internacionales⁴⁸¹.

Respecto de los niños, interesa tal vez especialmente citar la Opinión Consultiva 17⁴⁸² sobre las obligaciones positivas del Estado respecto de la familia:

En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación. Efectivamente, es sobre todo a

480 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Contreras v. El Salvador (2011).

481 Por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fornerón v. Argentina, 2012. Caso María v. Argentina, 2023.

482 Opinión Consultiva 17/02, par. 8.

través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, *mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar*⁴⁸³.

Respecto de la mujer, interesa especialmente resaltar el trabajo de los organismos internacionales en potenciar la corresponsabilidad familiar⁴⁸⁴. Pero esa corresponsabilidad se integra mejor cuanto más fluidas y menos antagónicas sean las relaciones entre los progenitores. De esta manera, el co-involucramiento de ambos será más factible. De ahí que las obligaciones positivas del Estado en la protección de la familia, también en beneficio de una perspectiva de género, trabajen en aras de promover la unidad de la familia.

10. La tarea del cuidado y su relación con los DESCA

De la tarea del cuidado depende el acceso a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La privación del cuidado para la persona que lo requiere significa no solo poner en riesgo la subsistencia, sino también la subsistencia digna, en términos de acceso a la salud, a la educación, a la vida social y familiar, a los derechos culturales, a la ciencia e incluso puede impedir el ejercicio de la libertad de creencia y religión.

483 Resaltado de la autora.

484 Ver, por ej., *Informe Avances en medidas de Corresponsabilidad Social y de Género en el mundo del trabajo* de ONU Mujeres y OIT, (2021), disponible en: <https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documentos/Publicaciones/2021/03/Avances%20en%20Medidas%20de%20Corresponsabilidad%20Social%20y%20De%20Gnero%20En%20El%20Mundo%20Del%20Trabajo%20WEB.pdf>; *La Guía de Parentalidad Activa* de UNICEF Chile (2014), disponible en: https://www.unicef.org/chile/media/1126/file/guia_de_paternidad_activa_para_padres.pdf.

En la medida en que el cuidado abarca aspectos transgeneracionales (de justicia transgeneracional)⁴⁸⁵ y horizontales, el cuidado se refiere a derechos ambientales y supone la responsabilidad de las generaciones actuales por las generaciones futuras. Sin embargo, el cuidado también se traduce en la accesibilidad efectiva a derechos esenciales como el agua o la salud, o condiciones de higiene aptas⁴⁸⁶.

Se advierte así el círculo vicioso que surge de la interdependencia de los derechos humanos. La falta de acceso a cuidado puede implicar la privación de los derechos humanos fundamentales⁴⁸⁷. A la inversa, una cultura, economía y políticas que implementen el derecho-deber del cuidado pueden engendrar un círculo virtuoso transformador.

La Corte Interamericana ofrece en su jurisprudencia numerosos ejemplos en los cuales la afectación del medioambiente incide en los demás derechos económicos, sociales y culturales. El descuido por parte del Estado del acceso al medioambiente impacta directamente en el derecho a la salud, y así, eventualmente, en el derecho a la vida y a la supervivencia digna⁴⁸⁸.

Resalta especialmente el derecho al cuidado de las generaciones antecendentes, para dar digna sepultura y poder incluso realizar un cuidado de los restos mortales de acuerdo a las propias creencias religiosas y la propia cultura⁴⁸⁹. Todo lo cual se relaciona con lo que Antonio Cançado Trindade llamó en su

485 Tronto, J., *Who Cares? How to Reshape Democratic Politics*, Cornell University Press, 2015, p. 14.

486 Ver, por ejemplo, Caso del “Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú”, 2006, par. 319 y 308. También: Caso de la “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, 2005, par. 221.

487 Así en el caso “Furlán v. Argentina”, 2012, par. 283.

488 Ver, por ej., entre muchos, Caso del “Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú”, 2006, par. 319 y 308. También: Caso de la “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, 2005, par. 221, anteriormente citados.

489 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Masacres Río Negro vs. Guatemala”, 2012, par. 154.

momento el derecho al proyecto de pos-vida⁴⁹⁰, que es una continuación de la noción de proyecto de vida.

11. La tarea del cuidado y su relación con los derechos civiles y políticos: la democracia del cuidado y los derechos de libertad de creencia y religión

El derecho al cuidado debe inscribirse en una dinámica que lleve a una igualdad distributiva en la adjudicación del cuidado, pero también en mecanismos participativos que aseguren el cuidado tanto en el ámbito público como en el privado. Esto se plasma no solo en mecanismos que aseguren la participación de las personas que requieren cuidado en el diseño de políticas públicas a tal efecto, sino también en el ámbito de las prácticas privadas que requieren respeto constante de la mayor libertad posible y consentimiento por parte de quien recibe el cuidado⁴⁹¹.

La democratización del cuidado se debería traducir en una democracia “del cuidado”. Esta afirmación tiene aspectos estructurales y simbólicos, y no solo pragmáticos. El primer cambio en esa dirección es poner en tela de juicio el valor social que se otorga a las tareas de cuidado otorgadas en la familia y las profesiones relacionadas con ese cuidado, que deberían estar en la cúspide de la valoración social. El tiempo dedicado al cuidado debería ponerse de manifiesto y valorarse, considerando la relación de interdependencia entre cuidado y cuidador, que requiere cuidar a aquellos que cuidan⁴⁹². Se trataría de un reconocimiento económico y cultural del cuidado.

Las injusticias a este nivel, para la filósofa norteamericana Nancy Fraser, deben entenderse como “injusticias de representación democrática” del

490 De acuerdo al voto razonado de Antonio Cançado Trindade en el Caso “Gutiérrez Soler v. Colombia”, 2005, par. 8 y ss.

491 Tronto, J., *Who cares? How to Reshape Democratic Politics*, op. cit., p. 28.

492 *Ibid.*, p. 30.

cuidado en la vida social. La participación paritaria que requiere la democracia, si no se incorporara esta dimensión de reconocimiento al cuidado, determinaría que hubiera exclusiones en cuanto a la participación democrática en la inclusión en la distribución de bienes, el reconocimiento recíproco y el acceso a derechos⁴⁹³.

Fraser distingue dos niveles de falta de representación adecuada. La primera, más obvia, es el nivel de participación política y reconocimiento. La segunda depende del reconocimiento cultural⁴⁹⁴.

Es esa desvalorización del cuidado a la que asistimos cuando el cuidado es considerado como una mercancía en lugar de reconocer su valor social esencial y el involucramiento personal e interdependencias de cuidado y cuidador.

La revalorización social del cuidado entronca con los temas de discriminación estructural y simbólica (temas de Pierre Bourdieu) de las funciones de cuidado, desvalorizadas también, en algunas ocasiones, por la asociación social con la mujer. La revalorización del cuidado como una tarea noble para todos y como un deber requerido a todos sin distinción exige, entonces, una revolución cultural, que permita la redistribución equitativa. No como una tarea que debería ser removida, sino como una tarea que ennoblecen a quien la realiza.

Al igual que la vulnerabilidad es universal, el cuidado es también una necesidad universalizada en distintas medidas. El cuidador no solo otorga el cuidado, sino que es acreedor de cuidados, no solo de la sociedad y en términos de valoración cultural y efectiva, sino también por parte de la persona que es cuidada por él.

493 Fraser, N., Bourdieu, P., *(Mis) recognition, Social Inequalities and Social Justice*, Routledge, Oxon, 2007, p. 21.

494 *Ibid.*, p. 24.

12. Derecho a un buen cuidado – Deber humano de buen cuidado

La profesora norteamericana Joan Tronto, probablemente quien más ha elaborado la noción de cuidado en el derecho actual, entiende el cuidado como un proceso continuo que puede dividirse en cinco fases. La primera consiste en una suerte de escucha activa de las necesidades del otro, y que en términos de derechos humanos en el *corpus iuris* interamericano podría traducirse en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, pues permite advertir la necesidad en concreto de alguien que interpela (*caring about*). La segunda consiste en procurar satisfacer la necesidad específica (*taking care of*), en el sentido de proveer un cuidado adecuado a la necesidad concreta. Se trata propiamente de la asunción de que existe una responsabilidad social o personal de cuidar de alguien, que implica necesariamente la instancia previa de reconocimiento del otro y su necesidad. En tercer lugar, y en virtud de las dos instancias anteriores, se produce la conducta jurídica debida: la de cuidar al otro (*caregiving*). La instancia culmina con el reconocimiento y aceptación por parte de la persona cuidada y de la sociedad respecto de la tarea del cuidador y su esencialidad (*care-receiving*)⁴⁹⁵. En obras posteriores, Tronto agregó la noción de cuidar con (*caring with*) para referirse a que el buen cuidado supone una redistribución política del cuidado, en términos de democratización⁴⁹⁶.

El “buen cuidado” es, pues, en términos jurídicos, un cuidado que, lejos de ser anónimo, es concreto y parte del caso por caso, del rostro concreto de la persona que lo necesita y culmina en reconocer el rostro concreto de la persona que lo otorga, en términos privados y públicos.

Para que el cuidado sea bueno, debe partir del reconocimiento de la necesidad y de la vulnerabilidad concreta; y, por lo tanto, su ejecución consiste

495 Tronto, J., *Moral Boundaries*, op. cit.

496 Tronto, J. C., *Caring Democracy: Markets, Equality, and Justice*, NYU Press, New York, 2013.

en asumir una responsabilidad individual y colectiva de cuidar. En última instancia, el derecho-deber de buen cuidado reinscribe en el derecho la centralidad de la persona humana, o sea, de pensar las normas, deberes y derechos que mejor protejan a la persona humana⁴⁹⁷.

Es decir que el cuidado no puede ser entendido solo como derecho, sino también como deber humano de cuidar. Este cuidado no tiene solo dimensiones privadas, sino que su reconocimiento debe resultar de las políticas públicas y ser reconocido en las distintas instituciones del derecho privado y público, pues la única tutela conforme al principio de efectividad será aquella que resulte de un abordaje intersectorial.

13. Conclusiones

- Noción amplia de cuidado. Proponemos que se asuma una noción de cuidado en el sentido amplio, como una especie de actividad que incluye todo lo que hacemos para mantener, continuar y reparar nuestro mundo, de tal suerte que podamos habitarlo de la mejor manera posible. Ese mundo incluye nuestros cuerpos, nosotros mismos, nuestro medioambiente, todo lo cual se entrelaza en una red que sostiene y hace sustentable la vida.
- **Esencialidad de un abordaje desde una noción universalista de la vulnerabilidad.** Vulnerabilidad es la probabilidad de ser dañado. Para poder percibir la vulnerabilidad de múltiples rostros, de quien cuida, quien es cuidado y quien cuida a los que cuidan, resulta conveniente asumir una perspectiva universalista, que entienda la vulnerabilidad como una condición compartida que confiere igual dignidad. La vulnerabilidad no debe ser erradicada, sino que constituye algo del ser humano en su finitud; por lo tanto, es amable y el derecho debe integrarla dentro del reconocimiento de la personalidad

497 Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, del 17/9/2003, p. 105.

jurídica. Esa vulnerabilidad tiene, sin embargo, una distribución desigual. De esa percepción de la vulnerabilidad surgen el deber y la responsabilidad de reforzar la resiliencia y el empoderamiento de las personas vulnerables.

- **El derecho al reconocimiento integral de la personalidad jurídica como clave de bóveda del abordaje de la noción de cuidado y de buen cuidado.** A partir del marco teórico de las teorías del reconocimiento, y del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, puede elaborarse un derecho sensible a las necesidades y cuidados, interdependientes. Es a partir de ese reconocimiento del rostro concreto de la vulnerabilidad, y no de categorías abstractas o políticas de la identidad que subsumen a una persona en una abstracción quitándoles el rostro existencial que presentan, que es posible abordar adecuadamente y con empatía, el cuidado.
- **El derecho al cuidado se relaciona con el derecho a la salud.** Son dos derechos profundamente interdependientes y también vinculados con el derecho a una vida digna. Una adecuada articulación del derecho al cuidado y del cuidado de quienes cuidan es esencial para el acceso social equitativo al derecho a la salud.
- **El derecho al cuidado se relaciona con el derecho al proyecto de vida y de postvida.** Sin cuidado no hay proyección, y en ella se inscribe el presente en futuro. También en su transgeneracionalidad a través del proyecto de postvida, que incluye el cuidado de tradiciones culturales y religiosas y de las memorias y presencias de las generaciones pasadas.
- **El cuidado no debe ser considerado como una tarea indigna o como una mercancía, sino como una de las tareas más nobles, y como garantía de sustentabilidad de la vida social.**
- **El cuidado es condición de autonomía y de resiliencia.** La autonomía solo se alcanza si es posible un entorno de cuidado, que a la vez es la condición de toda resiliencia. De ahí que el cuidado se relacione con el derecho a autodeterminarse.

- **El cuidado está feminizado.** En consecuencia, es necesario pensar instituciones jurídicas que resulten en un paliativo de esa feminización, equilibrando la alocación desequilibrada de esos cuidados en la vida social.
- **Los cuidados en el ámbito doméstico requieren de la integración creciente del fortalecimiento de la colaboración familiar, social e intersectorial.**
- **La tarea de cuidado es una cuestión que se relaciona, más que con un derecho al cuidado, con los deberes humanos de cuidado emergentes de las convenciones internacionales e interamericanas.**
- **La falta de cuidado genera un círculo vicioso que determina la lesión de los DESCA.** Una cultura, una política, una economía y un derecho que plasmen el derecho-deber del cuidado en el sentido amplio enunciado en la definición garantiza el goce de derechos.
- **Los cuidados se relacionan no solo con los DESCA, sino también con los derechos civiles y políticos, especialmente la libertad de creencia, religión, cultura y el cuidado que el Estado debe a esas dimensiones de la personalidad jurídica como una forma de cuidado al reconocimiento integral de la persona en su diversidad.**
- **El derecho al cuidado** implica un deber humano de buen cuidado.

Para profundizar

Basset, Ursula C. y Fulchiron, Hugues et al., *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

Basset, Ursula C. y Santiago, Alfonso, *Tratado Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2022. 3 volúmenes.

- Brugère, Fabienne, Care Ethic. *The Introduction to Care as a Political Category*. Peeters, Leuven, 2019.
- Fineman, Martha, *The Neutered Mother*, Routledge, 1996.
- Fraser, Nancy, Honneth, Axel, *Redistribution or Recognition*, Ed. Verso, New York, 1989.
- Gilligan, Carol, *In a Different Voice*, Harvard University Press, 1993, reim-presión 2003.
- Tronto, Joan C. *Caring Democracy: Markets, Equality, and Justice*. NYU Press, New York, 2013.
- Tronto, Joan, *Who cares? How to Reshape Democratic Politics*, Cornell University Press, Londres, 2015.
- Wallbank, Julie, Choudhry, Shazia, Herring, Jonathan (eds.), *Rights, Gender and Family Law*, Routledge, Oxon, 2010.

CAPÍTULO 12

El cuidado, la mujer y la familia

María Carolina Ferrante

María Aymé Maceda

1. La cuestión de la mujer, el cuidado y los hijos en el derecho internacional de los derechos humanos

La institución que regula el cuidado de los hijos en Argentina y desde el último Código Civil y Comercial tomó el nombre de “responsabilidad parental”. La responsabilidad parental (en adelante RP) es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Como toda institución de cuidado, siempre tiene un impacto diferenciado en la mujer.

Se encuentra regulada en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro Segundo, Título VII, desde el artículo 638 hasta el 704, y es el último instituto regulado en el acápite de Relaciones de Familia, previo a los procesos propios de la materia.

La denominación “responsabilidad parental” viene a poner fin a la denominación que le daba nuestro derecho a este instituto y de conocimiento por el común de las personas –la “patria potestad”– y, con esto, a plasmar una serie de cambios que tuvo el mismo a lo largo del tiempo en el plano internacional como en nuestra legislación nacional.

Tal como plantea el Dr. Azpíri, lejos del poder sobre la vida y los bienes de todas las personas libres que formaban el núcleo familiar, como se establecía en el derecho romano primitivo, el concepto de patria potestad

se ha ido modificando al cambiar el centro de atención sobre el que posa la institución⁴⁹⁸.

Sobre esta cuestión ahondaremos nuestro estudio más adelante. Bastará en principio con remarcar, tal como plantea el Dr. Mizrahi, que esta nueva denominación pone todo su énfasis en el niño o niña que intenta proteger, poniendo en juego los deberes y responsabilidades que tienen los progenitores respecto de estos⁴⁹⁹.

La patria potestad romana se caracterizaba por la amplitud de derechos que otorgaba al *pater familias* sobre la persona y los bienes de los hijos. En una primera etapa, el *pater* tenía la facultad de: i) dar vida y muerte a sus hijos (*ius vitae necisque*) como ejercicio del poder doméstico para imponer penas, ii) de exponerlos (*ius exponendi*) pudiendo no admitirlos en la familia y iii) hasta enajenarlos. Sin embargo, el derecho romano fue evolucionando y limitando el poder del *pater*, hasta que tuvo solo facultades disciplinarias, lo que dio un carácter más tuitivo.

Con el paso del tiempo, aquel concepto se fue modificando paulatinamente. En un principio, el Código Civil lo definía en el art. 264 como el “...conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”, es decir, ponía el foco en los derechos de los padres. Las reformas posteriores incluyeron en su definición las obligaciones, que luego fueron llamadas deberes, de los padres con relación a sus hijos, y finalmente llegamos a la actualidad, donde el término patria potestad se deja de lado para dar lugar al concepto de “responsabilidad parental”.

Las razones del cambio en la terminología se detallan en los fundamentos del Código Civil y Comercial. Entre ellas se mencionan la incorporación

498 Azpiri, J. O. *Derecho de Familia*. 2da Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 391.

499 Mizrahi, M. L., *Familia matrimonio y divorcio*. Astrea, Buenos Aires, 1998 p. 138, citado por Azpiri, Jorge O. *Derecho de Familia*. 2a edición. Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 391.

de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres sobre la crianza y educación de los hijos consagrada en el art. 16 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, y la regla de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes. Por ello, se señala que:

... el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos⁵⁰⁰.

Una de las principales ventajas que trae el nuevo régimen es que el ejercicio de la responsabilidad parental y del cuidado de los hijos corresponde, como principio general, a ambos progenitores por igual. Recordemos que, en un principio, el Código Civil reformado por la ley 10.983 disponía que el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores le correspondía únicamente al padre, y solo se trasladaba a la madre en el caso de que el padre muriera o fuera privado de la patria potestad o de su ejercicio⁵⁰¹. Luego, con la reforma de la ley 23.264, el ejercicio de la patria potestad correspondía a ambos progenitores solo si convivían, y si no lo hacían era ejercida por el progenitor que tenía la “tenencia” (así se denominaba antes) del hijo. Existía la preferencia materna para los niños de corta edad y en la práctica, en casi todos los casos, salvo excepciones, la madre resultaba escogida para ejercer el cuidado del hijo.

El Código Civil y Comercial (CCCN) termina con estas distinciones y establece como principio general que el ejercicio de la responsabilidad parental

500 Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012.

501 Mazzinghi, E. M. y Mazzinghi, J. A. “Ventajas y desventajas del nuevo régimen legal”. *Responsabilidad parental y alimentos a favor de los hijos*, El Derecho - Colección de Ebooks, 2016.

les compete a ambos padres, independientemente de que el hijo sea matrimonial o extramatrimonial, y de que los padres convivan o estén separados de hecho o divorciados⁵⁰². Así, da por tierra con la preferencia materna para los niños de corta edad que preveían la CEDAW, los tratados internacionales, y el sentido común. Por otra parte, en los hechos, la madre sigue ejerciendo el cuidado en la mayoría de los casos, solo que ahora, en virtud de la neutralidad de género, no siempre recibe el reconocimiento correspondiente a esta noble tarea de cuidado. Ya ha sostenido el Comité de la CEDAW que la neutralidad de género puede convertirse en una forma de discriminación indirecta.

Esta idea de igualdad en el ejercicio de la responsabilidad parental se reafuerza con lo dispuesto para el cuidado personal de los hijos, especialmente en el art. 651, donde se disponen las alternativas por las que puede optar el juez, de las cuales la primera es el cuidado compartido con modalidad indistinta, y solo como excepción el cuidado personal unilateral.

Por ello, la responsabilidad parental compartida tiene un gran valor simbólico en tanto intenta terminar con la idea de que uno de los progenitores –que generalmente en la práctica es la madre, como se aclara más arriba– está a cargo del hijo ejerciendo las tareas de cuidado en un rol de “cuidadora”, mientras que el padre ejerce un rol secundario y periférico, que se limita solo a ser proveedor en la esfera económica. Decíamos que si bien la formulación es neutral de género, el cuidado principal lo tiene generalmente la madre. Sin embargo, debido a la neutralidad de la formulación no hay resguardos especiales ni consideración especial al valor social de la maternidad como piden el Comité de la CEDAW y la CEDAW misma, al invisibilizar en forma neutral el rol de la mujer.

Acompañando y guiando a nuestra legislación, la RP también se encuentra plasmada en convenios internacionales que gozan de jerarquía constitucional, tal como la Convención de los Derechos del Niño.

A grandes rasgos, y a modo de esquematización, el CCCN establece los principios generales que regulan el instituto de la responsabilidad parental

502 *Ibid.*

y las figuras legales que derivan del mismo. De ello se siguen los derechos y deberes de cada una de las partes de la relación (progenitores e hijos/as, respectivamente), cuestiones relativas a la representación y los bienes y, por último, la extinción, suspensión y privación de la responsabilidad parental.

En cuanto al primer punto de los antes descriptos, debemos adentrarnos en el mismo y decir que el artículo 639 del CCCN establece los principios por los cuales se rige la responsabilidad parental. Estos son: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo con su edad y su grado de madurez.

Tal como explica Medina: “la finalidad de la responsabilidad parental es el desarrollo integral del niño en todas sus potencialidades. Para lograr este objetivo los padres deben escuchar al niño, tener en cuenta sus elecciones y otorgarle una capacidad progresiva de acuerdo con su grado de madurez. En este aspecto, la letra del Código plasma lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño y por las leyes nacionales y provinciales de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes”⁵⁰³.

2. Coparentalidad y corresponsabilidad: dos hitos en la igualación de la mujer en la responsabilidad parental

Desde la Declaración Internacional de los Derechos Humanos y hasta la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, uno de los hitos de equiparación de la mujer con el hombre en la crianza de los hijos es que se le reconozcan los mismos derechos y las mismas obligaciones. En muchos sistemas jurídicos en la historia, el hombre tenía la “patria potestad” y la mujer le estaba sometida. Hoy día, en algunos sistemas jurídicos, el hombre sigue teniendo prevalencia sobre la mujer.

503 Medina, G. y Roveda, E. G. *Derecho de Familia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 755.

Sobre esta base, es necesario nombrar y explicar los dos principios que subyacen y que son de cierta forma el motor de este instituto: la coparentalidad y la corresponsabilidad.

Estos principios son una especie de brújula para nuestro CCCN, y podemos encontrarlos no solo en la forma de establecer las normas y los principios aquí, sino que también los encontramos presentes en la Convención de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y en la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Asimismo, estos principios han sido recogidos por la Ley 16.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

La corresponsabilidad y la coparentalidad tienen fuerte raigambre constitucional-convencional. Esta raigambre se encuentra tanto en los derechos de los niños como respecto de los derechos de la mujer.

Respecto de los niños, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce el derecho de todo niño a alcanzar un “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” en el marco de un contexto familiar donde participen activamente sus dos progenitores, “en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. A su vez, el artículo 7º subraya el derecho del niño “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Por fin, el art. 18º garantiza el principio por el cual “ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño”. Sin lugar a dudas, esta es la solución que mejor comulga con la efectiva satisfacción del interés del niño (art. 3º CDN), porque le asegura el mantenimiento de una relación estrecha y fluida con ambos padres, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación de la pareja parental⁵⁰⁴.

504 Leonardi, J. M. “Algunas Incidencias del principio de coparentalidad” 11/08/2020. Id SAIJ: DACF200172,

Respecto de la mujer, la corresponsabilidad integra una corriente tendiente a reforzar los derechos de la mujer. Aparece enunciada en el art. 16, inc. d) de la CEDAW: “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

Es un error común en el abordaje de la coparentalidad pensar que se trata de un principio correctivo de la separación física de los padres. En su matriz teórica, que nace en la década del 90, la coparentalidad surge para explicar la paradigmática interacción de padre y madre en la crianza del hijo⁵⁰⁵.

Lo cierto es que la **coparentalidad** ocurre, antes que nada y paradigmáticamente, durante la conyugalidad intacta.

La **coparentalidad** conyugal o simultánea supone que el derecho del niño a ser criado por sus padres es satisfecho máximamente.

La CEDAW establece en su artículo 16:

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 (...) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

Dentro de los fundamentos del anteproyecto se expresa:

La incorporación de los tratados de los derechos humanos en el bloque constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) ha tenido un fuerte impacto en las relaciones padres e hijos (...) Si los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual, el sistema legal que mejor responde a este principio es el del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta, convivan o no los progenitores.

505 *Ibid.*

Podemos entender la **corresponsabilidad** como el conjunto de derechos y deberes que involucran a ambos progenitores en el cuidado del hijo, y la **coparentalidad** como el derecho del hijo a que ambos progenitores asuman ese rol para garantizar su desarrollo e interés superior.

En cuanto a la situación de la mujer como progenitora, pensamos que estos principios intentan colocarla en igualdad de condiciones respecto a los deberes del hombre como progenitor. Pero a su vez, si bien en la letra de la ley ambos padres tienen los mismos deberes, es necesario reconocer que dependerá en gran medida de cómo cada familia ejerza en los hechos este instituto, analizando si en la práctica se lleva a cabo un ejercicio de los deberes de manera equitativa entre ambos progenitores.

Ahora bien, corresponde realizar un análisis más acabado de los principios que nombra nuestro código.

En primer lugar, el interés superior del niño es un principio plasmado en la Convención sobre los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (art. 27.1 de la Convención)⁵⁰⁶.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa, en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de los de sus padres. En Gran Bretaña, esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho

506 Medina, G. y Roveda, E. G., *op. cit.*, p. 754.

consuetudinario, que solo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres. Igual trayectoria se observa en el derecho francés.

Por otro lado, está el principio de la *autonomía progresiva*.

La edad es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico, en tanto que la evolución de la vida humana entraña la aparición de cambios importantes en la persona, que repercuten en su capacidad de obrar.

La capacidad de entender y, por tanto, la de querer conscientemente, esencial para obrar, no es la misma, evidentemente, en la infancia que en la juventud o madurez.

El carácter progresivo de esta evolución acarrea la necesidad de los padres de ir ampliando sucesivamente el marco de capacidad de obrar de sus hijos a medida que se van desarrollando la madurez y las aptitudes intelectuales y psicológicas del menor.

En el Código unificado, la capacidad para realizar actos jurídicos se determina en principio por la edad, ya que se atribuye a ese dato objetivo, con base en consideraciones que resultan de la experiencia, la existencia de una determinada aptitud para celebrar determinados actos.

Por otra parte, el Código recoge el principio de la capacidad progresiva y, a mayor autonomía, disminuye la representación de los padres pero solo para los actos jurídicos que estén expresamente previstos porque, insistimos, el principio general es la incapacidad jurídica del menor. Así, por más que el niño sea maduro y que sus padres quieran reconocerle su capacidad progresiva, no podrá vender por sí un inmueble ni donar un bien de su propiedad, pero sus padres tienen que escucharlo en todas las decisiones relativas a su salud y educación⁵⁰⁷.

Dentro de los derechos en los cuales se reconoce más capacidad a los menores, cabe señalar que se establece que el niño debe participar “activamente” en el procedimiento judicial en el que se discutan sus derechos, con la garantía de estar asistido por un abogado que lo represente o patrocine, y

507 *Ibid.*

puede recurrir por sí las decisiones que lo afecten. Esta legitimación de los menores impone a los jueces la obligación de escuchar a los niños y atender a sus peticiones en los procesos judiciales referidos a ellos (art. 26 CCCN).

Por último, *el derecho del niño a ser oído*.

Como explican Medina y Rovera, para determinar el “interés del niño” indefectiblemente se debe escuchar su opinión, ya que, en virtud de la Convención de los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional, tiene derecho a ser oido y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta de acuerdo con su capacidad progresiva. Ello implica que no serán tenidos en cuenta de la misma manera los dichos de un infante de cuatro años que los de un adolescente de doce años. De todas maneras, cabe recalcar que el “derecho del niño a ser oido” no implica que obligatoriamente el juez debe fallar de acuerdo con lo que este exprese, porque puede ocurrir que lo que el niño quiere no sea lo mejor para su “interés superior”.

En nuestro derecho se establece la obligación de oír al menor como principio general tanto en lo atinente a responsabilidad parental como en el proceso de familia.

A los efectos de decidir el régimen de cuidado personal de un menor, el juez debe escuchar al hijo cuando su edad lo permita. La opinión del niño, si bien no puede ser el único elemento para tomar en consideración, adquiere importancia cuando por su edad y madurez puede ser considerada como personal y auténtica.

Para la evaluación y adecuada valoración de la opinión del niño deberán, necesariamente, tomarse en cuenta diversas circunstancias, como ser la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, las motivaciones de sus preferencias, entre otras, y debe en cada caso examinarse cuál es el camino idóneo para poder equilibrar sus deseos con las demás pautas⁵⁰⁸.

508 *Ibid.*, pp. 758-759.

3. Análisis jurisprudencial

A continuación, algunos fallos que han vinculado a nivel nacional la protección de los derechos de la mujer con la responsabilidad del cuidado de los hijos.

A. ALIMENTOS A LOS HIJOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

“B., C. J. c/ J. R. F. s/ Alimentos – Incidente de Apelación” Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Norte. Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, 16/11/2020

El apelante se agravia entendiendo que, al tener establecido un régimen de comunicación mediante el cual pasa diez días al mes con sus hijos, no le corresponde la fijación de una cuota alimentaria por el 30% de sus ingresos mensuales.

La Cámara rechaza el recurso y confirma la resolución de primera instancia, entendiendo que las tareas de cuidado personal a cargo de la madre, tal como lo establece el artículo 660, tienen un valor económico.

El juzgado de primera instancia había decidido hacer lugar a la demanda interpuesta por la progenitora en representación de sus hijos menores de edad, estableciendo una cuota alimentaria del treinta por ciento a favor de los mismos, respecto de su progenitor.

El mismo se agravia y presenta recurso contra la sentencia y fundamenta su memorial recursivo sobre la base de cinco cuestiones bien marcadas:

1. Destaca que el cuidado personal de los niños de autos no solo está a cargo de la actora, sino también del demandado.
2. Afirma que el sentenciante desnaturalizó la propuesta efectuada por el apelante en el caso.
3. Hace hincapié en la manda del art. 658 del CCCN, destaca que se brindó una visión parcializada de lo que dispone la norma y considera que se le ha impuesto el 100% del gasto de los hijos.

4. Estima que la sentencia deriva del caprichoso arbitrio del magistrado interviniente y afirma que debió acompañarse la prueba documental que acrediten los gastos de los niños de autos.
5. Por último, se agravia por los honorarios fijados y las costas.

La Cámara pone especial énfasis en lo relativo al cuidado personal, toda vez que es el mismo progenitor quién describe que los niños se encuentran bajo su cuidado diez días al mes y en cumplimiento de un régimen de comunicación fijado a su favor.

Esto pone de manifiesto la incorrecta interpretación que realiza el apellante respecto del artículo 658 del CCCN, toda vez que este debe conjugarse con la manda del artículo 660.

Es decir, si bien la obligación alimentaria recae sobre ambos progenitores, debe computarse como un aporte en dinero la labor de quien soporta el cuidado diario y el tiempo en que los niños de autos permanecen al cuidado de su progenitor —en ocasión del régimen comunicacional— no puede computarse como cuidado personal en los términos del artículo 660 del CCCN.

De manera tal que el cuidado personal que realiza la actora se traduce en una mayor contribución a las necesidades alimentarias de los beneficiarios.

En virtud de ello, se establece que:

Quien asume el cuidado personal del hijo realiza labores que tienen un valor económico: sostén cotidiano, tareas domésticas, apoyo escolar, llevar los niños al colegio, cocinar, atención en la enfermedad, etcétera. Es valioso y justo considerar que esas labores son un aporte a la manutención de los hijos a la hora de la fijación de los alimentos.

Más allá de que desde hace ya tiempo los jueces han considerado el valor económico que corresponde dar al cuidado personal cotidiano del hijo, y en atención al valor pedagógico que tiene el Código, es importante que esta consideración forme parte de la letra del Código. Más aun teniendo en cuenta las

responsabilidades que caben a los Estados en cuanto a la remoción de roles socioculturales estereotipados que históricamente colocan —generalmente a la mujer— en una situación de desigualdad y de inferioridad. Vale la pena sopesar si considerar el cuidado como un don liberal que hacen los progenitores a los hijos como una tarea digna de un asalariado le hace justicia a la cosmovisión de la CEDAW, cuando se refiere al valor social de la maternidad

Esta norma evidencia la incorporación a la legislación civil de la perspectiva de género, que resignifica el valor económico del rol de cuidado que asumen —en general— las mujeres en el hogar.

En cuanto al punto sobre la desnaturalización de la propuesta efectuada por el apelante en primera instancia (un 20% de sus ingresos), la Cámara determina que el mismo era insuficiente para alcanzar a cubrir los gastos de los menores.

Asimismo, se establece que a los fines de establecer

... el quantum de la cuota alimentaria que un padre debe pagar a favor de su hijo menor, no sólo es preciso tener en cuenta las posibilidades económicas del alimentante, sino también la contribución del otro progenitor y las necesidades del menor beneficiario.

Así, considerando los efectos que otorga el artículo 660 del CCCN al cuidado personal a cargo de uno de los progenitores, se advierte que la contribución efectuada por las partes se ve medianamente equiparada con relación al gasto que irroga la crianza de sus tres hijos.

En este sentido, se destaca que hasta los dieciocho años la obligación alimentaria es *iure et de iure* y, por tanto, la ley presume la necesidad de los alimentados.

En virtud de ello, no logra evidenciarse un arbitrio caprichoso por parte del juzgante, ni la arbitrariedad sugerida en la sentencia.

Respecto de las costas, es preciso remarcar que vasta y pacífica jurisprudencia sostiene: “Las costas en el juicio de alimentos deben ser soportadas, en principio, por el obligado al pago de la prestación alimentaria, ya que

de lo contrario se estaría gravando la pensión fijada, desnaturalizándose la obligación”⁵⁰⁹.

En virtud de lo expuesto, la Cámara resuelve rechazar el recurso en todos sus términos y confirmar la resolución de primera instancia.

Resulta de interés el análisis de este fallo porque deja expuesto cómo puede confundirse la interpretación del cuidado personal con el régimen de comunicación e intentar sacar provecho de los regímenes establecidos por las partes. Entendemos justa la decisión de la Cámara que respalda la pretensión de la actora en representación de sus hijos menores de edad.

B. CUIDADO DE LOS HIJOS Y VIOLENCIA FAMILIAR

“H., R. C. c. C. E. s/ divorcio” Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 10/02/2020

La asesora de menores e incapaces plantea un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia entendiendo que la Jueza tuvo una visión sesgada de los hechos a la hora de homologar un acuerdo de cuidado personal de los hijos compartido, bajo la modalidad indistinta, toda vez que se encontraba vigente un proceso por violencia familiar con una medida vigente a favor de la madre.

La Cámara hace lugar al planteo, revocando la resolución y ordenando que las actuaciones vuelvan a primera instancia donde se deberá analizar y determinar cuál es la mejor modalidad de cuidado personal que mejor atiende a la situación de autos.

Dada la importancia de la figura del Ministerio Público, resulta inadmisible apartarse del dictamen sin dar motivos para hacerlo, si bien el dictamen no es vinculante debe ser tenido en cuenta al momento de sentenciar y, en caso de decidir apartarse del mismo, la decisión debe ser

509 Citado en fallo CNCiv, sala B, abril 5-991. “Giacobini, Susana y otro c/ Gil Flogo, Samuel E. LA LEY, 1992-C, 602, J. Agrup, caso 7871.

fundada, no hacerlo implica privar a las partes de un control real y efectivo de la racionalidad de la decisión y deja desprovista a la sentencia de la motivación requerida.

La jueza de grado no tuvo en consideración las situaciones de violencia familiar que resultaban incompatible con el contenido del acuerdo de coparentalidad bajo la modalidad compartida indistinta y lo tornaba inconveniente para el interés superior del niño involucrado, esos datos que surgen del expediente ameritaban una decisión meditada y fundada.

En 2019, la primera instancia dictamina el divorcio entre las partes y decide homologar un acuerdo, donde se establece el *cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta* con asiento principal en la casa de la progenitora.

La asesora de menores e incapaces interpone recurso de apelación contra dicha sentencia, interviniendo en los términos del artículo 103 (en representación de uno de los hijos de autos, toda vez que el otro había cumplido la mayoría de edad).

Fundamenta la misma alegando que la jueza de primera instancia se aleja del dictamen suyo a la hora de dictar sentencia y que, si bien el mismo no es vinculante, debe ser tenido en cuenta: “No hacerlo priva a las partes de un control real y efectivo de la racionalidad de la decisión”.

Agrega que la jueza realizó una valoración sesgada de las actuaciones, limitándose a ponderar que las partes habían arribado a un acuerdo, sin tener en cuenta que existía un proceso de violencia familiar en curso, con una medida de protección vigente por el término de sesenta días a favor de la madre en contra del progenitor.

Asimismo, la progenitora había manifestado en el expediente que no estaban dadas las condiciones para el establecimiento de un régimen de comunicación paterno-filial amplio, no obstante lo cual solicita que se homologue el cuidado personal.

El artículo 44 de la Ley XV – N° 26 (Ley de Protección Integral) establece que durante el proceso de violencia familiar quedan prohibidas las audiencias

de mediación y/o conciliación, salvo que al momento de celebrarse existan informes interdisciplinarios que indiquen que la violencia ha cesado o están dadas las condiciones para ello. Su ausencia nulifica el acuerdo.

La asesora alega que la fundamentación de esta normativa se encuentra en la falta de igualdad entre las partes.

Agrega que no solo no existe tal informe, sino que existe un informe del equipo técnico interdisciplinario donde las profesionales indican que en la etapa en la que se encontraba la situación, no estaban dadas las condiciones para poder establecer acuerdos formales respecto de un plan de parentalidad.

Sumado a esto, la progenitora había manifestado en el expediente que de los últimos hechos de violencia los menores habían sido testigos e incluso “habían salido en su defensa”.

Asimismo, plantea que en el cuidado personal compartido e indistinto acordado, si bien los menores pasarían la mayor cantidad de tiempo con su progenitora, el régimen implica que ambos progenitores compartan las decisiones, distribuyan equitativamente las labores y se ocupen de todo lo relacionado con su vida diaria.

Ante todos los fundamentos planteados por la Sra. Asesora, la Cámara considera una serie de cuestiones.

En primer lugar, que se brinda la intervención establecida en el artículo 103 del CCCN para que la asesora intervenga por sus asistidos, pero luego se omite su dictamen sin ningún tipo de fundamento alguno.

Agrega que el rol del Ministerio Público es fundamental, toda vez que constituye una garantía procesal y de defensa en juicio de todo niño, niña o adolescente. Por lo cual resulta inadmisible apartarse del dictamen sin fundamentos que lo respalden.

Teniendo en cuenta la prohibición de acercamiento vigente en el expediente de violencia, el dictamen de la asesora, las manifestaciones contradictorias vertidas por la progenitora a la hora de prestar su conformidad para el acuerdo y el informe ETI (Equipo Técnico Interdisciplinario), la Cámara entendió que existían

razones fundadas para apartarse del plan de parentalidad acordado por las partes, en tanto el régimen elegido exige una comunidad entre ambos progenitores y una distribución cuando menos equitativa de las tareas de cuidado, acuerdos y consensos que no parecen ser posibles ante la situación planteada.

La sentencia presenta un déficit de fundamento y motivación que da lugar al recurso y se resuelve darle lugar y revocar lo establecido por la primera instancia.

Del fallo elegido se pueden analizar un sinfín de cuestiones, pero con miras al objeto de análisis, resulta interesante hacernos algunos cuestionamientos.

En primer lugar, si es que basta con la “conformidad” de los progenitores para celebrar acuerdo en pos de sus hijos menores de edad cuando existen conflictivas familiares complejas y de larga data.

Por otro lado, plasma a la perfección una de las problemáticas, a nuestro entender central, a la hora de establecer regímenes de cuidado personal de los hijos: ¿qué respuestas se pueden dar judicialmente cuando existen situaciones de violencia familiar que ponen en riesgo la salud psíquica y física, ya sea de alguno de los progenitores y/o de los niños?

Asimismo, otra cuestión dolorosa pero existente, es el abuso del instrumento de las denuncias.

C. PERSPECTIVA DE GÉNERO APLICADA AL VARÓN

Es muy curiosa la extensión que algunos actores destacados del derecho contemporáneo dan a la perspectiva de género. Hoy día, la perspectiva de género se aplica a la mujeres, hombres (Caso “Fornerón vs. Argentina”), personas con orientación sexual lesbiana u homosexual, personas trans y personas no binarias (Opinión Consultiva 24/17 y jurisprudencia diversa sobre personas trans). ¿Qué sentido tiene mantenerla si abarca todas las identidad posibles? Si es todo, es nada.

Sin embargo, la jurisprudencia vernácula ha seguido estos lineamientos que llevan la perspectiva de género al paroxismo, y la aplicaron también al varón.

Normativa aplicable al varón en su rol de cuidado

“A., J. A. y otros p.ss.aa. Instigación al falso testimonio, etc.”
Juzgado de Control Nro. 2 de Córdoba. 30/10/2019

El juzgado decide otorgarle el beneficio de la prisión domiciliaria al padre de tres menores de edad en virtud del interés superior del niño, luego del fallecimiento de la madre, entendiendo que la normativa vigente que establece ese beneficio únicamente a favor de la madre de hijos menores de edad evidenciaba una laguna producto de la aplicación de “claros estereotipos” en tanto parecería que la misma considerara que solo las mujeres (madres) ejercen roles de cuidado.

Se vio una afectación concreta y seria a un interés superior de raigambre constitucional, cual es la necesidad de que los hijos puedan seguir creciendo y desarrollándose bajo el sostén afectivo y material de su único progenitor y referente adulto vivo, a lo que la prisión domiciliaria da una respuesta proporcional a todos los intereses en juego

1. La alusión exclusiva a la “mujer” en el art. 32, inc. f de la Ley 24.660 como destinataria del beneficio de prisión domiciliaria no puede constituirse en un límite infranqueable en virtud del cual no pueda disponerse en aquellos casos en que sea el padre quien está a cargo del hijo/a menor de edad, pues dicha aplicación de la normativa vulneraría derechos de rango constitucional y convencional reconocidos a los niños, como así también el compromiso estatal de tomar las medidas apropiadas para “... modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

La normativa civil en materia de responsabilidad parental establece que los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual y de manera compartida. Asimismo, deroga la preferencia materna de la tenencia de los

hijos menores de cinco años porque tal prioridad vulnera el principio de igualdad y reafirma roles rígidos y tradicionales según los cuales las madres son las principales y mejores cuidadoras de sus hijos, en tanto resulta contradictoria con la regla del ejercicio de la responsabilidad parental compartida.

Este fallo nos resultó de mucho interés para nuestro análisis, dado que establece cómo la igualdad de derechos y deberes de los progenitores puede expandirse también hacia otras materias del derecho cuando están relacionadas con la responsabilidad parental.

5. Consideraciones finales

A modo de cierre, esbozando unas palabras finales, entendemos que la responsabilidad parental es uno de los institutos del derecho de familia que más se ha modificado a lo largo de los últimos años. Particularmente, y con relación a los derechos de la mujer, entendemos que se ha progresado con miras a crear igualdad de derechos y deberes respecto de los progenitores.

No obstante ello, entendemos también que este no es un punto final de análisis, sino un punto de partida, y que este estudio, a la luz de los fallos analizados, nos invita a reflexionar respecto de dónde estamos como sociedad y hacia dónde queremos ir, respetando y enalteciendo siempre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como así también los derechos de la mujer como pilar fundamental dentro de este instituto.

Para profundizar

Basset, Úrsula C. "La responsabilidad parental en clave constitucional-convenional", en Basset, Úrsula C., Santiago, Alfonso (dir.), *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2022, T.3. pp. 355 y ss.

Leonardi, Juan Manuel. "Algunas incidencias del principio de coparentalidad", 11/08/2020. Id SAIJ: DACF200172.



María Carolina Ferrante

Abogada (UCA). Empleada del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, Juzgado de Familia de Campana. Integrante de los proyectos de investigación “Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer” y “Modelos explicativos de la violencia” de la Facultad de Derecho (UCA).



María Aymé Maceda

Abogada (UCA). Escribiente auxiliar en la Defensoría Pública – Curaduría N° 13 del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Integrante de los proyectos de investigación “Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer” y “Modelos explicativos de la violencia” de la Facultad de Derecho, UCA.

CAPÍTULO 13

Mujer y pobreza: impacto en la vulneración de derechos y desigualdades

Florencia Serdán

No puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Considerandos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

1. El contexto: la feminización de la pobreza

Las mujeres desde siempre se han visto afectadas debido a un acceso inequitativo a derechos en comparación con sus pares varones. Debido a ello, a lo largo de la historia se han logrado grandes victorias en camino a la igualdad⁵¹⁰, ya sea en el acceso a la educación, reconocimiento de derechos civiles y políticos, acceso a puestos de trabajo que en su momento fueron reservados a varones, o la puesta en valor de las tareas de cuidado.

510 Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que toman como punto de partida la desigualdad histórica de las mujeres, tiene central importancia la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

Sin embargo, pese a los grandes esfuerzos que continúan efectuándose para erradicar estas desventajas⁵¹¹, el peso de esas inequidades continúa afectando hoy en día a la mujer de manera directa y particular en su bienestar psicosocial, con resultados adversos en diferentes ámbitos, ya sea en la educación, su salud e integridad, su seguridad económica o en las cargas de trabajo.

Según diversos estudios de UNICEF⁵¹², el riesgo de pobreza es mayor en mujeres y niños. Se entiende que la pobreza implica la incapacidad que tiene una persona de cubrir sus necesidades básicas, incluidos los derechos desde un enfoque multidimensional.

Dicho enfoque considera las numerosas y variadas causas de la pobreza⁵¹³. Así, el ingreso por persona o por hogar no es el único criterio para medirla, sino que también lo es el acceso a la protección de la salud, la educación, el acceso a tecnologías, etc. Considerar estas dimensiones pone de manifiesto una realidad más concreta que de hacerlo con la medición basada solo en el ingreso. En este sentido, hoy en día deben considerarse también las necesidades medibles materialmente, sumadas a todas aquellas que otorguen la satisfacción del bienestar de las personas.

De este modo, entendemos que la pobreza no puede reducirse solo a parámetros económicos, sino que estamos frente a una vulneración de derechos que ponen en jaque el ejercicio propio de la ciudadanía. La exclusión social es

511 Conforme al informe del Equipo de la Mujer, la Empresa y el Derecho del Banco Mundial 2021: “Miles de millones de mujeres aún no cuentan con los mismos derechos otorgados a los hombres. La puntuación promedio a nivel mundial de La Mujer, la Empresa y el Derecho es de 76,5 sobre 100, lo que indica que en general las mujeres solo tienen tres cuartas partes de los derechos de los hombres en las áreas medidas”, https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/36945/WBL2022%20Executive%20Summary_SPA.pdf?sequence=5&isAllowed=y.

512 En este sentido, ver: Camilletti, E., UNICEF, Office of Research- Innocenti. *Social Protection and its Effects on Gender Equality: A Literature Review*. December 2020.

513 Baeza Leiva, M. y Martínez Montenegro, I., “Género y pobreza: dos fenómenos que demandan una mirada desde la psicología jurídica”. *Revista Scielo*, p. 735. Ver: <http://scielo.sld.cu/pdf/rme/v38n5/rme090516.pdf>.

un fenómeno globalizado que deja fuera cualquier oportunidad de desarrollo, lesiona la dignidad y restringe la libertad de llevar adelante un proyecto de vida donde estén cubiertos los derechos básicos de todo ser humano.

En esta línea, se es pobre cuando no se logran satisfacer algunas de las necesidades básicas, pero también cuando, cubriendolas, los ingresos se ubican por debajo de esa línea imaginaria de pobreza. El concepto de carencia para describir esta situación está haciendo referencia también al deterioro de vínculos relationales, que se traduce en el alejamiento de la vida pública⁵¹⁴.

En síntesis, como condición derivada de un proceso social, político y económico acumulativo de carencias y desigualdades, se excluye a las mujeres pobres del ejercicio real y efectivo del conjunto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Estos riesgos y vulnerabilidades a los que hacemos referencia están generalmente derivados no solo de la pobreza material y sus limitaciones, sino también de normas y estereotipos que se potencian entre ellos y convergen en la dificultad en la búsqueda de trabajo y su consecuente protección social.

De igual manera, cuando las mujeres logran insertarse en el mercado de trabajo, frecuentemente enfrentan brechas salariales e interrupciones en su carrera debido a su rol de principales cuidadoras en el seno familiar.

Es por ello que, en lo concerniente al ámbito familiar, hay normas y prácticas que pueden potenciar estos riesgos y diferencias al imponer roles específicos y distintivos entre hombres y mujeres en detrimento del lugar de la mujer, tal como hemos mencionado, ya sea desde su rol de cuidadora o por llevar adelante trabajo doméstico no remunerado. En esta línea, siguiendo a Flores⁵¹⁵:

514 Perona, N., Crucella, C., Rocchi, G., Robin, S., *Una propuesta metodológica para el estudio de las condiciones de vida de los hogares*. Ver en <https://docplayer.es/83316014-Vulnerabilidad-y-exclusion-social-una-propuesta-metodologica-para-el-estudio-de-las-condiciones-de-vida-de-los-hogares.html>.

515 Flores, M. del L., "Acceso a la justicia de las mujeres en situación de pobreza en América Latina y el Caribe", *Revista IIDHH*, Vol. 53, p. 72.

Para lograr la equidad de género es necesario procurar tanto la igualdad formal a través del derecho como la eliminación de prácticas y conductas que generan, mantienen y reproducen la posición de inferioridad de las mujeres en el acceso a derechos.

A su vez, en la edad avanzada las mujeres tienen mayor riesgo de pobreza que los hombres mayores, como resultado de las desventajas económicas acumuladas a lo largo de su vida debido a un deficiente acceso al mercado de trabajo, ejercicio de igual trabajo con diferente paga y deficientes o nulas contribuciones a la seguridad social.

Conforme al estudio llevado a cabo por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social⁵¹⁶ (en adelante OISS), las mujeres no solo tienen una menor tasa de participación en el mercado laboral de los países, sino que además tienen menores ingresos y menos tiempo de cotización en los sistemas de previsión social. El fundamento de ello es lo que se ha dado en llamar “economía del cuidado”.

Todo lo aquí expuesto nos lleva a analizar el concepto de **feminización de la pobreza**. El mismo fue acuñado en Estados Unidos hacia fines de la década de 70. Lo encontramos en la investigación de Diana Pearce *The Feminization of Poverty: Women, Work and Welfare* (1978), donde describe el aumento de los hogares encabezados por mujeres en 1976 en Estados Unidos, sumado a un 40% de aumento en el deterioro de sus condiciones de vida en términos de pobreza por ingreso.

Posteriormente, lo recepta también la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer en Beijing (1995), donde se afirmó que el 70% de los pobres del mundo eran mujeres. De esta manera, este fenómeno fue incorporado como una de las 12 áreas críticas de la plataforma de acción acordada en la

516 Organización Iberoamericana de Seguridad Social. *La equidad de género en las legislaciones de Seguridad Social Iberoamericanas-Estudio sobre políticas de igualdad y medidas legales con impacto de género en los niveles contributivos de los sistemas de Seguridad Social*. Diciembre de 2016.

conferencia, en referencia a aquellos mecanismos y barreras sociales, económicas, judiciales y culturales que generan que las mujeres estén más expuestas a un empobrecimiento de su calidad de vida.

En síntesis, como lo expone ONU Mujeres:

Si bien tanto mujeres como hombres sufren la pobreza, la discriminación de género significa que las mujeres cuentan con menos recursos para hacerle frente. Tienen más probabilidades de ser las últimas en alimentarse, las últimas en acceder a la atención sanitaria, y normalmente se ven atrapadas en tareas domésticas no remuneradas y muy laboriosas. Además, tienen menores opciones de trabajar o emprender negocios. La educación adecuada puede estar fuera de su alcance. Algunas de ellas se ven abocadas a la explotación sexual como parte de la lucha esencial por la supervivencia⁵¹⁷.

La división sexual del trabajo y la consiguiente responsabilidad generalizada de la mujer en el trabajo de cuidado tienen incidencia directa en la situación de pobreza de las mujeres, a partir de los roles que le son asignados a la mujer, en donde el factor social y cultural juega un papel importante:

Esta dimensión nos lleva a considerar cómo la condición y la posición de la mujer en la sociedad dificultan las posibilidades de poder salir de la pobreza, producto de que normalmente es la mujer la encargada de las relaciones familiares y del cuidado de los hijos/as, a lo que se une la discriminación para acceder al mercado del trabajo, la segmentación de las ocupaciones y los salarios bajos⁵¹⁸.

517 Ver <https://beijing20.unwomen.org/es/in-focus/poverty>.

518 Sanhueza Morales, T., Muñoz Venegas, V. y Velásquez Traipe, C., "Mujeres, identidad y trabajo remunerado", 2014. Ver en http://www.robertexto.com/archivo19/mujeres_id_trabajarem.htm.

La pobreza se potencia por ser mujer. Esto tiene origen en el carácter subordinado de la mujer en la sociedad, tal como fue sostenido precedentemente, lo que limita sus posibilidades de acceder a la propiedad y al control de los recursos económicos, sociales y políticos. Es por lo que la protección de los derechos económicos y sociales constituye un enclave fundamental en la lucha por la erradicación de este flagelo.

De esta manera, valorar el trabajo femenino

[r]equiere entender por trabajo al conjunto de tareas que realizan las personas humanas para satisfacer sus necesidades. Asociar el trabajo tan solo con el trabajo productivo ha tenido y tiene un evidente sesgo de género y deja oculto, invisibiliza, todo lo que no entra bajo el paraguas de esta definición⁵¹⁹.

2. Análisis de situaciones particulares en camino a revertir la desigualdad

A. PUESTA EN VALOR DE LAS TAREAS NO REMUNERADAS

Las mujeres continúan siendo las principales responsables de la carga del trabajo doméstico y las tareas de cuidado no remuneradas, lo que repercute en el acceso a la educación y su posición en el mercado de trabajo. Esto tiene como contrapartida un desigual acceso a la protección social y el consecuente aumento de la pobreza por no tener los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades.

En este sentido, tal como hemos mencionado, el binomio de estereotipos por el cual el hombre representa el sostén económico y la mujer es asociada a la noción del trabajo doméstico y el cuidado de hijos da lugar a limitar

519 Borderias, C., Carrasco, C., Alemany, C., *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, Fuhem - Icaria, Madrid - Barcelona, 1994.

o anular el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, que conlleva a la noción de subordinación y discriminación que las afectan de manera desproporcionada.

La realidad nos muestra a diario que son las mujeres quienes –en general– relegan su desarrollo o crecimiento laboral o profesional debido a ser las principales encargadas del cuidado de los hijos –familia– y de las tareas del hogar. Por ello, frente a la ruptura o quiebre familiar quedan inmersas en una situación de desventaja para afrontar su reorganización vital.

En esta línea, dentro de los cambios positivos que se fueron dando al respecto, la valorización de las tareas de cuidado es uno de los puntos esenciales en el camino de reconocimiento de derechos de las mujeres.

Ya en 1997, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵²⁰ reconoció el valor económico a las tareas de la mujer realizadas en el hogar. En esta decisión, la Corte sostuvo que

... aunque la esposa cumpliera esas labores en forma gratuita, su desaparición física es un hecho que pone de relevancia el considerable valor económico que significa procurarse, por medio de personal contratado, la atención de las múltiples funciones inherentes a las tareas domésticas.

Ello con fundamento en una sentencia que había rechazado los gastos derivados de la necesidad de contratar a una persona que se encargara de las tareas domésticas.

Actualmente, con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), se incorpora este concepto en el artículo 660 del cuerpo normativo, donde se establece que “... las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención”.

520 CSJN, “Lacuadra, Ernesto Adolfo y otros c/ S.A. Nestlé de Productos Alimenticios” (Fallos: 320:451).

Este reconocimiento hace referencia a la consagración legal de un criterio reiterado en la jurisprudencia argentina (tal como en su momento hizo mención la CSJN), mediante el cual se les asignó un valor económico a las tareas cotidianas llevadas adelante, en su gran mayoría por las mujeres, a cargo del cuidado personal de los hijos. En otras palabras, se contabiliza dentro de la obligación alimentaria la contribución realizada por el progenitor que convive y realiza tareas esenciales relativas al cuidado del niño.

Esta creación pretoriana coloca finalmente en primer plano el valor simbólico y real del cuidado personal de los hijos. En otras palabras, se le da valor a la importancia de vivir, educar y compartir tiempo con ellos, tal como lo hacen muchas madres que se dedican exclusivamente a ello, relegando su desarrollo laboral, sin importar si tal decisión es por elección o por la imposibilidad de contar con un tercero que colabore con el cuidado.

En la misma línea, desde esta perspectiva de análisis, teniendo en cuenta la realidad que hemos descripto, el instituto de la compensación económica se erige como una herramienta eficaz para sortear la desigualdad estructural en la constitución de las familias, a través de un aporte concreto a la mujer luego de la ruptura familiar que le permita tener un sostén para hacerle frente a su nueva cotidianeidad y, consecuentemente, lograr una reinserción laboral.

En el marco de los derechos humanos, estudiar estas situaciones ha permitido visibilizar el desamparo económico al que las mujeres se han visto sometidas a lo largo de los años frente al quiebre del proyecto familiar, con fundamento en los roles estereotipados que las han relegado a dedicarse estrictamente al hogar, sin la posibilidad de contar con un sustento económico como contraprestación, que les permita reinventarse luego de la ruptura, lo que desconoce el valor real de su trabajo.

Como respuesta a este planteo, la reforma del CCCN del año 2015 incorpora la figura de la compensación económica⁵²¹. La misma está regulada como uno de los efectos del divorcio (arts. 451 y 452 CCCN) y como una de las

521 Figura equivalente a lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil Español, el que refiere a la figura de la pensión o prestación económica, cuyo concepto y alcance han sido antecedentes en nuestro CCyCN.

consecuencias jurídicas de la unión convivencial (arts.524 y 525 CCCN), en el Libro Segundo, títulos I y III.

En este sentido, el mencionado artículo 441 del CCCN, expresa: “El cónyuge a quien el divorcio le provoque un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación”. El mismo concepto se advierte en el artículo 524 del CCCN para el caso de las uniones convivenciales. Este tema se aborda exhaustivamente en el capítulo correspondiente.

El Dr. Lorenzetti⁵²² expresó:

La compensación económica es el derecho que le asiste a uno de los cónyuges al momento de la ruptura del matrimonio que tiene por finalidad compensar el menoscabo económico sufrido por no haber podido desarrollar total o parcialmente actividad remunerativa, a raíz de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común.

Se trata de un instituto que se aleja de todo contenido asistencial, como así también de la noción de culpabilidad o inocencia como elemento esencial para su asignación, de suerte que, al haberse derogado la noción de culpabilidad en el quiebre de la pareja, la figura encuentra sustento en la “solidaridad posconyugal”.

Sin embargo, es necesario resaltar lo sostenido por la Dra. Pellegrini⁵²³:

Si bien no se trata de una medida expresamente destinada a favorecer al género femenino —pues su configuración no exige que se refiera exclusivamente a “mujeres” (...)— se configura como una herramienta legal que favorece la superación de ciertas diferencias de género estructurales.

522 Lorenzetti, R., *op. cit.*

523 Pellegrini, M. V., “El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial. Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación Familia de La Ley. Diciembre 2014, p. 83.

De esta manera, tal como hemos señalado, en definitiva, la introducción de esta figura legal en el CCCN resulta un acierto y un instrumento legal necesario en el camino de la igualdad, que reconoce el inmenso aporte de las mujeres en la vida familiar.

B. TECHO DE CRISTAL Y PISO PEGAJOSO

Por otro lado, todo lo hasta aquí desarrollado no desconoce que nos encontramos ante una coyuntura de cambios. Actualmente, es una realidad que el acceso a una educación superior es asequible de manera generalizada. Gracias a ello, existen muchas mujeres que sí pueden profesionalizarse y con ello pueden tener acceso al mercado laboral.

Conforme el último relevamiento anual del Ministerio de Educación de la Nación –*Mujeres en el Sistema Universitario Argentino*⁵²⁴–,

las mujeres superan en más del 10% a los varones en cantidad de estudiantes y en egresadas en todos los niveles universitarios. Ellas comprenden el 58,6% del alumnado y el 61,1% de los egresados. Asimismo, la cantidad de mujeres en las universidades argentinas continúa en crecimiento. Durante el período 2019-2020, este aumento se registró tanto en las nuevas inscriptas (5,7%) como en las estudiantes y en las egresadas (3,1% en ambos casos).

No obstante, la participación femenina en el mercado laboral sigue siendo un 20% menor en relación con la masculina, según un informe del Banco Mundial. Según estos datos:

En Argentina, la tasa de participación laboral de las mujeres es del 51,3% y la de los hombres es del 72,7% para 2019. La tasa de participación de la fuerza laboral es la proporción de la población de 15 años o más que es

524 “Mujeres en el Sistema Universitario Argentino”, Estadísticas 2019 -2020 del Ministerio de Educación de la Nación Argentina. Ver en: https://drive.google.com/file/d/1QUPb0iNqnzvT-Tnenj3EY8DNufDsOy_S/view.

económicamente activa. Desde 1990, la participación de la fuerza laboral femenina ha aumentado. En comparación con la participación de la fuerza laboral en el grupo de ingresos medios-altos, la brecha entre hombres y mujeres es mayor⁵²⁵.

A nivel mundial, estos obstáculos se reproducen, conforme surge de la edición 2022 del Índice de Igualdad de Género (*Gender-equality Index - GEI*), elaborado por Bloomberg⁵²⁶. Este índice es una de las principales referencias internacionales en la materia. El mismo hace un seguimiento del desempeño de las compañías líderes en aspectos vinculados con el avance de las mujeres a nivel mundial. La edición de 2022, publicada a principios de este año, proporciona datos del ejercicio fiscal 2020 de 418 empresas que operan en 11 sectores, con sede en 45 países y regiones. La industria financiera, con 159 empresas, es uno de los sectores más representados en el informe.

De esta manera, según dicho informe, la participación de mujeres según su función/cargo en las 418 empresas analizadas es la siguiente: un 7% ocupan puestos de dirección ejecutiva (CEO), el 23% son ejecutivas, el 29% son gerentes, el 38% tienen una gerencia media, un 50% son ingresantes y, finalmente, entre todos los empleados, las mujeres representan un 43%.

Surge de todo lo desarrollado que las mujeres no carecen de una falta de capacitación, sino que la relegación laboral de la mujer puede darse por otras causas. Hoy se mencionan varios conceptos asociados a este fenómeno. Uno de ellos es el “el techo de cristal”⁵²⁷, término utilizado para hacer referencia

525 Ver <https://genderdata.worldbank.org/countries/argentina>.

526 Ver <https://www.bloomberg.com/gei/about/>. Bloomberg es una empresa líder en información financiera. El índice que han desarrollado “... hace un seguimiento del rendimiento de las empresas públicas que se comprometen a revelar sus esfuerzos para apoyar la igualdad de género a través del desarrollo de políticas, la representación y la transparencia”.

527 Mabel Burin sostiene que el concepto de “techo de cristal” o *glass ceiling* ha sido descrito recientemente por algunas estudiosas de la sociología y la economía en referencia al trabajo femenino, particularmente en los países anglosajones, que hacia mediados de los 80 del siglo pasado se preguntaron por qué las mujeres estaban subrepresentadas en

a las barreras invisibles con las que se encuentran las mujeres en su carrera profesional.

En este punto, esas barreras no están relacionadas a una falta de capacidad o preparación, sino con restricciones que surgen por factores relativos a la maternidad o responsabilidades generales de cuidado en el ámbito del hogar.

La especialista Mabel Burin sostiene: “Ocurre que la construcción del techo de cristal es externa e interna, objetiva y subjetiva a la vez”⁵²⁸. Por un lado, se encuentra lo constituido por las culturas organizacionales, que adoptan criterios de selección y promoción de las personas desde la perspectiva masculina, la cual impone los criterios acerca de quiénes pueden ocupar los puestos jerárquicos más altos. Por el otro, está constituida por los prejuicios y estereotipos respecto del género femenino: la suposición de que las mujeres tienen ciertas limitaciones para ocupar determinados puestos de trabajo, relacionadas con los roles impuestos socialmente. De esto surge como contracara la idea de suelo pegajoso” (*sticky floor*), del que es muy difícil despegarse, y se refiere a los casos de mujeres adheridas a las formas más convencionales del ejercicio de los roles de maternidad, esposas y amas de casa.

Asimismo, en lo que respecta al acceso a cargos de poder, según el informe de conclusiones de la 65^a edición anual de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW), celebrada en marzo de 2021⁵²⁹, “... la voluntad política de los líderes masculinos, son vitales para acelerar el cambio de las normas sociales”⁵³⁰.

los puestos más altos de todas las jerarquías ocupacionales (Burin, M., “Las ‘fronteras de cristal’ en la carrera laboral de las mujeres. Género, subjetividad y globalización. *Anuario de Psicología*, vol. 39, nº 1, abril 2008, pp. 75-86. 2008, Universitat de Barcelona, Facultat de Psicología).

528 *Ibid.*

529 Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) de ONU Mujeres. Sexagésimo quinto período de sesiones: “Women’s full and effective participation and decision-making in public life, as well as the elimination of violence, for achieving gender equality and the empowerment of all women and girls Draft agreed conclusions”, párr. 15.

530 *Ibid.*, párr. 13.

Identificar candidatas cualificadas en altos puestos de trabajo, dando lugar al desarrollo interno dentro de las organizaciones, es un ejemplo de los cambios necesarios para desterrar las brechas existentes entre hombres y mujeres. El foco no puede estar puesto en la aceptación del dominio de un género sobre el otro, sino en que llegue el día en que tanto mujeres como hombres puedan tener la oportunidad de alcanzar los cargos que desean a partir de una competencia de méritos en igualdad de condiciones. Esto daría como resultado un acceso real de oportunidades basado en la igualdad de criterios y la inexistencia de prejuicios que desacrediten las reales capacidades de las personas.

C. LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA SEGURIDAD SOCIAL

En esta misma línea, se ha mencionado al inicio de este trabajo que está demostrado el mayor riesgo que tienen las mujeres de ser pobres, sobre todo en la edad avanzada. Esto sucede como consecuencia de todas las desventajas históricas que hemos señalado –falta de acceso al mercado de trabajo, diferencias salariales por igual tarea, con la consecuente falta o inexistencia de las contribuciones a la seguridad social–, lo que da como resultado una gran disparidad entre hombres y mujeres dentro del sistema de protección social para la vejez, tal como lo ha estudiado la Organización Iberoamericana de Seguridad Social⁵³¹. El sistema previsional está íntimamente ligado al mercado laboral, y las desigualdades que se dan durante la edad activa se reproducen al momento del retiro. Atender estas inequidades debe ser una prioridad a los fines de atacar una de las principales causas de feminización de la pobreza.

En el marco de su análisis histórico respecto a la presencia de mujeres en el mercado laboral durante los años 1914-1960, Queirolo sostuvo que

... bajo los principios de la división sexual del trabajo (Hartmann, (1994) [1976]), la identidad femenina había sido socialmente definida por la

531 *Ibid*, p. 9.

condición biológica de la maternidad, por lo tanto, una madre no podía ser una trabajadora, y si una mujer asumía tareas asalariadas, no se desligaba de sus tareas domésticas y maternales, y debía justificar semejante decisión...

Asimismo, se entendía que “los salarios femeninos –eran– un ‘complemento’, una ‘ayuda’ de los salarios masculinos y, por lo tanto, fueron más bajos. Se trató de un mecanismo que pretendía desalentar la permanencia de las mujeres en el mercado”⁵³².

Sin perjuicio de ello, con el correr de los años, tal como lo destaca en su estudio, las mujeres continuaron sumándose al mercado laboral, pero no en igualdad de condiciones con sus pares varones.

Para entender este análisis, es necesario recordar que la seguridad social es la rama del derecho que tiene como fin la protección integral del ser humano desde que se gesta hasta que se muere, y para cumplir con sus funciones se vale de dos grandes instrumentos: la previsión social –prestaciones contributivas– y las no contributivas o de asistencia social.

La diferencia entre ellos radica en que las primeras se basan primordialmente en los aportes de sus potenciales beneficiarios y en las contribuciones de los empleadores (aportes personales más las contribuciones patronales). De esta manera se establecen una serie de prestaciones dirigidas exclusivamente a los trabajadores y/o a su grupo familiar.

Por otro lado, las prestaciones no contributivas, también llamadas de asistencia social, no requieren que el beneficiario haya aportado o contribuido para que se atienda la contingencia que lo afecta. Estos beneficios se conceden al hombre carenciado, quien sufre una necesidad jurídica protegible y es la comunidad quien contribuye para hacer frente a sus necesidades a través de la respuesta estatal de otorgarle dicha pensión.

532 Queirolo, G., “Muchas pero invisibles: un recorrido por las interpretaciones estadísticas del trabajo femenino en la Argentina, 1914-1960”. *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, mayo-octubre 2019, vol. 19, nº 1, e087. ISSN 2314-257X, <https://doi.org/10.24215/2314257Xe087>, p. 12.

En el caso de Argentina, Rossi señala que

... es el único país de la región donde las mujeres mayores a 65 años cuentan con una prestación contributiva en una proporción superior a la de los hombres. Mientras que, conforme el estudio realizado por la OISS, en el resto de los países iberoamericanos analizados, hoy de cada 100 mujeres mayores de 65 años, solo 37 cuentan con una jubilación⁵³³.

Sin embargo, tal como señala la autora, esto no se debe a la tan ansiada inexistencia de desigualdades entre hombres y mujeres, sino a la implementación de las leyes N° 25.994⁵³⁴, por la cual se crea prestación previsional anticipada, la N°24.476⁵³⁵, que permitió regularizar aportes todos aquellos que no hubieren contribuido al sistema desde sus 18 años hasta septiembre de 1993, y la N° 26.970⁵³⁶, que permitió la misma regularización de aportes pero de manera exclusiva a mujeres que tuvieran entre 60 y 64 años durante su vigencia. En el caso de esta última ley, que estuvo vigente hasta julio del año 2022, dio lugar a la posibilidad de completar años de aportes, en el período que va desde que la solicitante cumplió 18 años hasta diciembre de 2003, a través de un plan de pagos, comúnmente conocido como “moratoria previsional”, y así llegar al tiempo de 30 años de aportes para obtener el beneficio jubilatorio.

En el caso de la Ley 24.476, se trata de una moratoria previsional adoptada en el año 2005 dentro del Programa de Inclusión Previsional que permitió acceder al beneficio previsional a las personas que cumplían el requisito de edad jubilatoria (60 años para la mujer y 65 años para el varón) pero que no alcanzaban los años de aportes requeridos.

533 Rossi, P., “Seguridad social y género”. *Revista Argentina de Derecho de la Seguridad Social*, Nro. 1, julio 2018, IJ-DXXXV-528.

534 Sancionada el 16 diciembre de 2004 y promulgada parcialmente el 29 de diciembre de 2004.

535 Sancionada el 29 de marzo de 1995 y promulgada el 21 de noviembre de 1995.

536 Promulgada el 10 de septiembre del 2014, que en un principio establecía un plazo de vigencia de 2 años pero que fue prorrogada en el año 2016 por la Ley N° 27.260 y luego por la Resolución N° 158/19 de ANSES.

El 87% de las personas favorecidas con esta moratoria fueron mujeres que, en su mayoría, por haberse dedicado toda su vida a las tareas del hogar o haber estado sumergidas en el mercado informal o precarizado de empleo, no contaban con los aportes necesarios para acceder a una jubilación dentro del SIPA (ex SIJP). Por lo que el monto de estas prestaciones, en gran medida, no suele superar el haber mínimo⁵³⁷.

En síntesis, todas estas leyes referentes a la moratoria jubilatoria permitieron el acceso a una jubilación a todas aquellas mujeres que nunca habían realizado aportes previsionales o que los tenían de alguna manera incompletos.

Actualmente, a estas normativas se suma el “Programa de Reconocimiento de Aportes por Tareas de Cuidado”⁵³⁸, creado mediante el Decreto 475/2021. El mismo tiene como objetivo reconocer el trabajo de cuidado que hacen mayoritariamente las mujeres con un año de aportes por cada hijo/a, o dos en el caso de adopción. Se otorgará un año extra por cada hijo/a con discapacidad, y dos años más para quienes percibieron la Asignación Universal por Hijo (AUH) por al menos 12 meses. También se reconocerá con aportes el período de licencia y excedencia por maternidad, en todos los casos solo si el número de años con servicios (efectivos o a través de una moratoria) no alcanza el mínimo de 30. Para mayor profundidad en el tema, puede verse, en este mismo libro, el capítulo correspondiente.

Estas políticas públicas dan muestra de una realidad que necesita especial atención y un abordaje con enfoque especializado en el resguardo de los derechos de la mujer, dado que lo que podemos deducir con todo lo expresado es que las diferencias de hecho que se dan inicialmente en el ámbito laboral hacen que las mujeres no tengan, en la práctica –consecuentemente–,

537 *Ibid.*, p. 25.

538 Decreto 475/2021, DNU por el cual se reconocen aportes jubilatorios a las mujeres por el cuidado de los hijos, disponible en el Sistema Argentino de Información Jurídica.

igual acceso a la prestación o un promedio similar en el monto de los beneficios.

De esto se desprende que, tal como se encuentra el sistema previsional hoy, el desafío estructural de las desigualdades laborales persiste, sin perjuicio de que se intente, con las diferentes acciones mencionadas, dar respuesta a determinadas situaciones de manera independiente.

En esta línea, es destacable la conclusión a la que arriba el equipo de CIPPEC en su análisis de la reforma: “Reconocer años de aportes permite compensar a quienes se retiraron temporalmente del sistema contributivo para cuidar, pero no resuelve el impacto diferencial del cuidado sobre el acceso al mercado de trabajo ni las trayectorias diferentes entre géneros”⁵³⁹.

D. PROTECCIÓN SOCIAL DENTRO DEL CONTEXTO DE ENCIERRO CARCELARIO

En el mismo sentido, en el marco de la protección que surge de la seguridad social y su impacto concreto en una determinada población de mujeres en situación particular de vulnerabilidad, es menester analizar la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁴⁰ en el caso “Internas de la Unidad N° 31 SPF y otros s/ habeas corpus” en febrero de 2020.

El caso se originó a partir de la acción planteada por la Procuración Penitenciaria en el año 2014 con el objeto de que las mujeres privadas de libertad junto con sus hijos e hijas y/o embarazadas en la Unidad N° 31 del Servicio Penitenciario Federal (en adelante SPF) pudieran percibir asignaciones familiares y universales por hijo y por embarazo, en el caso de

539 Rofman, R. y Petrone, L., *Género en el sistema previsional argentino: análisis de una reforma valiosa y desafíos pendientes*, CIPPEC, 2021. Ver en <https://www.cippec.org/textual/genero-en-el-sistema-previsional-argentino-analisis-de-una-reforma-valiosaydesafiospendientes/#:~:text=A%20junio%20de%202020%2C%20m%C3%A1s,y%202020%20a%C3%B1os%20de%20aportes>.

540 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Internas de la Unidad N° 31 SPF y otros s/ habeas corpus” del 11 de febrero de 2020.

quienes trabajan dentro del ámbito del SPF, o asignaciones universales por hijo y/o por embarazo aquellas que no se encuentran incorporadas a tareas laborales.

La acción fue rechazada por la justicia federal de La Plata, decisión que fue revocada en diciembre de 2015 por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, la cual resolvió hacer lugar a la acción y ordenar a la ANSES que otorgue los beneficios de la Ley 24.714 al colectivo accionante. Frente a esta decisión, la autoridad requerida interpuso un recurso extraordinario federal, que no fue concedido, y el caso llegó finalmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de un recurso de queja.

En esta instancia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que las mujeres privadas de libertad en la Unidad N° 31 del SPF tienen derecho a percibir asignaciones familiares por hijo y por embarazo.

Allí se reconoció el derecho de las mujeres privadas de libertad de acceder a todas las prestaciones de la seguridad social, conforme lo establecido por el art. 14 bis de la Constitución nacional y el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

El tribunal hizo referencia a la protección integral de los derechos de los niños y niñas alojados con sus madres privadas de libertad, que el Estado debe garantizar, y sostuvo que las mujeres que permanecen con sus hijos e hijas en tal establecimiento penitenciario "... ejercen la responsabilidad parental, de modo que negarles el beneficio de la AUH, instituido en favor de los niños, importa una violación al principio de no trascendencia de la pena".

Finalmente, concluyó diciendo que

La denegación de los beneficios en cuestión ha constituido efectivamente un supuesto de agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad porque ha importado empeorar el estado de las mujeres madres, con desconocimiento de su condición y la de sus hijos.

Los fundamentos expuestos por la Corte son los siguientes:

- a. No existe disposición expresa que excluya a las mujeres accionantes de percibir estos beneficios sociales: se trata de mujeres detenidas sin condena o que lo han sido por penas iguales o inferiores a los tres años (art. 12 del Código Penal). Las que están con sus hijos ejercen la responsabilidad parental, de modo que negarles el beneficio de la AUH, instituido en favor de los niños, importa una violación al principio de no trascendencia de la pena (art. 5, inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- b. Con relación a las embarazadas privadas de su libertad o a las mujeres que permanecen en la unidad penitenciaria con sus hijos hasta los 4 años, la Ley 24.714 no establece distingo para ser beneficiarias de las asignaciones en cuestión.
- c. La denegatoria implica violencia institucional contra las mujeres: el art. 6 de la Ley 26.485, de Protección Integral a las Mujeres, define como violencia institucional a aquella realizada por las/los funcionarios, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en dicha ley, en tanto que el decreto reglamentario 1011/2010 de dicha norma estipula, en su art. 9º, inc. u, que, a los efectos de la ley que se reglamenta, de conformidad con lo establecido en el art. 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “la condición de mujer privada de libertad no puede ser valorada para la denegación o pérdida de planes sociales, subsidios, servicios o cualquier otro beneficio acordado o al que tenga derecho a acceder, salvo disposición legal en contrario”.
- d. Protección de los derechos de los NN: la Convención sobre los Derechos del Niño, establece explícitamente que en todas las

medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas se atienda, como consideración primordial, el interés superior del niño y se les asegure la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, adoptando todas las medidas legislativas y/o administrativas que sean necesarias.

- e. Recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (diciembre 2011): en las observaciones finales, en virtud de los arts. 16 y 17 del Pacto, insta a Argentina a adoptar medidas legislativas y/o administrativas que sean necesarias "... para ofrecer la cobertura de la Asignación Universal por Hijo sin restricciones, especialmente en el caso de grupos de personas marginadas y desfavorecidas, (...) y los hijos de las personas privadas de libertad".
- f. Negativa como empeoramiento de las condiciones de detención: la denegación de los beneficios en cuestión ha constituido efectivamente un supuesto de agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad porque ha importado empeorar el estado de las mujeres madres, con desconocimiento de su condición y la de sus hijos, pese a que las normas, y principalmente las que integran el bloque de constitucionalidad, establecen, como uno de los estándares mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales, el principio de no discriminación y la protección prioritaria a ciertos grupos mayormente vulnerables.

Para entender la importancia de esta decisión, es necesario profundizar sobre la realidad de la población de referencia en el decisorio –mujeres madres en contexto de encierro carcelario.

La vulnerabilidad de base que caracteriza a las mujeres que transitan el encierro carcelario basada en el hecho de ser mujer⁵⁴¹ se agrava por su

541 "Encarcelar mujeres, privarlas de libertad, integrarlas a una institución carcelaria son

vulnerabilidad socioeconómica y se agudiza por el hecho de ser madres. De esta manera, vemos que estas mujeres se ven atravesadas por múltiples vulnerabilidades que demandan especial atención.

En este sentido, en el “Caso Castro vs. Perú” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴², a propósito de los hechos de violencia que sufrieron 135 mujeres en el penal en que estaban cumpliendo prisión y luego de una recaptura de esas instalaciones, el tribunal regional hizo mérito de la perspectiva de género para considerar especialmente crueles las acciones que las ofendieron debido a la singularidad de ellas como mujeres, madres y embarazadas. El tribunal sostuvo que las mujeres tienen características particulares que las colocan en una situación de mayor vulnerabilidad.

La maternidad es un factor que caracteriza a la gran mayoría de las mujeres que transitan el encierro carcelario. Según el informe⁵⁴³ “Mujeres en cárceles” (2011), de las entrevistas llevadas a cabo en las cárceles federales, el 85,8% de las encuestadas declaró ser madre, con un promedio de 3 hijos c/u. El 86% tiene hijos menores de 18 años, y más de una quinta parte, niños menores de 4 años. El 88% de las que tienen hijos menores de 18 años declaró que convivía con dos o tres de los hijos al momento de la detención, y el 22% expresó que convivía con hijos mayores de 18 años.

La feminización de la pobreza es una característica en estos casos, dado que, en lo referente a la vulnerabilidad socioeconómica, estas mujeres madres

acciones que necesitan ser leídas desde las diferencias de los roles históricamente atribuidos a cada género, porque el igualitarismo en la lectura criminológica, la equiparación de las penas y el desconocimiento de las singularidades en la distribución de la carga reproductiva y en la crianza de los hijos, no iguala, sino que refuerza las desventajas previas”. Risso Fernández, M., “Maternidad y prisión: líneas para pensar el encierro femenino”, en *El tiempo quieto. Mujeres privadas de libertad en Uruguay*. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República, Uruguay, 2016, p. 211 y ss.

542 Cf. Párr. 222 de “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. CIDH. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C. N° 160.

543 Conclusiones del Equipo del CELS, PPN y MPD en Informe “Mujeres en cárceles” 2011, sobre la base de las entrevistas a 148 detenidas en cárceles federales.

suelen ser único sostén económico de su familia, son jefas de hogar –únicas responsables de la crianza de sus hijos–, como así también de otros miembros de su familia. Suelen tener bajo nivel educativo y limitado acceso a trabajos calificados.

Como consecuencia, las mujeres experimentan de una manera diferencial la detención con respecto a lo vivenciado por los varones⁵⁴⁴, en función de las consecuencias que ella trae aparejada. Aquí no solo se produce la separación de sus hijos, sino también la falta de posterior contacto con ellos debido a las distancias entre las unidades penitenciarias y sus hogares, la falta de recursos económicos para llevar a cabo dichas visitas y la doble carga moral que pesa sobre ellas debido a los roles impuestos por la propia sociedad, que ve a la madre como principal responsable del cuidado de sus hijos.

En otras palabras, el factor económico no es el único que incide en la falta de contacto con sus familias, tal como sostiene Risso Fernández:

La maternidad en prisión constituye un fenómeno válido para pensar las formas en que se refuerza la condena social de la mala mujer, aquella que, además de delincuente, encarna todas las condenas sobre el género femenino el prototipo de la mala madre⁵⁴⁵.

De esta manera, muchas veces pierden ese contacto con sus hijos en función de una decisión de los cuidadores de los niños, quienes sobre la base de catalogar de esa manera a las madres consideran que dicha distancia entre ellos es necesaria, lo que constituye un agravamiento en su situación de detención.

544 Quienes suelen continuar en contacto con sus hijos, porque muchas veces son las madres o mujeres de su familia quienes quedan a cargo de ellos y son quienes los acercan a los espacios de visita. Asimismo, estas mujeres de su familia –pareja, madre, hermana– son quienes se encargan de acercarles también alimentos y elementos de cuidado, lo que no suele suceder cuando es la mujer quien se encuentra detenida.

545 Risso Fernández, M., *op. cit.*, p. 212.

En este punto, es menester hacer referencia como ejemplo al caso V., S.A del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín⁵⁴⁶, el cual desestimó el pedido de arresto domiciliario de una mujer embarazada y madre de dos niños, dado que consideró que “el delito que se le imputaba no es de los ejemplos que una madre podría darles a sus hijos”.

Sin embargo, podemos ver que esta etiqueta de mala madre no siempre es otorgada exclusivamente de forma externa, sino que, por el contrario, esta creencia también es muchas veces adoptada por las propias mujeres detenidas, quienes, por vergüenza, prefieren que sus hijos no ingresen a las unidades penitenciarias, ni siquiera en el marco de una visita.

Todo este especial escenario nos lleva a reflexionar acerca de cómo la situación de pobreza, incluso en contexto de encierro, expone de manera diferencial a la mujer a que se vulneren sus derechos. Por lo que es necesario un análisis crítico de estas situaciones con un enfoque tuitivo y respetuoso de sus especiales vulnerabilidades.

3. Vulnerabilidad, pobreza y violencia

Las mujeres y niños también enfrentan un mayor riesgo de sufrir violencia física y sexual, abusos y explotación. Un ejemplo de esto es la trata de mujeres con fines de explotación sexual, la cual, además de ser una grave vulneración de derechos humanos, constituye una forma específica de violencia contra las mujeres y las niñas. Naciones Unidas considera la trata un problema de género a nivel mundial⁵⁴⁷.

546 Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N°2 de SM: “V., S.A s/ incidente de prisión domiciliaria, Causa N° 5547/09. Rta 19/06/09.

547 Asamblea General de Naciones Unidas. Trata de personas, especialmente mujeres y niños. A/73/146 (2018).

En el mismo informe se sostiene expresamente:

La generalización de la desigualdad de género, la pobreza, el desempleo, la falta de oportunidades socioeconómicas, la violencia por razón de género, la discriminación, incluidas las formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, la marginación y la demanda persistente son algunas de las causas subyacentes que hacen que las mujeres y las niñas sean vulnerables a la trata de personas.

Según datos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)⁵⁴⁸, entre 2012 y 2014 se detectaron, en total, 63.251 víctimas en más de 100 países, siendo mujeres y niñas el 99% de las víctimas.

De esta manera, la trata de personas con fines de explotación sexual es uno de los peligros más comunes a los que se expone a la mujer pobre. Para profundizar este tema, se recomienda leer el capítulo específico elaborado en esta obra.

4. Reflexiones finales

En función de todo lo descripto, podemos encuadrar cómo el concepto de la feminización de la pobreza tiene un impacto directo en la vulneración de derechos básicos de las mujeres.

Como se ha señalado precedentemente, las mujeres y niñas enfrentan riesgos que son específicos en virtud de su sexo (riesgos en los partos, relegamiento del desarrollo laboral en su rol de cuidadoras exclusivas, por ejemplo). Pero, asimismo, hay situaciones en el curso de su vida que pueden impactar de una manera particular, en función de la falta de recursos económicos, la imposibilidad de acceso a la educación y su limitado acceso o la falta de oportunidades en el mercado laboral, esto último en la misma línea de la idea estereotipada del hombre y la mujer con diversidad de roles.

548 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Global Report on Trafficking in Persons* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.16.IV.6, 2022).

La exclusión social como consecuencia directa de la pobreza deja a las mujeres expuestas a escenarios violatorios de la dignidad humana y opera como gran obstáculo en la autodeterminación de su vida. Desde temprana edad, las niñas sufren una mayor limitación al acceso a la educación, porque son socialmente identificadas como las cuidadoras del resto de su familia; esto tiene un impacto altamente negativo para su futuro.

Las carencias que padecen en el desarrollo de su vida se van asentando y acrecentando a medida que avanzan en la edad adulta. La falta de oportunidades en su desarrollo personal las expone a múltiples situaciones abusivas, ya sea en el ámbito privado –en la conformación de su propia familia– o en el desarrollo de su vida laboral –la que no puede desplegarse debido a la falta de capacitación, por falta de dinero y/o de tiempo. Esto se refleja en el mayor número de mujeres adultas que se encuentran en situación de pobreza en comparación con el número de hombres que cuentan con una protección social gracias a su mayor acceso al mercado laboral.

Todo lo dicho demuestra la estricta relación entre la falta de recursos, la falta de acceso a derecho, la violencia en sus círculos próximos y la consecuente imposibilidad de contar con una libre determinación en el desarrollo de su vida.

En esta línea, la esperanza de las mujeres de lograr una mejor calidad de vida, la naturalización de situaciones de violencia, la falta de educación y el desconocimiento de las condiciones propuestas hacen de las mujeres pobres objetivos ideales para los tratantes, ya sea a los fines de la explotación laboral o sexual. En este último caso, como hemos señalado, las mujeres y niñas son las principales víctimas.

Por otro lado, las diferentes políticas públicas existentes, tal como hemos mencionado en lo concerniente a las reformas que se dieron en el ámbito de la seguridad social o las reformas en el código civil, como así también la existencia de áreas dedicadas a lograr la equidad de derechos, ya sea en ámbito público (diferentes estratos de gobierno) o privado (dentro de las empresas privadas), entre otras tantas, ciertamente muestran una continua tendencia de cambio a favor de la igualdad.

Sin embargo, el cambio de perspectiva debe darse en todos los estratos de la sociedad. No se trata solamente de tener múltiples leyes escritas o de creación de espacios aislados que no tengan una real incidencia en la realidad, sino también de un acompañamiento de acciones positivas que tiendan a facilitar el cambio social necesario para lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, para que el acceso a derecho se logre en igualdad de condiciones pero con igual respeto de sus diferencias y necesidades.

En este aspecto, se ha mencionado, desde las agencias internacionales, la necesidad de aplicar el llamado *gender budgeting* o presupuestación con enfoque de género, que tiene como prioridad reducir las inequidades existentes de una manera intersectorial en toda la esfera pública. Tiene como fundamento que las brechas de género persisten, tal como hemos analizado, en la educación, el empleo, el espíritu empresarial y la vida pública, en las oportunidades y resultados. Entonces, esta presupuestación con una inclinación en la especial situación de las mujeres consiste en utilizar las herramientas, las técnicas y procedimientos del ciclo presupuestario de forma sistemática para promover la igualdad en todos los aspectos de la esfera pública.

Al respecto, es dable destacar, tal como lo ha resaltado el equipo del Banco Interamericano de Desarrollo⁵⁴⁹ en la presentación del evento *Gender Budgeting: Lessons and Challenges*, que para llevar adelante esta propuesta, “[e]s necesario contar con sistemas de data fiables y mecanismos para monitorear, evaluar y analizar progresos y resultados. Este tipo de presupuestación no busca gastar más sino utilizar el presupuesto de una mejor manera”. Busca no solo aumentar el gasto en programas de protección, sino que se identifiquen los sectores claves que hacen al cambio, tal como políticas

549 Evento llevado a cabo el 17 de marzo del 2022, organizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, ONU Mujeres y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo. Palabras iniciales de Susana Cordeiro Guerra (Sector Manager, Institutions for Development Department Inter-American Development Bank). Ver en: <https://www.theblackcatmedia.com/gender-budgeting-lessons-challenges>.

fiscales efectivas, teniendo en cuenta el aporte de la real participación femenina en los PBI de los países.

Por otro lado, en el campo de la hermenéutica judicial,

introducir la perspectiva –con miras respetuosas de los derechos de la mujer– en la función de juzgar, importa abordar la meta de la superación de los prejuicios y estereotipos culturales predominantes y de promover vías que permitan soluciones integrales y más justas en términos de igualdad real entre mujeres y hombres⁵⁵⁰.

El presente capítulo buscó ejemplificar de qué manera la pobreza y la exclusión social de las mujeres impacta en diferentes escenarios de su vida y cómo la normativa existente debe ser aplicada con una mirada tutelar en resguardo de sus derechos.

Es necesario dejar de lado la idea de una rivalidad del binomio –femenino-masculino– y apuntar a una humanidad de complementariedad entre ambos, y no a la puja de poderes donde uno se impone en detrimento del otro.

En conclusión, es necesario continuar en este camino, a los fines de seguir realizando las modificaciones, sociales, culturales, legislativas y judiciales que sean necesarias para que el respeto de los derechos humanos de todas las personas sea un logro concreto y no una lucha constante donde las mujeres y las niñas se ven impedidas de un despliegue real de sus máximas capacidades en igualdad de condiciones con los hombres, y darnos así la oportunidad de vivir en un mundo más justo.

550 Theaux, M. y Miranda, L., *La compensación económica en clave de género*. MJ-DOC-16403-AR | MJD16403, enero 2022.

Para profundizar

Baeza Leiva, Mónica y Martínez Montenegro, Isnel, "Género y pobreza: dos fenómenos que demandan una mirada desde la psicología jurídica". *Revista Scielo*, p. 735. Ver: <http://scielo.sld.cu/pdf/rme/v38n5/rme090516.pdf>.

Camilletti, Elena. UNICEF, Office of Research - Innocenti. *Social Protection and its effects on gender equality: A Literature review*. December 2020.

Serdán, Florencia, Zúñiga Basset, María. "Derechos humanos de las mujeres en contexto de encierro frente a la pandemia del coronavirus", *Diario La Ley*, 13 de abril de 2020, p. 23, cita online: AR/DOC/1018/2020.



Florencia Serdán

Abogada, diploma de honor (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UCA). Certificada en Evaluaciones de Impacto de Programas Sociales (MITX). Certificada en Child Protection: Children's Rights in Theory and Practice (HarvardX). Certificada en Gestión de Proyectos de Desarrollo (BIDX). Asesora Dom Bosco - Angola. Miembro colaborador del Centro de Bioética, Persona y Familia. Investigadora en los proyectos "Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer" y "Modelos explicativos de la violencia" de la Facultad de Derecho (UCA).

CAPÍTULO 14

Trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina y su impacto en las mujeres

Sofía Pascualetti

1. Introducción

La trata de seres humanos es considerada por el sistema universal y por el sistema regional interamericano de derechos humanos como una de las peores violaciones a los derechos humanos. Ha sido definida como un fenómeno delictivo global de naturaleza transnacional, con múltiples formas, que se asienta sobre la vulnerabilidad de las personas⁵⁵¹. En ese orden, luchar contra la trata de personas implica también analizar las causas que provocan esa vulnerabilidad, es decir, qué circunstancias tornan a una persona vulnerable a este tipo de acciones.

Podríamos acordar que la vulnerabilidad nos remite a la fragilidad de todo lo existente, a su contingencia y a la imprevisibilidad de la vida misma.

551 La definición consensuada a nivel mundial es la que brinda el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Conforme a este instrumento internacional, la trata de personas es “... la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Estar o ser vulnerable, en cualquier caso, significa encontrarse en un contexto de inestabilidad, peligro, riesgo y posible daño que, sin remedio, coloca a la persona en una situación de desventaja, descentralidad y desamparo⁵⁵².

Por su parte, las “100 Reglas de Brasilia”⁵⁵³, reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, establece que pueden ser concebidas como tales, quienes “... por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitarse con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

En el contexto de la trata, el término “vulnerabilidad” suele emplearse para hacer referencia a los factores intrínsecos, ambientales o contextuales que aumentan la susceptibilidad de una persona o grupo de convertirse en víctima. En general, se reconoce que esos factores incluyen violaciones de los derechos humanos, como la pobreza, la desigualdad, la discriminación y la violencia por razón de género, que contribuyen a crear situaciones de privación económica y condiciones sociales que limitan las opciones personales y facilitan la actividad de los traficantes y explotadores⁵⁵⁴.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) afirma que el mejor modo de evaluar la existencia de vulnerabilidad es caso por caso, teniendo en cuenta la situación personal, geográfica y circunstancial

552 De Sena, A., “Pobreza y programas sociales en la argentina de las últimas décadas”, *Vulnerabilidad, pobreza y políticas sociales*; 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO, 2020. Recuperado de: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20201217014006/Vulnerabilidad-pobreza.pdf>.

553 “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, 2008. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

554 UNODC, Documento temático. Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de la trata de personas, 2013. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/humantrafficking/2016/Abuse_of_a_position_of_vulnerability_Spanish.pdf.

de la presunta víctima. Y respecto a cuáles son los indicadores de vulnerabilidad personal que deben tenerse en cuenta, sostiene:

...puede estar relacionada con una discapacidad física o psíquica. La vulnerabilidad geográfica puede deberse a que la persona esté en situación irregular en un país extranjero y se encuentre social o lingüísticamente aislada. La vulnerabilidad circunstancial puede estar relacionada con el desempleo o la penuria económica. Esas vulnerabilidades pueden existir previamente o ser creadas por el traficante. La vulnerabilidad ya existente puede deberse, entre otras cosas, a la pobreza, la discapacidad psíquica o física, la juventud o la avanzada edad, el género, un embarazo, la cultura, el idioma, las creencias, la situación familiar o la condición de irregularidad⁵⁵⁵.

Siguiendo esta línea, los relevamientos estadísticos confirman que las víctimas son en su inmensa mayoría mujeres, lo cual denota que la trata es una manifestación de desigualdades persistentes y que el riesgo de ser víctima se incrementa sensiblemente por razones de género. Del *Reporte Global sobre Trata de Personas* de la UNODC se desprende que la trata de personas en el mundo sigue afectando principalmente a mujeres y niñas, con el 65% de las víctimas identificadas. A su vez, la explotación sexual se mantiene como la principal finalidad de explotación en el mundo, con el 50% de los casos identificados⁵⁵⁶.

Este trabajo se centra en el análisis cualitativo de las sentencias condenatorias por el delito de trata de personas con fines de explotación sexual

555 UNODC, Nota orientativa sobre el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad” como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el art. 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2021. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf.

556 UNODC. *Reporte Global sobre Trata de Personas*, 2020. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf.

dictadas entre los años 2020 y 2021 en el ámbito/fuero federal de la República Argentina. Tomando como unidad de análisis las trayectorias vitales de las víctimas de este delito plasmadas en las resoluciones judiciales, se propone demostrar que el enfoque basado solo en la perspectiva de género⁵⁵⁷ resulta insuficiente para explicar este fenómeno criminal, por lo que es necesario considerar otras factores sociales –desde una mirada interseccional–, como la pobreza, la edad, el grupo étnico, el aislamiento, el estatus migratorio, los niveles de criminalidad de la región donde se vive y la falta de recursos de apoyo, los cuales tienen un impacto diferencial sobre quienes serán más afectadas por este tipo de delincuencia. Ello no implica retomar discursos vetustos que ubican las causas de la violencia contra las mujeres en la pobreza o en los patrones de comportamiento de ciertos grupos culturales, sino reconocer las posiciones especialmente vulnerables y de peligro en las que se encuentran algunas mujeres, con el fin de complejizar sus experiencias particulares y visibilizar las dimensiones de la violencia que viven, como así también con miras a pensar propuestas efectivas de transformación social⁵⁵⁸.

2. El problema de la trata de personas en la Argentina

Conforme se desprende de la plataforma estadística de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX), del total de sentencias registradas desde el año 2009 a la fecha⁵⁵⁹, la mayoría fueron sentencias conde-

557 La Dirección General de Políticas de Género y la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), ambas dependencias del Ministerio Público Fiscal de la Nación, han elaborado numerosos documentos que pueden enunciarse como antecedentes y lectura de apoyo de este documento. Ver: https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/guias_y_documentos/ y <https://www.mpf.gob.ar/ufem/>.

558 Sagot Rodríguez, M., “¿Un mundo sin femicidios? Las propuestas del feminismo para erradicar la violencia contra las mujeres”, 2017. Recuperado de: <https://www.repository.ciem.ucr.ac.cr/bitstream/123456789/223/1/RCIEM201.pdf>.

559 Cabe consignar que, de conformidad con el apartado 5 de la Resolución PGN 805/13, la PROTEX lleva a cabo la sistematización de las resoluciones judiciales (sentencias y autos

natorias. Así, de un total de 473 sentencias, el 70,1% fueron condenatorias por el delito de trata de personas, lo que representa un total de 330 casos. El 15,1% fueron sentencias condenatorias por delitos conexos, y solo el 14,9% representa aquellas sentencias con veredicto absolutorio.

Si observamos las sentencias condenatorias por el delito de trata de personas, tenemos el 79,4% por explotación sexual y el 20% por explotación laboral. Marginalmente, se registran dos sentencias por matrimonio forzado/unión de hecho. Con relación a las víctimas, el 64,7% (909) fueron víctimas de trata sexual, principalmente mujeres (98%), de cuyo universo el 11,5% era menor de edad (es decir, 146 niñas/niños/adolescentes).

Ahora bien, entre los años 2020 y 2021 se dictaron un total de 56 sentencias, de las cuales 21 fueron **sentencias condenatorias** por el delito de **trata de personas con fines de explotación sexual**⁵⁶⁰, en cuyo marco se detectaron

de mérito) que las jurisdicciones federales remiten a requerimiento de dicha dependencia. Ver <https://www.mpf.gob.ar/protex/plataforma-estadistica/>.

560 Sentencias relevadas: TOCF 3 de Rosario en Expte. N° FRO 5102/2014/TO2 (fecha: 02/03/2020); TOCF 1 de Córdoba en Expte. N° FCB 24921/2015/TO1 (fecha: 30/04/2020); TOCF de Paraná en Expte. N° FPA 1312/2013/TO1 (fecha: 26/11/2020); TOCF de Resistencia en Expte. N° FRE 2490/2014/TO1 (fecha: 19/05/2020); TOCF 1 de Rosario en Expte. N° FRO 29562/2016/TO1 (fecha: 05/11/2020); TOCF 3 de CABA en Expte. N° CCC 773/2017/TO1 (fecha: 25/06/2020); Oficina Judicial de Salta en Expte. 19980/2019/8 (fecha: 13/01/2020); TOCF de Paraná en Expte. N° FPA 33000137/2012/TO1 (fecha: 21/09/2020); TOCF de Mar del Plata en Expte. N° FMP 61008351/2012/TO1 (fecha: ¿/02/2020); TOCF de Paraná en Expte. N° FPA 13000007/2012/TO1 (fecha: 22/10/2020); TOCF de Corrientes en Expte. N° FCT 12000029/2010/TO2 (fecha: 22/08/2020); TOCF de Tierra del Fuego en Expte. N° FCR 1871/2013/TO1 (fecha: 26/08/2020); TOCF de Tucumán en Expte. N° 25437/2018 (fecha: 06/11/2020); TOCF 1 de San Martín en Expte. N° 133955/2017/TO1 (fecha: 05/04/2021); TOCF 8 de CABA en Expte. N° FCB 52971/2014/TO1 (fecha: 28/09/2021); TOCF de Resistencia en Expte. N° FRE 1122/2020/TO1 (fecha: 13/09/2021); Oficina Judicial de Salta en Expte. N° FSA 2992/2020/17 (fecha: 21/05/2021); TOCF de Neuquén en Expte. N° FGR. 5001/2017/TO1 (fecha: 02/08/2021); TOCF de Formosa en Expte. N° FRE 2028/2019/TO1 (fecha: 22/04/2021); TOCF de Paraná en Expte. N° FPA 4642/2019/TO1 (fecha: 30/03/2021); y TOCF de Tucumán en Expte. N° 18746/2012 (fecha: 21/09/2021).

al menos **85 víctimas**⁵⁶¹. Salvo un caso en el que la víctima fue un niño de 11 años, en el resto de los casos las víctimas detectadas son mujeres (es decir, un total de 84), de las cuales 16 son menores de edad⁵⁶².

De la mayoría de las resoluciones se desprende que las víctimas presentaron declaración testimonial durante la instrucción o en etapa de juicio. En algunos casos se recupera la voz de las víctimas y en otros se encuentra mediada por las voces de los profesionales intervenientes en el caso. Sin perjuicio de ello, en la mayoría de las resoluciones se analizan, en mayor o menor medida, con mayor o menor detalle, las trayectorias vitales de las víctimas⁵⁶³.

Ahora bien, en lo que a este trabajo respecta, de las resoluciones analizadas se desprenden condiciones o escenarios comunes en las que se encontraban las víctimas de manera previa a su sometimiento. En primer término, se advierte que en todos los casos, las mujeres, adolescentes o niñas se encontraban en situación de pobreza, exclusión o carentes de oportunidades de desarrollo profesional y/o educativo. Circunstancias que, a la vez, han sido tenidas en cuenta por los operadores judiciales al momento de tener por configurada la situación de vulnerabilidad de las víctimas.

A continuación se transcriben algunos pasajes de las sentencias analizadas:

Detalla una entrevista realizada a seis (6) víctimas mujeres con identidad reservada, y revela datos referentes a sus condiciones personales, familiares, sociales y económicas (...) de lo relatado se puede apreciar las

561 Cabe destacar que en una única sentencia no fue posible determinar la cantidad de víctimas. Solo se desprende que las víctimas estaban en situación de prostitución.

562 El presente artículo se refiere a “mujeres” para referirse a mujeres cis, atento a que en las resoluciones analizadas no se registraron como víctimas otras identidades feminizadas y/o que estén por fuera de la órbita de los varones cisgénero (tales como las lesbianas, bisexuales, trans, travestis y personas no binarias).

563 Por el contrario, solo en cuatro resoluciones se omite completamente cualquier referencia a las víctimas.

condiciones de vulnerabilidad previa al contacto con la asociación (...), a causa de múltiples factores relacionados con los ámbitos educativos económicos, laboral y social en la historia de vida de las personas entrevistadas, y que limitarían sus posibilidades al momento de acceder a empleos formales⁵⁶⁴.

M.M.M proviene de un barrio marginal de la provincia de Misiones, en donde su familia está compuesta por su madre y su padre y siete hermanos adoptivos. En la entrevista manifestó que es madre de un niño de seis años –Agustín–, analfabeta, desocupada⁵⁶⁵.

Se señala que sufrió abusos sexuales por parte de uno de sus hermanos, hasta los 12 años de edad y que

... a raíz de esos abusos empezó a escaparse de su hogar, tomaba alcohol y consumía drogas, por lo que su mamá la llevó a realizar terapia psicológica. Contó que en un baile en la ciudad de Posadas, provincia de Misiones, conoció a un hombre que se llamaba Roberto, con quien se fue a vivir en esa ciudad y luego se trasladaron al sur de la provincia de Córdoba. Específicamente en la localidad de Huinca Renancó la obligó a prostituirse en la whiskería (...)⁵⁶⁶.

En el caso de CFS fue captada en ocasión de que había venido a Tucumán para estudiar una carrera universitaria, proveniente de un pueblo pequeño del interior de la Provincia de Catamarca, de una familia humilde y numerosa, de escaso nivel cultural, y en ese marco, se alojó en una pensión para estudiantes de propiedad de [C.W.A], ubicada en calle Frías Silva 1053, cerca de la Quinta Agronómica. [C.W.A] la convirtió primero en su novia y después se aprovechó de ella y la sometió a tener relaciones sexuales con clientes que él mismo buscaba, a quienes les cobraba.

564 TOCF de Resistencia, FRE 1122/2020/TO1.

565 *Ibid.*

566 TOCF N° 1 de Córdoba, FCB 53170054/2010/TO1.

La prueba de ello ha sido más que abundante, la propia declaración en Cámara Gesell, con participación de la defensa, de la propia víctima⁵⁶⁷.

Por otra parte, en el caso de las niñas y adolescentes se observa que se trata de personas sin hogar y/o sin cuidado parental, que se encuentran fuera del sistema educativo formal, en muchos casos con padres, parientes o personas cercanas involucrados en algunos de los procesos de trata. Y en el caso de adolescentes se advierte, además, que se trata de jóvenes en situación de consumo problemático de estupefacientes. Así, otros pasajes al respecto describen:

Mención aparte merece el análisis del contexto en que se encontraba inmersa JBL al momento de los hechos. Como ya se ha señalado, al comenzar su relato la víctima dijo que al inicio de los episodios se había peleado con toda su familia y que se encontraba inmersa en un contexto de adicción a las drogas –consumía cocaína– y alcohol, con una hija menor a su cargo y en una situación económica apremiante. Ese fue el entorno en el cual [H] la interceptó y le propuso trasladarla desde Casilda hacia la ciudad de Santa Fe, prometiéndole trabajo en el bar de su hermana, más con el verdadero propósito de explotarla sexualmente lo cual tuvo lugar mediando violencia y amenazas contra su vida y la de su hija⁵⁶⁸.

La inmadurez de [B], el contexto de total vulnerabilidad que representaba vivir en un lugar catalogado como “peligroso” por los hechos delictivos que podían acaecer allí, las carencias propias de la vivienda que habitaba junto con su madre, hermanos y otros familiares, la dificultad de un acceso a servicios básicos (agua, luz), fueron sin duda el detalle con el que la imputada construyó la posibilidad –no menos mentirosa– para seducirla con mejores oportunidades de vida⁵⁶⁹.

567 TOCF de Tucumán, 25437/2018.

568 TOCF N° 3 de Rosario, FRO 5102/2014/TO2.

569 TOCF de Resistencia, FRE 2490/2014/TO1.

A su vez, en muchos de los casos analizados las víctimas detectadas se encontraban inmersas en el comercio sexual de manera previa a su sometimiento. Así, en las sentencias analizadas se observa esta circunstancia como configurativa de la vulnerabilidad de la víctima, y enmarcada en situaciones socioeconómicas apremiantes.

La biografía personal de la testigo víctima da cuenta de una situación de vulnerabilidad de la que abusó el acusado. En esa dirección cabe tener presente que FO dijo que al momento de tomar contacto con [G] tenía veintiséis años; que a esa fecha vivía en la casa de sus padres; que tenía padres, hermanos e hijos; que su padre, que era policía jubilado, se había ido de la casa y su madre se había quedado sin nada; que necesitaba ayudar económicamente a su madre. Por otra parte, relató que primero había trabajado cuidando a una señora, que luego se había quedado sin trabajo y que su hermana, que era una persona trans que trabajaba con una amiga como acompañante en un departamento, le propuso que realizara allí tareas de limpieza, y que luego comenzó también a trabajar como acompañante en ese departamento. Recordó que en ese momento tenía veintidós años. Pues bien, lo narrado por la testigo víctima da cuenta de una situación familiar atravesada por dificultades económicas, y por la necesidad de FO de afrontarlas para asistir a su madre. Tal situación de vulnerabilidad fue capitalizada a su favor por el acusado, quien la empleó para concretar la explotación sexual⁵⁷⁰.

El informe del Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas damnificadas por el Delito de Trata (fs. 1705/1707) procedió a entrevistar a las mismas siendo su resultado concluyente en el sentido que todas se encontraban en “situación de vulnerabilidad”. Tres de ellas manifestaron no haber podido finalizar con su educación básica formal, lo que dificultaría las posibilidades de inserción en el mercado

570 TOCF de Tucumán, Expte. 18746/2012.

laboral registrado y bien remunerado, acrecentando su situación de vulnerabilidad. Las dos mujeres de nacionalidad paraguaya manifestaron que debieron comenzar a trabajar a temprana edad por motivos socioeconómicos, migrando hacia la Argentina por propuestas laborales a fin de mejorar la situación económica que atravesaban en su lugar de origen⁵⁷¹.

Todas las mujeres manifestaron encontrarse atravesando una situación de precariedad socioeconómica, asociada a las dificultades para el acceso a fuentes de empleos desarrollados. Cabe señalar que la mayoría no habría podido completar el ciclo de educación formal, siendo esto un obstáculo objetivo a la hora de acceder a puestos de trabajo que permitan la subsistencia de sí mismas y de sus grupos familiares. Las mujeres entrevistadas tendrían hijos pequeños de quienes serían las principales responsables de su manutención y, en algunos casos, habiendo engendrado siendo aún adolescentes. A su vez, algunas de las mujeres señalaron haberse visto [conminadas] a ingresar al circuito [prostibulario] en el momento que sus parejas se disolvieron y dejaron de contar con el aporte económico de sus cónyuges o concubinos (...) Cabe destacar que, algunas de las mujeres, refirieron haber sido iniciadas en el circuito de la prostitución y explotadas [sexualmente] siendo aún adolescentes⁵⁷².

La violencia y amenazas empleadas no excluyen el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima. Por el contrario, la condición de mujer migrante de M.P. y la situación de explotación prostibularia en la que se encontraba, dependiendo para su alojamiento y sustento del que podían brindarle sus explotadores, la ponía en una situación de vulnerabilidad innegable. En tal sentido, la Sra. [S.M.], declaró que cuando M.P. arribó al local “Dancing Club” venían escapándose desde Bahía Blanca, “que llegaron prácticamente sin ropa, sólo con lo puesto... Que el viaje en el taxi lo

571 TOCF N° 1 de Rosario, FRO 29562/2016/TO1.

572 TOCF de Paraná, FPA 33000137/2012/TO1.

pagó el dueño del Dancing Club... Que la dicente notó que [L] y [B] estaban desesperadas por plata" (...) (fs. 23/24)⁵⁷³.

Sin lugar a dudas, la prostitución está atravesada por patrones de género y clase que no pueden desconocerse. Como bien explica Florencia Sotelo, "... estos factores son determinantes en dos rasgos que caracterizan el comercio sexual hoy en día: (a) los hombres son predominantemente consumidores y las mujeres ofertantes; y (b) la inmensa mayoría de estas mujeres pertenece a los sectores más pobres"⁵⁷⁴.

Cabe destacar que esas variables de clase que inciden en el ejercicio de la prostitución no son suficientes para impugnar cualquier posibilidad de agencia, entendida en términos de la capacidad de acción que puedan manifestar los sujetos sociales, en el entendimiento de que dicha capacidad es culturalmente construida y distribuida de manera desigual⁵⁷⁵.

En ese sentido, afirmar que toda elección efectuada dentro de estructuras de opresión –como el capitalismo y el patriarcado– se encuentra de base condicionada o restringida a un abanico de opciones limitado según los ejes de opresión que atraviesan a cada persona no es lo mismo que asumir que la acción está completamente determinada por estas estructuras. Así, no es cierto que solo las mujeres pobres optan por la prostitución, ni es cierto que todas las que optan por prostituirse no tengan otras alternativas laborales. Condición o restricción estructural, por un lado, y determinismo social, por otro, son escenarios diferentes; sin perjuicio de que la negación categórica de la agencia de las mujeres pobres entraña cierto residuo clasista⁵⁷⁶.

573 TOCF de Mar del Plata, FMP 61008351/2012/TO1.

574 Sotelo, F., "La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas", en Di Cortleto, J. Género y justicia penal, Ediciones Didot, 2017, p. 208.

575 Ortner, S., *Anthropology and Social Theory: Culture, Power, and the Acting Subject*, Duke University Press, Duke, 2006, pp. 107-128.

576 Sánchez Parera, P., Sobre la libertad de ejercicio en la prostitución: tres argumentos y una estrategia abolicionistas a debate, 2019. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7113371>.

Por ello, entendemos que resulta necesario complejizar la mirada sobre las razones que llevan a algunas mujeres a ingresar a la prostitución, evitando el relato reduccionista que las muestra como víctimas que deben ser rescatadas, despojándolas hasta del más mínimo margen de libertad para optar por la actividad que las sustente económicamente a ellas y a sus familias.

Por el contrario, reconocer ese margen de libertad nos permitirá reconocer a las mujeres que ejercen el comercio sexual como agentes activos de sus proyectos económicos, en donde el trabajo sexual puede ser un objeto en sí mismo, una estrategia de supervivencia ocasional o transitoria, o un destino obligado originado en una historia de abusos, falta de opciones y marginación⁵⁷⁷.

3. Hacia una perspectiva interseccional

Frente al esencialismo del género como una identidad común a todas las mujeres, como si todas tuvieran el mismo riesgo de opresión, se abren paso muchas corrientes deconstrucionistas que reconocen el mismo peso cultural a otros factores, como la raza o la clase social.

Kimberlé Williams Crenshaw creó el concepto “interseccionalidad” para visibilizar la complejidad de las problemáticas que atravesaban las mujeres negras en Estados Unidos, y lo definió como un “sistema complejo de estructuras de opresión múltiples y simultáneas”⁵⁷⁸, poniendo de manifiesto que considerar a las mujeres blancas de clase media-alta como representantes respectivamente, de la categoría “mujer”, invisibiliza todo aquello que queda

577 Sotelo, F, *op. cit.*, p. 208.

578 Crenshaw, K., “Demarginalizing the intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *University of Chicago Legal Forum*, 14, 1989, pp. 139-167.

justamente en la intersección; es decir, aquellos factores relacionados con las identidades sociales de las mujeres, tales como la clase, la casta, la raza, el color, el origen étnico, la religión, el origen nacional, la orientación sexual. Estos elementos diferenciales pueden crear problemas y vulnerabilidades que son exclusivos de grupos particulares de mujeres o que afectan de manera desproporcionada a algunas mujeres con respecto a las demás⁵⁷⁹.

En el caso que nos ocupa, desde esta perspectiva, se advierte que todas las mujeres identificadas como víctimas en las sentencias analizadas se encontraban en una situación de “vulnerabilidad interseccional”, donde se cruza el género con la pobreza.

4. Feminización de la pobreza y vulnerabilidad

En la década de 1980, algunas feministas del tercer mundo comenzaron a analizar el fenómeno de la pobreza desde una perspectiva de género. Identificaron una serie de fenómenos dentro de la pobreza que afectaban de manera específica a las mujeres y señalaron que la cantidad de mujeres pobres era mayor a la de los hombres, que la pobreza de las mujeres era más aguda que la de los hombres y que existía una tendencia a un aumento más marcado de la pobreza femenina, particularmente relacionada con el aumento de los

579 Javiera Cubillos Almendra advierte sobre la amplitud del debate feminista en torno a la interseccionalidad y señala la dificultad de trazar un mapa acabado de las diferentes autoras que se han dado a la tarea de conceptualizarla: “A partir de las reivindicaciones de mujeres afrodescendientes y chicanas en Estados Unidos, se han desprendido diferentes hilos teóricos. Por ejemplo, hay feministas chicanas y mexicanas que trabajan sobre el legado de Gloria Anzaldúa y su propuesta de borderland y la nueva mestiza; también han existido feministas postcoloniales que han teorizado sobre cómo se articula la raza, el género y la clase social a nivel global (Spivak, 1985/2009; Alexander y Mohanty, 1997/2004; entre otras); hay autoras anglosajonas que han teorizado sobre desigualdades múltiples (Walby, 2009); y feministas latinoamericanas que también aluden a una matriz articulada de dominación, entre otras. No todos estos aportes hablan de interseccionalidad propiamente tal, pero insuman esta discusión. Por ello, la reconstrucción de una ruta genealógica sobre la teoría feminista de interseccionalidad aún es un trabajo en construcción”.

hogares con jefatura femenina. Para dar cuenta de este conjunto de fenómenos se utilizó el concepto de “feminización de la pobreza”⁵⁸⁰.

Si bien con relación a la pobreza se han desarrollado diferentes conceptualizaciones e indicadores, los principales enfoques vigentes sobre el fenómeno van más allá de su dimensión económica y reconocen su carácter multidimensional, donde se incorporan aspectos atinentes a la participación social y realización de derechos, incluyendo las nociones de seguridad, justicia y ciudadanía.

Siguiendo la sistematización teórica que realiza María Elena Valenzuela, se analizan los aspectos materiales y no materiales de la pobreza desde el *enfoque de la exclusión social*, resaltando los diferentes procesos por los cuales las personas caen en la pobreza o pueden superarla. Se analizan así tanto los aspectos distributivos (variaciones en el ingreso, la riqueza y el consumo) como de relaciones (patrones de empleo, participación social, derechos) y las desventajas sociales.

Desde el *enfoque de los derechos* se entiende la pobreza como una situación de privación relativa que va más allá de los ingresos y se expresa en la falta de capacidades, derechos y autonomía de las personas para participar plenamente en la sociedad.

Y desde el *enfoque centrado en la vulnerabilidad* se enfatiza el carácter dinámico de la pobreza y se intenta identificar la ubicación relativa de las personas en la sociedad, según su grado de acceso y control sobre los activos económicos y sociales (trabajo, tierra, capital humano y social, recursos productivos y relaciones en el interior del hogar) y su capacidad de utilización de estos recursos para cambiar su situación⁵⁸¹.

Un factor común a estos tres enfoques es la importancia que otorgan a la desigualdad tanto en la distribución de los bienes sociales como en el acceso

580 CEPAL, *op. cit.*

581 Valenzuela, M. E., *Desigualdad de género y pobreza en América Latina*, 2003. Recuperado: de: https://americanalatinagenera.org/wp-content/uploads/2014/06/doc_225_Mujeres_pobreza_y_mercado_de_trabajo_Argentina_y_Paraguay.pdf.

y control de los recursos monetarios y no monetarios –seguridad, oportunidades, ejercicio de derechos y ciudadanía.

La desigualdad social se construye a través de un proceso complejo, que ocurre en los niveles discursivo, normativo, social y subjetivo de la realidad. Las prácticas discriminatorias son una de las formas en que se manifiesta la desigualdad, y tienen su origen en una visión particular del mundo y de una determinada organización social, que excluye a otras personas por su pertenencia a ciertos grupos sociales, sin que necesariamente se trate de actos conscientes de exclusión. El género, la raza y la clase social constituyen la piedra angular de sistemas de dominación que están interconectados y conducen a formas de opresión que operan en forma simultánea y se potencian entre sí⁵⁸².

Así, la relación entre vulnerabilidad, pobreza y género está dada, en primer lugar, porque las mujeres viven y experimentan la pobreza en una forma diferente de los varones, por múltiples factores. En este sentido, Lais Abramo señala:

... además de los factores que son comunes en la situación de hombres y mujeres pobres, las mujeres son más vulnerables a la pobreza y tienen mayores dificultades para superar esa situación debido a una serie de determinantes vinculados a su condición de género. Entre ellos: a) una mayor dificultad de inserción laboral debido a patrones culturales que desincentivan el trabajo femenino, menores oportunidades de formación profesional, una desigual distribución de las responsabilidades domésticas en el ámbito de la familia y la ausencia de servicios adecuados de apoyo al cuidado infantil; b) la persistencia de fuertes patrones de segmentación ocupacional, dejando para el grupo de mujeres los trabajos menos calificados, valorizados y a la vez con menos protección social; y c) la persistencia de significativas desigualdades de remuneración⁵⁸³.

582 *Ibid.*, p. 8.

583 Abramo, L., *Notas sobre la incorporación de la dimensión de género a las políticas*

De hecho, en nuestro país, las mujeres son las que sufren los mayores niveles de desempleo y precarización laboral. Ganan, en promedio, un 29% menos que sus pares varones, brecha que se amplía para las asalariadas informales, hasta alcanzar un 35,6%. La mitad de quienes no consiguen empleo son jóvenes de hasta 29 años y, entre estas personas, son las mujeres quienes enfrentan las tasas más altas de desocupación de toda la economía, con un 23%⁵⁸⁴.

Las dificultades económicas y la falta de empleo son factores que aumentan la vulnerabilidad de las mujeres a ser captadas por los tratantes. Así, en todos los fallos analizados se cristalizan estos cruzamientos sin mayor esfuerzo, por cuanto se desprende que las víctimas mayores de edad manifestaron: no haber podido finalizar con su educación básica formal; tener dificultades para la inserción en el mercado laboral registrado; que tenían hijos y/o familiares a su exclusivo cargo y que eran las únicas que afrontaban la manutención de los mismos; previo a los hechos que las tuvieron por víctimas, algunas se encontraban inmersas en el comercio sexual, otras estaban desocupadas o realizaban trabajos informales, tales como tareas de cuidado o de limpieza, y en condiciones de precariedad en cuanto a los derechos laborales y retribuciones percibidas, las que resultaban insuficientes para la manutención propia y de sus familias.

5. Correlato en instrumentos internacionales

Los datos que se desprenden de las sentencias analizadas hallan su correlato en las estadísticas globales sobre la materia. Las víctimas directas o

de empleo y erradicación de la pobreza en América Latina, Organización Internacional del Trabajo (OIT), agosto de 2003. Recuperado de: <https://silo.tips/download/notas-sobre-la-incorporacion-de-la-dimension-de-genero-a-las-politicas-de-empleo>.

584 Conforme se desprende del informe “Las brechas de género en la Argentina. Estado de situación y desafíos”, realizado por la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género del Ministerio de Economía, 2020. Recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf.

potenciales de trata suelen ser mujeres de entre 18 y 25 años de edad con niveles de ingreso nulos o deficientes, baja educación, desempleadas o con perspectivas precarias de empleo. Esta constante, sabida y naturalizada, no debe soslayarse.

La trata de personas, en especial con fines de explotación sexual, es un delito con un sesgo de género que señala la existencia de circunstancias especiales de vulnerabilidad para las mujeres y niñas que las llevan a ser las principales víctimas de este delito. Pero, además, es un delito con un sesgo de clase, por cuanto la pobreza, la falta de oportunidades económicas, el desconocimiento y la promesa de beneficios materiales son algunos de los elementos claves que inciden en esa problemática.

En esta línea, la Asamblea General de la ONU, mediante la Resolución 73/146 sobre Trata de mujeres y niñas, reconoció que

... la generalización de la desigualdad de género, la pobreza, el desempleo, la falta de oportunidades socioeconómicas, la violencia por razón de género, la discriminación, incluidas las formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, la marginación y la demanda persistente son algunas de las causas subyacentes que hacen que las mujeres y las niñas sean vulnerables a la trata de personas⁵⁸⁵.

Por su parte, en la Recomendación General nro. 19⁵⁸⁶, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer indica que la pobreza y el desempleo aumentan las oportunidades de trata, y agrega que hay nuevas formas de explotación sexual, como el turismo sexual, la contratación de trabajadoras domésticas de países en desarrollo en los países desarrollados y el casamiento de mujeres de los países en desarrollo con extranjeros, prácticas incompatibles con la igualdad de derechos y con el respeto a los derechos y la

585 Recuperado de: <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2021/09/2-2019-Trata-de-mujeres-y-ni%C3%Blas.pdf>.

586 Recomendación general N° 19 sobre violencia contra la mujer. Recuperado de: http://www.ipu.org/splz-e/cuena10/cedaw_19.pdf.

dignidad de las mujeres que las colocan en situaciones especiales de riesgo de sufrir violencia y malos tratos. Seguidamente, señala: “... la pobreza y el desempleo obligan a muchas mujeres, incluso a muchachas, a prostituirse. Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia porque su condición, que puede ser ilícita, tiende a marginarlas” (art. 6).

A su vez, la Convención Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) establece en su art. 9 que los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, o cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

6. Comentarios finales

En este trabajo nos propusimos demostrar la centralidad que tiene la utilización de categorías que ayuden a complejizar la perspectiva de análisis de las trayectorias vitales de las víctimas de trata, a partir de una mirada interseccional que incluya la clase y la raza como puntos de análisis. Esto no implica hacer una jerarquía de agravios, ni determinar si una es más importante que otra para la experiencia subjetiva de las personas. Se trata de buscar una comprensión mayor de las variables co-constitutivas de reproducción de desigualdades y la relación entre las distintas opresiones que experimentan los sujetos sociales, en este caso las víctimas de trata en tanto mujeres, pobres y, en algunos casos, migrantes.

No se soslaya que el universo de casos analizados es sumamente acotado (sentencias condenatorias por el delito de trata de personas con fines de explotación sexual durante los años 2020 y 2021); son casos que han superado no solo la idea basal del sistema antitrata –en lo que respecta a la detección de casos–, sino los difíciles y lentos recorridos del proceso penal hasta el dictado

de una sentencia; y a la vez, los datos relevados, vinculados a las trayectorias vitales de las víctimas, han sido tamizados por la práctica forense y el discurso jurídico⁵⁸⁷. Sin perjuicio de ello, podríamos sospechar que los patrones que esas sentencias evidencian son mucho más extendidos en su configuración.

Sobre la base de lo expuesto, entendemos que insistir y visibilizar la inequidad y asimetría estructural en que se encuentran las mujeres, adolescentes y niñas identificadas como víctimas del delito de trata de personas con fines de explotación sexual permitirá promover políticas públicas que aborden este fenómeno criminal teniendo en miras su específico vínculo con la pobreza, la exclusión social, la raza, entre otros factores de desigualdad. En ese sentido, las políticas públicas preventivas, en tanto acciones tendientes a disminuir el riesgo de que mujeres, adolescentes y niñas sean captadas por estas organizaciones, deberían estar direccionadas a neutralizar los focos sociales en los que se nutre este tipo de criminalidad.

En esa línea, existen ciertas obligaciones del ámbito internacional relativas a la prevención de la trata por medio de la lucha contra la vulnerabilidad. Por ejemplo, en el Protocolo contra la Trata de Personas se exige a los Estados parte que adopten medidas positivas para abordar las causas subyacentes de la trata. Específicamente, se dispone que “adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes [...] a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata”⁵⁸⁸.

587 En ese sentido, el testimonio que surge en el contexto de una declaración judicial es restringido a un número limitado de acontecimientos, en respuesta a preguntas precisas que persiguen la restitución de la “verdad de lo acontecido”. Durante este procedimiento, la voz del/la testigo se presenta mediada y traducida por la del sumariante, que la adecua al tecnicismo judicial, que requiere un relato certero y por ello alejado de excedentes emotivos o personales (Malacalza L., 2012, Las víctimas del delito de trata en las concepciones de los operadores y funcionarios judiciales [en línea]. II Jornada de Adscriptxs y Becarixs del CINIG, 27 de noviembre de 2012, La Plata. En Memoria Académica, disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.3490/ev.3490.pdf.

588 Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_prev_re-pri_y_sanci_trata_pers_espe_muje_y_ni%C3%B1o_compl_conve_nu_contr_deli_org_trans.pdf.

En definitiva, y en un todo de acuerdo con Daniela Heim, la búsqueda de justicia para las mujeres no se agota en la necesaria sanción de los agresores, sino que debe complementarse con la puesta en marcha de medidas mucho más complejas, no solo orientadas a reparar a las víctimas, sino también a mejorar la situación social de las mujeres y a eliminar la desigualdad estructural sexual de nuestras sociedades. De lo contrario, esos objetivos de justicia no serán cumplidos y la respuesta estatal a esta problemática distará de ser mínimamente satisfactoria⁵⁸⁹.

Para profundizar

CEPAL - OIT (Comisión Económica para América Latina - Organización Internacional del Trabajo) (2003). *Entender la pobreza desde la perspectiva de género*. Documento de Trabajo de la Reunión de Expertos sobre Pobreza y Género. Santiago de Chile. Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5918/1/S0400008_es.pdf.

De Sena, Angélica (2020). “Pobreza y programas sociales en la argentina de las últimas décadas”. En *Vulnerabilidad, pobreza y políticas sociales*; 1a ed.; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO. Recuperado de: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20201217014006/Vulnerabilidad-pobreza.pdf>.

Malacalza, Laurana (2012) Las víctimas del delito de trata en las concepciones de los operadores y funcionarios judiciales [en línea]. II Jornada de Adscriptxs y Becarixs del CINIG, 27 de noviembre de 2012, La Plata. En Memoria Académica, disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.3490/ev.3490.pdf.

589 Heim, D., *Mujeres y acceso a la justicia. De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*, Buenos Aires, Didot. Recuperado de: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/134680/sdh1de1.pdf?sequence=1>.

UNODC (2013). *Documento temático. Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de la trata de personas.* Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/humantrafficking/2016/Abuse_of_a_position_of_vulnerability_Spanish.pdf.

UNODC (2020). *Reporte Global sobre Trata de Personas.* Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf.

UNODC (2021). Nota orientativa sobre el concepto de “abuso de una situación de vulnerabilidad” como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el art. 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf.

Valenzuela, María Elena (2003). “Desigualdad de género y pobreza en América Latina”. Recuperado: de: https://americalatinagenera.org/wp-content/uploads/2014/06/doc_225_Mujeres_pobreza_y_mercado_de_trabajo_Argentina_y_Paraguay.pdf.



Sofía Pascualetti

Abogada (Universidad Nacional de La Plata - UNLP). Cursó la Especialización en Derecho Penal (UNS) y la Especialización en Educación en Géneros y Sexualidades (UNLP). Se desempeña como prosecretaria administrativa en la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX).

CAPÍTULO 15

Algunos casos de violencia económica a mujeres atravesadas por la discapacidad

Ana Carolina Santi

1. Introducción

En el presente capítulo se busca abordar, a partir de algunos fallos jurisprudenciales, el flagelo de la violencia económica que sufren las mujeres atravesadas por la discapacidad –propia o de una persona a su cuidado–.

Tal como se desarrolló en el capítulo pertinente, la Ley N° 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– define en su artículo 5º los distintos tipos de violencia contra la mujer (física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y simbólica) y, particularmente, el inciso 4º describe que debe entenderse por violencia “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 trabajo⁵⁹⁰.

Este tipo de violencia se materializa en actos cotidianos y muchas veces imperceptibles: el control obsesivo de gastos de la mujer, el incumplimiento de los alimentos debidos en tiempo y forma o su cumplimiento parcial (sin cubrir sus necesidades), hechos impeditivos para que la mujer ejerza una actividad productiva⁵⁹¹, el bajo salario comparativo que obtiene en igualdad de trabajo con el varón, el menor acceso a los puestos de trabajo más rentables, la privación de una vivienda digna, entre muchos otros (en otro capítulo de este libro se profundiza sobre la participación femenina en el mercado laboral).

En todos los casos subyace una trama de dependencia que esclaviza a la mujer, la agrede, la torna indefensa.

A las situaciones de violencia económica descriptas anteriormente resultan más vulnerables las mujeres con discapacidad, que se ven inmersas en una discriminación múltiple o interseccional, a la que hace mención la Observación General N°3 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016) –sobre los derechos de las mujeres y niñas con discapacidad–⁵⁹², es decir: aquella situación en la que varios motivos de discriminación interactúan al mismo tiempo, de manera que son inseparables. Porque en el caso de las mujeres con discapacidad justamente ocurre esto: varios motivos de discriminación confluyen y son mayores los obstáculos que ellas deben afrontar diariamente, todos los días de su vida, para poder ejercer

590 Ley N° 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, sancionada 11/3/09, promulgada 1/4/09 y publicada en el BO 14/04/09.

591 Se aclara que la vocación de cuidado de la familia que tienen las mujeres, su dedicación a los hijos y al hogar no configura la situación descripta, sino una tarea que enaltece a quien la realiza. La violencia se configura cuando esta situación es forzada, cuando la mujer se ve impedida de trabajar por expresa oposición del varón o por la sobrecarga de tareas que tiene en sus espaldas atendiendo el hogar o a los hijos sin colaboración de este.

592 En https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CRPD/00_Observaciones%20generales%20CRPD.htm#GC3.

plenamente sus derechos⁵⁹³. Pero, además, no sufren discriminación como miembros de un grupo homogéneo, sino como individuos con identidades, condiciones y circunstancias vitales multidimensionales, que hacen necesaria en cada caso la adopción de medidas específicas, particulares.

2. Violencia económica ejercida sobre mujeres con discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) se refiere particularmente a la situación de las mujeres con discapacidad. Enuncia desde su preámbulo que los Estados partes reconocen “que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación...” (inciso q).

El artículo 6 de la CDPD en particular está dedicado a las mujeres con discapacidad y establece que:

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos

593 Ello partiendo también de la base de que la “discriminación contra la mujer” se define en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada por nuestro país por Ley Nº 23.179) como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

Asimismo, el artículo 28 de la CDPD sobre “Nivel de vida adecuado y protección social” incluye en el punto 2 la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza.

Puntualmente, la observación general N° 3 señalada aclara:

Se dispone de pruebas sólidas que demuestran que las mujeres y las niñas con discapacidad afrontan obstáculos en la mayor parte de los ámbitos de la vida. Esos obstáculos generan situaciones en las que existen formas múltiples e interseccionales de discriminación contra las mujeres y las niñas con discapacidad, en particular en relación con: la igualdad de acceso a la educación, las oportunidades económicas, la interacción social y la justicia; el igual reconocimiento como persona ante la ley; la capacidad de participar en la política y ejercer control sobre sus propias vidas en diversos contextos, por ejemplo, respecto de la atención de la salud, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva, y de dónde y con quién desean vivir.

Por otra parte, la Recomendación General n° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer (2017) del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el acápite IV “Recomendaciones”, punto C, titulado “Protección”, aconseja a los Estados la aplicación de diferentes medidas de protección específicas para víctimas de violencia.

Allí se enfatiza la necesidad de proporcionar mecanismos de protección accesibles y efectivos, sin requerir que las víctimas inicien acciones legales. Estos mecanismos deben incluir la evaluación inmediata de riesgos y la emisión de órdenes de desalojo, protección o seguridad de emergencia contra los

presuntos agresores, con sanciones adecuadas en caso de incumplimiento. Se destaca la importancia de evitar imponer cargas financieras, burocráticas o personales excesivas a las víctimas. Además, se subraya que los derechos de los presuntos agresores deben considerarse en consonancia con los derechos humanos de las mujeres y los niños, priorizando el interés superior del niño. Finalmente, se insta a difundir información accesible sobre recursos legales y sociales mediante diversos medios de comunicación, especialmente dirigida a mujeres afectadas por discriminación, como aquellas con discapacidad o limitaciones en el conocimiento de los idiomas oficiales del país.

Incluso esta situación se agrava aún más si se trata de adultas mayores. En este aspecto, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁵⁹⁴ establece en el artículo 9 el “Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia” y dispone, entre la serie de medidas que se comprometen a adoptar los Estados Parte, la de “Promover activamente la eliminación de todas las prácticas que generan violencia y que afectan la dignidad e integridad de la mujer mayor” (inciso i).

La jurisprudencia, desde hace algunos años, se va haciendo eco de esta problemática, agudizando la mirada y trabajando respuestas que miran particularmente la situación de la mujer con discapacidad.

Vale la pena citar un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁵⁹⁵, terrible por la crudeza de la realidad que expone pero muy interesante por la mirada con perspectiva de género y la solución, intentando equilibrar los derechos en pugna.

El caso fue bien descripto en el voto del Dr. De Lázzeri, que, en síntesis, relata que el día 26 de julio de 2010 se dispuso una medida de abrigo por el

594 La Convención fue adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la XLV Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, aprobada en nuestro país por Ley N° 27.360 y elevada a jerarquía constitucional por Ley N° 27.700 (publicada en el BO el 30/11/22), <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>, p. 17.

595 SCBA, C. 118.472, “G., A.M. Insanía y curatela” y sus acumuladas C. 118.473, “G., J.E. Abrigo” y C. 118.474, “S., R. B. y otro/a. Abrigo”, fallo del 4/11/15. Publicado en: JUBA.gov.ar.

Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos de Quilmes respecto de las niñas R.B. y M.A.S., en virtud de que la madre de las mismas, A. M.G., poseía un retraso mental y epilepsia que le impedían responsabilizarse adecuadamente por ellas, los que dio inicio a la causa C. 118.474, “S, R. B. y otro/a. Abrigo”.

Asimismo, detalla que el 31 de agosto de 2010 el mismo servicio solicitó una medida de abrigo respecto del niño J.E.G. –hermano de las niñas–, de cinco meses de edad, y dispuso la ejecución de la medida en los Hogares de Belén. Destaca que, en esa oportunidad, el organismo informó que el niño era hijo de la señora A. M. G. y de su propio padre, quien habría abusado de ella en forma reiterada (lo que se corroboró con el examen de ADN realizado en el marco de la investigación penal) y habría tenido conductas nocivas en relación con R. y M. Dicha medida dio origen a la causa C. 118.473, “G., J. E. s. Abrigo”.

Con fecha 20 de octubre de 2010, la jueza interviniente del Tribunal de Familia N° 2 de Quilmes declaró la legalidad de ambas medidas de abrigo.

La señora A. M. G., con el patrocinio de la Defensoría Oficial, se presentó en autos reclamando la revinculación y restitución de las menores.

Por otra parte, el 28 de febrero de 2011 la Asesora de Incapaces solicitó la declaración de insanía en relación con A.M.G., de 29 años de edad, quien poseía retraso mental y epilepsia. Señaló la funcionaria que los padres de la presunta incapaz no resultaban idóneos para el cuidado de la misma, desde que su propio padre, el señor J. D.G., la abusó sexualmente –lo que a su vez diera origen a la correspondiente investigación penal– y su madre, la señora H., la golpeaba en forma reiterada. Esto dio inicio a la causa C. 118.472, “G., A.M. Insanía y curatela”, en cuyo marco, el día 19 de abril de 2011, se incorporó un informe socioambiental, que dio cuenta de que la presunta incapaz aún vivía en una unidad habitacional ubicada en el fondo del inmueble donde lo hacían sus padres y de que su padre estaba acusado de abusar sexualmente de su hija y de ser el progenitor de J.

Con fecha 12 de noviembre de 2012, se realizó un nuevo informe socioambiental en el domicilio de la señora A.M.G., del cual surgió que esta

seguía en el mismo inmueble en que vivían sus padres, en una construcción al fondo.

Luego de esta reseña, en su voto, expone en referencia a la señora A. M. G.:

... también ha sido conculcada su libertad personal, como manifestación de cómo funciona la violencia familiar: el agresor controla sus acciones; es sometida a encierros junto a sus hijos; la acompaña al juzgado, situaciones de las cuales se infiere el intenso temor y dependencia en la relación con sus padres, configurando la figura paterna un lugar determinante, en tanto ejercería sobre ella una profunda influencia (fs. 32 vta., 58, 80 vta., 118/119, C. 118.473), habiendo sido sometida también a una constante presión para que no inste la acción penal por el delito de abuso sexual, circunstancia evidenciada por el señor Asesor de Incapaces a fs. 95/96 del legajo de copias (v. fs. 1 vta., 6, 21, 25 vta., 80 vta.) sumado a la dependencia económica de todo el grupo familiar con respecto al señor G., lo que lo posiciona –aún más– en su lugar de poder (fs. 9 del legajo). (...)

Pero además de identificar el riesgo de género derivado de sufrir abuso sexuales y violencia familiar, cabe incluir en la plataforma fáctica a juzgar otros hechos que trascienden aquéllos que los originaron y nos sitúan en un proceso histórico y social generador de desventajas y de subordinación de ciertos grupos por ser mujer, con una discapacidad aumentada por la condición de víctima de violencia sexual y familiar, encerrada en una situación de vulnerabilidad que se desprende de su dependencia económica y emocional al agresor, encerrada en una vivienda que la expone a situaciones de violencia (fs. 183/vta., C. 118.473), con el riesgo de perder los vínculos con sus hijos si denuncia el abuso, que demuestran una serie encadenada de factores estructurales que provocan discriminación.

De ahí que exhibida la posición desfavorable de la señora G. sea necesario aplicar en este proceso y en esta instancia un enfoque interseccional

o contextual de discriminación (arts. 3, 6 inc. a y 9 de la Convención de Belém do Pará), por la situación de discriminación como violencia en la que se encuentra inmersa. (...)

En este sentido, es necesario instruir medidas para que en la instancia se resuelva el problema habitacional, que se impida con efectividad el contacto con el agresor, se la posicione con ayuda psicosocial, y en definitiva se reviertan dichas asimetrías y desigualdades (v. fs. 87, cuenta con una pensión de 700 pesos y no se sabe si tiene pensión por viudez, C. 118.474; arts. 25 de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad; 7 inc. c, 10 punto 2 d y e, 10 punto 3 de la ley 26.485, ley de protección integral contra la mujer; Protocolo de México para juzgar con perspectiva de género).

En definitiva, frente al deber de garantía y desde la aplicación del método de perspectiva de género para juzgar y una noción más robusta de igualdad –estructural o material–, una vez detectada la presencia de relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, como sucede en el caso, se identifica el problema en su real dimensión.

A su turno, refiere el Dr. Hitters adhiriendo al voto del Dr. De Lazzari:

Las aludidas complejidades del caso: la señalada disminución de su capacidad mental, la dependencia económica y emocional respecto de sus padres, los continuos actos de violencia física y moral de la que es víctima por parte de ellos, la insatisfacción de sus necesidades habitacionales en razón de la permanencia en ese contexto hostil a su persona y a su condición de mujer desamparada (aspectos estos que al no haber sido atendidos en perspectiva de género por las instancias de grado, han agravado su situación en autos ante la ausencia de medidas útiles en tiempo oportuno) exponen a A. a una especial situación de vulnerabilidad por su condición de género.

Es precisamente esta serie encadenada de factores estructurales que provocan discriminación (como lo pone de resalto el voto al que presto adhesión), la que reclama la adecuada respuesta jurisdiccional del caso.

Es este un claro supuesto –de los muchos que ocurren diariamente– en que se ejerce un conjunto de acciones generadoras de violencia económica hacia una mujer con discapacidad. Pone en evidencia, además, la necesidad imperiosa de adoptar, por parte del Estado –en todos sus poderes y estamentos–, una mirada integral y un trabajo conjunto y coordinado en pos de tutelar sus derechos.

Otro caso interesante para mencionar aquí es el resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, Sala 1⁵⁹⁶, en el que una mujer con discapacidad, en razón de padecer esquizofrenia, víctima de violencia física y en extrema situación de vulnerabilidad, en el marco del proceso de violencia reclamó alimentos a su exconviviente (el Sr. R.O.M), quien hasta el momento en que la señora debió retirarse del hogar se ocupaba del sustento familiar, trabajando como gasista matriculado y percibiendo una jubilación de la Policía Federal Argentina.

La reclamante se ocupó siempre del cuidado de la crianza de su hijo –tarea que continuaba desempeñando– y de las tareas domésticas del hogar.

Por otra parte, había destacado en su petición que la Dirección de Atención a las Violencias a las Personas con Discapacidad y Adultos Mayores y la Defensoría Pública Civil estaban elaborando de manera coordinada un dispositivo de abordaje integral para esta situación y que habían comenzado a gestionar la pensión no contributiva, lo que demoraría unos meses y resultaban de toda necesidad los alimentos reclamados.

En primera instancia no se hizo lugar al reclamo alimentario, por entender que la ley de violencia familiar invocada –ley 2212 de Neuquén– no era la vía pertinente y que debería habilitarse otro trámite procesal.

Apelado el decisorio, la Cámara de Apelaciones hizo lugar al recurso y sostuvo que “... el artículo 25 de la ley en cuestión faculta al juez a adoptar al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia –de oficio o a

596 Cám. de Ap. en lo Civ., Com., Lab. y de Min. de Neuquén, sala 1, “D.M.C. S/SITUACION LEY 2212” (JNQFA1 EXP 118608/2021), 11/8/21. En: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/097/976/000097976.pdf>.

petición de parte- las medidas cautelares indicadas en los distintos incisos de la norma mencionada” y, luego de desarrollar los alcances de la ley de violencia familiar, y recordar que el objeto de las leyes protectorias contra la violencia familiar no es desplazar a los restantes procesos de familia, sino operar como una herramienta útil y eficaz, posibilitando dar una respuesta urgente, concluyó en que: “... no puede soslayarse la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentra la Sra. D.M.C., quien denunció haberse retirado del que fuera el domicilio familiar en fecha 8/06/2021 como consecuencia de la violencia ejercida en su contra por quien fuera su pareja, el Sr. R.O.M....”.

Asimismo, transcribió tramos de la pericia psicológica que dan cuenta de la realidad de la reclamante. Puntualmente, extrajo la siguiente conclusión: “... se valora una situación de violencia atravesada por múltiples variables de orden social y de salud mental, que otorgan mayor complejidad a la problemática denunciada...”.

En punto a las condiciones materiales de vida, indicó surge de la aludida pericia que

La Sra. Domínguez se encuentra alojada transitoriamente en el Refugio Madre Teresa. La vivienda que compartían con el denunciado sería propiedad de la familia extensa del denunciado, se ubicaría en zona rural, y se encontraría en precarias condiciones de habitabilidad, sin acceso a servicios básicos (...) La Sra. Domínguez se encuentra desocupada, realizando el trabajo de crianza de su hijo y tareas domésticas del hogar, sin remuneración. No posee pensión por su discapacidad...

Por último, sopesó que el Ministerio de Desarrollo Social y Trabajo informó que: “Los indicadores de riesgo presentes en la situación son de larga data y dan cuenta de que se trata de una situación crónica de violencia, según describe son ocho años de convivencia, donde la violencia reclamó en los últimos tres años”.

En consecuencia, la Excmo. Cámara entendió que

... teniendo en cuenta el cuadro de violencia de género que se presenta y el cuadro de salud de la denunciante, la solución del caso no puede apartarse de las directivas dadas en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en tanto establece en su Sección 2da. 1., que se consideran en condición de vulnerabilidad, aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Mencionó también los principios que surgen de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará" (particularmente, transcribe el artículo 7) y resolvió

... considerando las pautas citadas y los lineamientos expuestos, en el marco cautelar que se examina, y teniendo en cuenta el carácter provisorio de la medida solicitada, concluimos que corresponde hacer lugar a la misma, a fin de que la peticionante acceda a una asistencia económica para solventar sus necesidades mínimas.

Es esta una situación que también atraviesan a diario muchísimas mujeres. A la violencia física y la discapacidad se suma la falta de recursos económicos como producto de la organización familiar, por lo que repentinamente y apartándose de la situación de violencia física, quedan sin posibilidad de afrontar los gastos mínimos que demanda la vida en sociedad.

3. Violencia económica a las mujeres que tienen a su cuidado personas con discapacidad

Como vimos, la violencia económica implica toda acción directa o indirecta que lleva a la víctima a la pérdida o distanciamiento de los recursos económicos e incluye todo tipo de acto que le genere a la persona afectada limitaciones económicas con la intención de controlarle el uso del dinero o de privarla de los medios económicos para vivir de forma libre y autónoma.

Se expresa como un mecanismo tendiente a obstaculizar el ejercicio del derecho a la propiedad en orden a menguarle a la víctima su derecho a una vida digna.

Estas acciones comprenden también el incumplimiento de los deberes alimentarios a cargo del agresor, puesto que ponen en riesgo el bienestar y el desarrollo de la víctima, o bien se extienden sobre el bienestar de las personas de su núcleo más cercano con el fin de infringir y proyectar la agresión sobre los hijos menores de edad, adultos mayores o personas con discapacidad bajo el cuidado de la víctima⁵⁹⁷.

Sostiene Basset:

Basta que el riesgo de daño o el daño se produzca a alguien que esté al cuidado de la víctima, para que la víctima resulte afectada. Por ejemplo, si el padre no salda la cuota alimentaria con su hijo menor de edad o con discapacidad, será un tiro por elevación para la madre, que se verá obligada a responder muchas veces con angustia por la falta del aporte⁵⁹⁸.

597 Silva, C. I. y Martínez Alcorta, J. A., "Acerca del plazo de caducidad para reclamar la compensación económica. Su implicancia y valoración en torno a situaciones de violencia y otras causas de vulnerabilidad". En: *Suplemento especial "Cuestiones patrimoniales en el derecho de familia"* (dirigido por Yamila Cagliero), Ed. La Ley, diciembre de 2019, p. 186.

598 Basset, Ú. C., "La violencia económica contra la mujer en la ruptura: las hipótesis menos pensadas". En: *V Número Extraordinario de Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Año 2021, p. 32.

En este sentido, se ha dicho,

requiere una especial consideración la situación de las mujeres que tienen a su cargo el cuidado de hijos en situación de discapacidad. En cuanto a ello, en forma reciente el Comité de la CEDAW destacó que “tener hijos con discapacidad ‘... socava la perspectiva de las mujeres de realizar su potencial de vida en mayor medida que en el caso de los hombres’. Por lo tanto, esas mujeres dependen de sus maridos”, por lo que el organismo internacional señaló que los Estados deben tener presente que, debido a la persistencia de estereotipos y otras causas estructurales, las mujeres dedican mucho más tiempo que los hombres al trabajo no remunerado, incluido el cuidado de los hijos con o sin discapacidad. (CEDAW/C/AND/CO/4). Es decir, resulta fundamental atender la situación de las progenitoras que en virtud de la atención al cuidado de los hijos con discapacidad se hallan en desigualdad con los hombres a los fines de poder desarrollar tareas laborales. Lo que en mi criterio, debe ser tenido en cuenta en el tratamiento de la materia alimentaria⁵⁹⁹.

Exponemos aquí también dos fallos que analizan lo expuesto.

En un caso⁶⁰⁰, una señora (T.), guardadora de su nieto, de cuatro años de edad y con una grave condición de salud por padecer de una malformación severa del sistema nervioso central, promueve demanda de aumento de la cuota alimentaria contra el progenitor, que se había desentendido de su hijo.

599 Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, “O. P. K. Y OTRO/A C/ V. C. A. S/ ALIMENTOS”, 19/3/21, publicado en *Revista Erreius* del 30/3/21. Cita digital: IUSJU004596F.

600 Juzgado de Primera Instancia de Familia de la Circunscripción Judicial de Rawson, “T. c/ J. s/ Alimentos” (Expte. N° 887/2017), 4/10/17. En: <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20171017080328181/alimentos-aumento-de-cuota-alimentaria-hijo-con-discapacidad-violencia-familiar-violencia-contra-la-mujer-arresto-medidas-de-coercion-persona-en-situacion-de-calle-incumplimiento-de-la-obligacion-alimentaria-violencia-economica>.

El juzgado mencionó que:

Visto el desinterés del demandado en brindar explicaciones y ejercer su derecho de defensa, valoro su silencio como un elemento de convicción suficiente para tener comprobado que no existe ninguna circunstancia económica de su parte que le impida pagar el monto de la cuota provisoria mensual fijada a fs. 27.

Nótese que siquiera se molestó en presentar una propuesta para cancelar la deuda y demostrar que terminará con la situación de mora que impide a su hijo con discapacidad afrontar en forma adecuada los distintos rubros que integran la prestación alimentaria, develando en definitiva que su única intención es burlar el curso de la justicia, y obstruir que el niño pueda solventar suficientemente sus necesidades de subsistencia y desarrollo integral.

Por último, analizaremos un fallo de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Pergamino⁶⁰¹.

En el caso, el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a una demanda de alimentos entablada por el joven F. R. N., de 33 años, asistido por su progenitora (designada como apoyo de su hijo en el juicio de determinación de la capacidad) contra su padre, el Sr. O.N., y fijó en concepto de cuota alimentaria que el demandado debe abonar mensualmente la suma de treinta mil pesos (\$ 30.000.-) y estableció, a la vez, su modo de actualización.

El alimentante apeló el fallo invocando: a) la errónea aplicación de la normativa, violentando la igualdad de las partes ante la ley, señalando que se han citado los arts. 658, 662 CCCN y que debió atenderse a lo normado por los arts. 537 a 554 del CCCN, y b) que se hayan presumido como reales todas las necesidades y gastos invocados por la parte actora cuando a su criterio no existía prueba alguna sobre los mismos y que no se haya tenido en cuenta

601 Cám. Civ. y Com. de Pergamino, causa N° 4544-22, «Campilongo, Patricia Laura c/ Nieto Osvaldo Isidro s/ Alimentos, 31/5/22, en <https://juba.scba.gov.ar>.

–por otra parte–la existencia de otra persona obligada al pago (la progenitora de F.), que a su entender se encontraba en mejores condiciones económicas para afrontar dichos gastos.

Previa intervención de la asesora de incapaces, la Cámara rechazó el recurso interpuesto, atento la obligatoria aplicación de una perspectiva en discapacidad y lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belem do Pará–, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), recordando –en orden a la crítica del señor en tanto la progenitora debía aportar económicamente para los alimentos de su hijo– que requiere una especial consideración la situación de las mujeres que tienen a su cargo el cuidado de hijos en situación de discapacidad.

En este sentido, analizó que

... la actora ha demostrado positivamente todas las prestaciones especiales que requiere su hijo F.N. debido a su patología, tanto física como intelectual y que está a cargo de su madre, acompañarlo, asistirlo y brindarle asistencia permanente, ya que no puede hacerlo solo.

Ello significa que la progenitora (aun cuando tenga ingresos como alega el actor por arrendamiento de bienes propios) se ha abocado al cuidado de su hijo F.N. y que por tal razón no puede trabajar, de tal modo que esta dedicación materna en beneficio de F. incluida la satisfacción de todos sus necesidades y requerimientos médicos ha de considerarse una contribución en especie de la madre, de toda una vida, que a mi criterio no puede medirse en dinero sino va mucho más allá y resulta impagable y no mensurable.

La lectura del fallo se recomienda, pues se ponderan expresamente el sinfín de preocupaciones y ocupaciones que debe afrontar la progenitora en un caso que es calcado de tantos que podemos conocer: viajes, controles médicos, adquisición de productos básicos, etc., sumado a la imposibilidad de

continuar con una labor remunerada en los casos en que las madres se abocan a la atención de sus hijos con discapacidad. La negativa de alimentos en estos casos tan dolorosos, y la discusión y regateo en cuanto al monto –en supuestos en que ello no supone, incluso, una dificultad seria para el alimentante– constituyen claros ejemplos de casos de violencia sutiles y habituales.

Finalmente, resulta llamativo que el Código Civil y Comercial no contempla expresamente la continuidad de la cuota alimentaria para los hijos e hijas mayores de edad con discapacidad que no puedan subsistir por sí mismos, en los mismos términos de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental. Esta es una tarea pendiente.

En efecto, si bien está previsto implícitamente en el régimen primario del matrimonio, al considerar el deber de contribución, en el artículo 455 primer párrafo, que

[l]os cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

Y el primer párrafo del artículo 461 CCCN dispone que “[l]os cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455” (arts. 520 y 521 en el caso de las uniones convivenciales), en materia estrictamente alimentaria los alimentos derivados de la responsabilidad parental se extienden hasta los 21 años (art. 658, 2do párrafo, CCCN) y luego se rigen por el capítulo de deberes y derechos de los parientes (arts. 537 y ss. del CCCN), pero con un alcance más limitado que aquellos.

Coincidimos en que, por aplicación concreta del principio de solidaridad familiar, los alimentos deberían continuar en los casos en que se trate

de personas con discapacidad imposibilitadas de solventarse económicoamente⁶⁰², y su negativa injustificada o incumplimiento constituye un supuesto de violencia económica.

4. Conclusión

Para ser constructores de paz y poner realmente a la persona como centro del derecho, es necesario visibilizar y atender con urgencia los muchos casos en que la violencia se manifiesta.

En el presente artículo, sucintamente, hemos abordado algunos supuestos de violencia a la mujer en su faz económica o patrimonial, que suele disfrazarse y pasar casi inadvertida, impactando con toda su fuerza y virulencia en la vida de tantas mujeres, horadando sus recursos y su autoestima.

A su vez, hemos analizado particularmente los casos más dolorosos: aquellos en que las mujeres víctimas de violencia se encuentran, con frecuencia, más expuestas a ella al encontrarse atravesadas por una especial situación de especial de vulnerabilidad en razón de su discapacidad o de las personas a cargo.

El tema aún no ha tenido demasiado desarrollo doctrinario ni jurisprudencial. Por eso, creemos que es necesario “entrenar la mirada” para actuar con celeridad y coordinadamente entre todos los efectores, en pos de brindar soluciones justas y posibles. La agudeza, la delicadeza y la rapidez en el estudio y resolución de estos casos deben extremarse, en definitiva, para desbaratar los entramados de dependencia que esclavizan y violentan la dignidad de la mujer.

602 Seda, J. A., “Alimentos para hijo mayor de edad con síndrome de Down”, *DFyP* 7/12/2016,146. En este sentido, resulta interesante ver también Juzgado de Familia de Tigre N° 1, “C. L. B. c/ B. J. E. s/ alimentos”, 14/7/21. Cita: MJ-JU-M-134570-AR | MJJ134570 | MJJ134570. En el caso, una mujer de 24 años con incapacidad, que se encontraba al cuidado de su madre –designada curadora suya–, solicita alimentos a su padre.

Para profundizar

Basset, Úrsula. "La violencia económica contra la mujer en la ruptura: las hipótesis menos pensadas". En *Número extraordinario: En conmemoración del Aniversario de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" de Revista: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2021, pp. 27-55.

Ortiz, Diego Oscar. "Violencia en razón del género y la salud mental de las mujeres. En *Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia* N° 103, nov. de 2022, Ed. El Derecho. Cita digital: ED-MMMMDCCXXX-922.



Ana Carolina Santi

Abogada. Especialista en Derecho de Familia (UCALP). Investigadora. Profesora asociada de Derecho de Familia y Derecho de las Sucesiones (UCALP). Docente de posgrado en diferentes universidades del país y autora de artículos y contribuciones en la especialidad. Curadora general de la Provincia de Buenos Aires.

CAPÍTULO 16

Acceso a justicia. Mujer y proceso

María Zúñiga Basset

1. Introducción

Este capítulo propone explorar las posibles situaciones de vulnerabilidad en las que se puede hallar una mujer cuando accede a la justicia. Ese camino se recorre a través de la jurisprudencia. Para explorar esa situación seleccionamos determinados elementos, como lo son la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y el deber de debida diligencia.

Queremos resaltar, antes de lanzarnos a este recorrido, que el objetivo es proporcionar diversos elementos de análisis que, desde lo procesal y en conjunción con la consideración de la posición de vulnerabilidad en la que se puede encontrar la mujer, pueden enriquecer el estudio de la situación de la mujer frente al proceso judicial.

2. Tutela judicial efectiva

Agrupamos en esta categoría toda herramienta procesal utilizada por los operadores jurídicos ante la advertencia de que la mujer se encuentra en una situación de debilidad o desventaja, a fin de paliar esta situación. Tomaremos como referencia de análisis la jurisprudencia civil⁶⁰³,

603 Entre otros: Cámara Civil Comercial Laboral y de Minería de Neuquén, Sala I, “M.F.C. c/ C.J.L s/ Compensación Económica, de fecha 06/07/2018, publicado en Rubinzal online RC J 5312/18; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 92, “M., M. E. c. D., D. s/ Fijación de Compensación arts. 524, 525 CCCN”, fallo de fecha 14/05/2021, cita online en el sitio web de La Ley AR/JUR/63615/2021; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “M. L. F. c. C. M. E. s/ Acción de Compensación Económica”, fallo de fecha

donde en diversos casos el plazo de caducidad para la acción por compensación económica fue dejado de lado y en otros fue declarado inconstitucional con fundamento en la *perspectiva de género*.

En definitiva, se busca analizar la posibilidad de que los jueces puedan modificar, para el caso particular, los aspectos procesales de un instituto del derecho de fondo en los supuestos donde los derechos de las mujeres se encuentran vulnerados.

En la mayoría de esos casos, la valoración que realizaron los jueces sobre elementos procesales cambió cuando advirtieron la situación de presunta violencia de género en la pareja. Eso justificó un alejamiento de las consideraciones jurídico-normativas para utilizar criterios que tutelaran, en su parecer, adecuadamente a la persona que se encontraba en una situación más vulnerable, como lo era la mujer.

Como complemento mencionaremos un fallo extraído de la jurisprudencia del fuero federal⁶⁰⁴ donde la consideración versa sobre la adecuación de la acción intentada, en este caso un *habeas corpus* correctivo.

A. FLEXIBILIZACIÓN DE LA CONSIDERACIÓN DE LOS PLAZOS O DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Los casos que versan sobre el cuestionamiento al plazo para peticionar la compensación económica casi siempre mencionan la *perspectiva de género* como una herramienta que permitiría advertir patrones sociológicos de discriminación sufridos por la mujer que justifican dejar de lado lo estricto del plazo fijado para pedir la compensación económica. Generalmente, como se

21/03/2022, Causa: C.124.589, cita online en el sitio web de La Ley AR/JUR/39808/2022; Juzgado de Familia N°1 de Esquel, “S., E. Y. c/ L., J. D. S / Determinación de compensación económica”, fallo de fecha 28/10/2019, disponible online en: <https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/observatorio/sentencias/SEYANONIMIZADA.pdf> (consultado el 21/08/2022).

604 Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, “Internas de la Unidad N° 31 SPF s/ *habeas corpus*”, fallo de fecha 11/08/2015, cita online en el sitio web de La Ley AR/JUR/29453/2015.

mencionó anteriormente, las mujeres que peticionaban la compensación económica extemporáneamente se encontraban en una situación de violencia, sufrida de parte de sus exparejas. Esa violencia les habría impedido una actuación adecuada⁶⁰⁵ y, por ello, peticionar en tiempo y forma. Ante ello, es decir, ante la posibilidad de que esta situación de violencia les haya impedido actuar en tiempo y forma, es necesario adecuar los medios, porque, de no hacerlo, no se estaría colocando a la víctima de esa violencia en un plano de igualdad⁶⁰⁶.

Es entonces este principio de legalidad que exige la adecuación del ejercicio de los derechos a las normas que los regulan, en línea con la tutela judicial efectiva, ya que, al fin y al cabo, mediante la *perspectiva de género* el resultado final que obtienen los jueces es otorgar el derecho pretendido por la mujer accionante. Así razona el juez Sergio Torres en un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, al referirse a que, en el caso en particular, es

... necesario (...) evitar que a través de un rigor formal que se desatienda de los hechos que componen la realidad, se genere inconscientemente una discriminación en el acceso a la justicia de la recurrente (la mujer que peticionaba poder accionar por compensación económica) para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando de esta manera la igualdad efectiva de condiciones⁶⁰⁷.

605 Cámara Civil Comercial Laboral y de Minería de Neuquén, Sala I, "M.F.C. c/ C.J.L s/ Compensación Económica, de fecha 06/07/2018, publicado en Rubinzel Online RC J 5312/18 y Juzgado de Familia N°1 de Esquel, "S., E. Y. c/ L., J. D. S / Determinación de compensación económica", fallo de fecha 28/10/2019, disponible online en: <https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/observatorio/sentencias/SEYANONIMIZADA.pdf> (consultado el 21/08/2022).

606 Juzgado de Familia N°1 de Esquel, "S., E. Y. c/ L., J. D. S / Determinación de compensación económica", fallo de fecha 28/10/2019, disponible online en <https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/observatorio/sentencias/SEYANONIMIZADA.pdf> (consultado el 21/08/2022).

607 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "M. L. F. c. C. M. E. s/ Acción de Compensación Económica", fallo de fecha 21/03/2022, Causa: C.124.589, cita online en el sitio web de La Ley AR/JUR/39808/2022.

En comentario a estos fallos, los autores se refieren justamente a la advertencia de las circunstancias que rodearon la situación de la mujer que peticiona la compensación económica extemporáneamente. Junyent de Dutari considera, sobre la base de la legislación internacional vigente en materia de derechos de la mujer y las 100 Reglas de Brasilia, que no advertir esas circunstancias significa una desprotección de la mujer que se encuentra en una situación de violencia⁶⁰⁸. En este sentido, esa misma autora cita una opinión consultiva de la CIDH, en relación con la actuación de la Justicia, que refiere que “... el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación”⁶⁰⁹.

En clave más relacionada con la perspectiva de género, Solari se refiere a que el plazo de caducidad de la acción por compensación económica desconocería dicha perspectiva, debiendo la sentencia judicial “corregir aquellas omisiones”⁶¹⁰. Es más, este autor llega a proponer que no debería existir un plazo delimitado legalmente para la acción por compensación económica, sino que ello debería ser una cuestión de apreciación judicial, caso a caso⁶¹¹.

Como conclusión de esta sección, consideramos que estos razonamientos podrían resultar justos en determinadas circunstancias, pero, precisamente, para ser justos deben estar fundamentados en circunstancias concretas y propias de la situación de cada mujer en particular que peticiona la

608 Junyent de Dutari, P. M., “Razonabilidad, género y acceso a la justicia en el cómputo del plazo de caducidad en las prestaciones compensatorias”, publicado en *DFyP* 2021 (octubre), p. 45, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/2263/2021.

609 CIDH, Opinión Consultiva 16/99, “Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, de fecha 1 de octubre de 1999, párr. 119.

610 Solari, Néstor E. L., “Perspectiva de género y compensación económica entre convivientes. La problemática de la caducidad”, publicado en *Diario La Ley*, 17/05/2022, p. 5, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/1589/2022.

611 *Ibid.*

compensación económica. En este sentido, usar como argumento la *perspectiva de género* sin conectarla con los hechos concretos, y por existir actualmente un marco legal claro en cuanto al plazo para peticionar dicha acción, podría resultar –de generalizarse este criterio– posiblemente atentatorio de la seguridad jurídica y, derivado de ello, del principio de legalidad. En todos los casos, es recomendable un criterio de prudencia, y de circunspección, que advierta el contexto propio de cada accionante para advertir posibles vulnerabilidades, y en tal caso, accionar tutelarmente y conforme a los principios de protección que existen en función de la legislación vigente, como la Ley 26.485 y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad.

B. FLEXIBILIDAD EN LA CONSIDERACIÓN SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA ACCIÓN INTENTADA

El último fallo a comentar⁶¹² de esta sección sobre tutela judicial efectiva tiene como protagonistas a un grupo de mujeres en situación de encarcelamiento que iniciaron un hábeas corpus correctivo, debido a que no se les permitía cobrar los beneficios de la seguridad social sobre sus hijos menores de edad, como lo son la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la Asignación Universal por Embarazo (AUE). Debido a que la pretensión se interpone por vía del recurso de *habeas corpus* correctivo, la acción tramita ante el fuero federal.

El magistrado de primera instancia rechaza la acción intentada por considerar que el hábeas corpus correctivo no es la vía idónea para el reclamo, que debería iniciarse “por una vía que asegure su acabado estudio”⁶¹³ (el del objeto de análisis), sin indicar cuál sería esa vía. Ante ello, las accionantes, junto con la Procuración Penitenciaria, que era coaccionante y lo mismo la

612 Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, “Internas de la Unidad N° 31 SPF s/ hábeas corpus”, fallo de fecha 11/08/2015, cita online en el sitio web de La Ley AR/JUR/29453/2015.

613 *Ibid.*, considerando segundo del voto mayoritario.

Defensoría Oficial, apelan el decisorio por considerar que, además de arbitraría por no tener suficiente fundamentación, la sentencia implica avalar el accionar discriminatorio de ANSES, que debería otorgar los beneficios.

El voto mayoritario decide confirmar la sentencia de primera instancia, por considerar que la “... urgencia en la atención de un reclamo de una persona privada de su libertad no surte, por sí misma, la procedencia de la vía del *habeas corpus*”⁶¹⁴, sumada la complejidad que advierten los magistrados que exige el tratamiento de la cuestión, los lleva a considerar que el fuenro adecuado es el de la seguridad social, al cual deberán dirigirse las accionantes.

Lo que nos interesa es el voto en disidencia del Dr. Carlos Vallefin, que va más allá de la cuestión de la procedencia de la acción para pasar a considerar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en situación de encarcelamiento con sus hijos menores de edad, a quienes la justicia, con la sentencia que estaba confirmando, estaba dejando sin respuesta.

En este sentido, dice el magistrado que rechazar la acción tal como lo hizo la primera instancia implica “... soslayar indebidamente que el cese de la situación irregular estructural que ilegítimamente agravaba la detención de las personas” y “... posterga la decisión sobre un conflicto de naturaleza alimentaria y de evidente interés público (...) afecta a una parte significativa de la población alojada en establecimientos penitenciarios federales y que involucra, además, a los hijos de las internas”⁶¹⁵. Por eso, encomienda al juez de primera instancia proveer la prueba ofrecida por las accionantes y dar intervención a la Defensoría de Menores.

Se trata, entonces, de que ante necesidades urgentes y de personas vulnerables, los operadores judiciales puedan añadir a sus razonamientos sobre temas acerca de la idoneidad de la acción y la competencia el criterio capital sobre tutelar a aquel que se encuentra en una posición de debilidad, porque la tarea del juez es esencialmente fortalecer desde el derecho. Más aún,

614 *Ibid.*, considerando tercero del voto mayoritario.

615 *Ibid.*, considerando segundo del voto del Dr. Carlos Vallefin.

nuevamente, cuando nos encontramos ante criterios de competencia o de idoneidad de la acción discutibles. Volveremos sobre los conflictos de competencia al referirnos al acceso a la justicia de la mujer víctima de violencia, que es la próxima sección.

3. Acceso a la justicia en situaciones de violencia de género

La declaración realizada por una mujer víctima de violencia de género resulta ser la puerta de acceso a la justicia para esa mujer. Este acceso, garantizado primerísimo por esas bocas de acceso como son las Oficinas de la Mujer, o de Violencia Doméstica (cuya eficiencia por eso mismo es siempre capital reforzar), es, según Yuba, "... la llave inicial para la efectividad de sus derechos; para que las víctimas 'confíen' en un sistema, en un Estado de Derecho que las proteja, evitando desalentar sus peticiones y acciones"⁶¹⁶. Es que ser víctima de violencia familiar pone a la persona en una situación de vulnerabilidad donde resulta necesario arbitrar los medios para que el acceso a la justicia se asegure y se facilite.

Por otra parte, tal como resalta la autora recién citada, el acceso a la justicia no se agota en una instancia de ingreso: reúne dentro de sí el poder sostener el trámite judicial, obtener una sentencia que responda a la petición, poder ejecutar la sentencia, etcétera.

Finalmente, el acceso a la justicia "... obliga a un contenido concreto y circunstanciado y la verificación de su existencia efectiva depende de su análisis —una vez cuestionado— de cada caso concreto"⁶¹⁷. El hecho de que el con-

616 Yuba, G., "El valor de las declaraciones de las víctimas de violencia ante la Oficina de Violencia Doméstica. Hacia el acceso a la justicia y una tutela real y efectiva", en *DJ* 26/03/2014, p. 25, cita online: AR/DOC/436/2014.

617 Zúñiga Basset, M., "Capítulo XII - Acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad", en Basset, U. C. y Santiago, A. (dirs.), *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, Editorial La Ley, 2022, tomo I.

tenido que se dé en la resolución judicial que responde a la petición sea concreto y particularizado hacia la persona que peticiona es justamente lo que propiciará el acceso a la justicia, porque –nuevamente– las mujeres víctimas de violencia confiarán en el sistema de justicia para satisfacer sus peticiones. La confianza en el sistema de justicia no hace sino retroalimentar este acceso a la justicia, garantizando a las mujeres que el resultado eficiente convoca a que la justicia sea un lugar donde obtener protección y fortalecimiento.

A fin de introducir el tema, utilizaremos un artículo en que Diego Ortiz⁶¹⁸ comenta un caso de un Juzgado de Primera Instancia de Familia de la Provincia de Chubut⁶¹⁹, en el que el magistrado a cargo de esa dependencia prohibió a la empresa que prestaba los servicios de electricidad en esa localidad que, pese al atraso que existía en los pagos, cortara el suministro de luz y electricidad en diversas dependencias judiciales. Como antecedente, se debe mencionar que la misma empresa había interrumpido el servicio en otra ciudad de la provincia del Chubut, por lo que el magistrado busca anticiparse a esa situación. En su argumentación, parte de la independencia judicial, mencionando que “... existe una estrecha relación entre independencia judicial y la infraestructura necesaria para el cumplimiento eficiente de la actividad jurisdiccional”⁶²⁰, citando para ello un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶²¹, para luego así declarar que

... el derecho de la Cooperativa a interrumpir el suministro por falta de pago de la Provincia tiene que ceder, al menos en el caso concreto, frente

618 Ortiz, D., “Cuando se concreta el acceso a la justicia a víctimas de violencia familiar”, *RDF*, nro. 3, 2016, p. 90, cita online: La Ley AR/DOC/4382/2016.

619 Juzgado de Primera Instancia de Familia nro. 3 de Rawson, “F. G. s/ violencia familiar”, fallo de fecha 01/11/2015, publicado en el sitio online de La Ley bajo la cita AR/JUR/42753/2015.

620 *Ibid.*

621 Comisión IDH, “Garantías para la independencia de las y los operadores de Justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc.44, párr. 3.

al derecho de las personas a que se haga justicia, habida cuenta que la empresa puede obtener el cobro de las sumas adeudadas promoviendo el juicio correspondiente, mientras que los justiciables carecen de cualquier otra alternativa para lograr el restablecimiento de los derechos cuya vulneración reclaman ante el Poder Judicial⁶²².

El magistrado menciona que esta decisión la toma con la conciencia de su rol, por cuanto:

Ningún juez puede permanecer de brazos cruzados ante la amenaza o vulneración de sus potestades jurisdiccionales. Es que un Poder Judicial sin la posibilidad real de garantizar su funcionamiento regular, su misma supervivencia, quedaría expuesto en los hechos a enfrentar su degradación, e inclusive, su desaparición⁶²³.

Sirve este fallo para evidenciar la necesidad de una aplicación concreta de las recomendaciones de la CEDAW, en cuanto al carácter que debe tener un buen servicio de justicia, como lo son la disponibilidad y el suministro de recursos.

Sabemos que la Ley 26.485 dedica una parte de su articulado al proceso, al exponer los derechos y garantías mínimas que deben ser garantizados a las mujeres en cualquier procedimiento judicial o administrativo. Vemos así una serie de derechos de los que es titular toda mujer que accede a un proceso de denuncia por violencia, derechos los cuales deben ser garantizados por todo operador judicial o administrativo que sea parte del trámite. La omisión de su garantía o la negativa a, por ejemplo, permitir que la mujer cuente con un acompañante de su confianza durante en la realización del trámite de denuncia, sería contraria al espíritu de la Ley 26.485, la cual, a través del reconocimiento expreso de estos derechos, busca dotar a la mujer de mecanismos de fortaleza frente a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra.

622 Juzgado de Primera Instancia de Familia nro. 3 de Rawson, “F. G. s/ violencia familiar”, fallo de fecha 01/11/2015, publicado en el sitio online de La Ley, cita AR/JUR/42753/2015.

623 *Ibid.*

Es necesario revisar en todo momento el articulado de esta ley, porque contiene artículos de gran riqueza que, aplicados de manera especializada y concreta, se materializan caso a caso para otorgar un resultado de justicia y protección.

En resumidas cuentas, en cuanto al acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género, debe existir un compromiso del Estado y sus operadores para trabajar sobre un gran número de aspectos que se han desarrollado. Esos van desde lo estrictamente jurídico-normativo, aspectos ideológicos y valorativos, hasta fácticos y materiales, que tiendan a asegurar que el acceso a la justicia en momentos tan vulnerables como aquellos en los que se encontraría una mujer frente a una situación de violencia de género, la puerta de la Justicia esté y aparezca abierta y siempre disponible, brindando la protección adecuada para cada situación.

4. Debida diligencia reforzada

Para introducir esta última sección, nos vamos a referir a un caso de la jurisprudencia civil. Se trata de un caso de denuncia por violencia familiar.

La Sra. Olga del Rosario Díaz era víctima de violencia de género por parte de su pareja. Había realizado diversas denuncias, posteriormente a las cuales había existido una reconciliación y reanudación de la convivencia. La última denuncia motiva el caso que comentamos, que había sido particularmente grave, en que la Sra. Díaz solicita una prohibición de acercamiento hacia ella y sus hijos, la exclusión del hogar y el otorgamiento de un botón antipánico. Esas medidas fueron concedidas parcialmente por un juzgado nacional civil, otorgando únicamente la prohibición de acercamiento, previa audiencia a la que fueron convocados tanto la denunciante como el denunciado en forma conjunta. La resolución que resolvió la prohibición de acercamiento fue notificada tardíamente a la Sra. Díaz, cuando ya se encontraban vencidas las medidas. Quince días después, la Sra. Díaz se presenta con patrocinio jurídico gratuito, insistiendo en la exclusión y solicitando la prórroga de la medida.

El Juzgado otorgó dichas medidas y una semana después –todo ello a cargo de la denunciante– se efectivizó la exclusión del Sr. Palavecino por medio de la fuerza policial. No se dispuso ningún otro informe ni seguimiento para la denunciante.

Veinte días después de haber sido excluido, el Sr. Palavecino, desobedeciendo la prohibición de reingreso al hogar, ingresó y apuñaló a la Sra. Díaz y a su hijo, como también al personal policial y vecinos que intentaron defenderlos. Como consecuencia de ello, la Sra. Díaz sufrió una internación crítica en cuidados intensivos y debió posteriormente atravesar rehabilitación para recuperar la función de deglución y respiratoria adecuadamente, como así también permanecer más de un mes en el hospital, con posteriores reingresos por mayores complicaciones. Enterado de dicho episodio, el Juzgado Nacional Civil no dispuso ninguna medida.

La situación vivida motivó a la Sra. Díaz a denunciar al Estado argentino ante la CEDAW por la tan ineficaz actuación del Juzgado Civil. En particular, señala que el sistema civil promovió medidas de revinculación entre ella y el victimario sin tener en cuenta el riesgo; no adoptó medidas oportunas, efectivas e idóneas; no fue oída en ninguna oportunidad; le trasladó la responsabilidad de garantizar su propia protección; y no realizó ningún seguimiento.

Fue a partir de este caso que la CEDAW crea el concepto de debida diligencia reforzada. Este deber, entonces, tiene que ver con la adopción de una serie de conductas, de actitudes positivas por parte de los operadores jurídicos a fin de proveer a la adecuada protección de las personas que son víctimas de violencia.

A. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA REFORZADA

Para comenzar a definirlo genéricamente, podemos acudir al *Diccionario panhispánico del español jurídico* y decir que es un [c]onjunto de precauciones que la ley o el buen sentido aconsejan adoptar en el desarrollo de una actividad para evitar daños previsibles” y, asimismo, un

Nivel de cuidado objetivo que, atendidas todas las circunstancias del caso, un Estado tiene el deber de desplegar en su territorio o bajo su jurisdicción y control a fin de salvaguardar un bien o interés protegido por una obligación internacional frente a conductas que puedan llevar a cabo particulares, ya sea previniendo su lesión o persiguiendo a los autores de la misma⁶²⁴.

Es decir, nuevamente, que el concepto engloba una serie de conductas que tiene que desplegar el Estado, a través de sus agentes y funcionarios, para prevenir, investigar y proteger determinados intereses que pueden sufrir vulneraciones. En este caso, el derecho en juego es el de vivir una vida libre de violencia y no sufrir ningún tipo de discriminación, amenaza o daño; y la vulneración se concreta con cualquier acto que se traduzca en esa amenaza, violencia, discriminación o daño.

Por otra parte, cuando se habla de deber de diligencia reforzada, tenemos que referirnos a la jurisprudencia y doctrina que condujeron a la elaboración del concepto. En este sentido, se ha dicho que “... se desprende de la lectura armónica de las normas internacionales que ordenan a los Estados respetar y garantizar los derechos humanos, junto con aquellas que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia”⁶²⁵. En un trabajo de recopilación realizado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres del Ministerio Público Fiscal de la Nación⁶²⁶ realizado en el año 2017,

624 Ambas definiciones extraídas del *Diccionario panhispánico del español jurídico*, elaborado conjuntamente por la Real Academia Española, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de la Lengua Española, disponible online en: *Definición de diligencia debida - Diccionario panhispánico del español jurídico*, RAE (consultado con fecha 29/07/22).

625 Casas, L. J., “Nuevos estándares en violencia de género y el deber de debida diligencia: perspectiva de género y derecho penal”, publicado en DPyC 2019 (febrero), p. 3, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/2697/2019.

626 “Jurisprudencia y doctrina sobre debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes de género”, disponible online en: *Dossier 2 - Jurisprudencia y doctrina sobre debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes de género*, 2017, Fiscales.gob.ar (consultado con fecha 29/07/22).

de la jurisprudencia y doctrina interamericana e internacional en la materia se desprenden diversos deberes que están comprendidos dentro del deber de diligencia reforzada, que vienen a confirmar lo que surge del caso introductorio. Entre otros deberes que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), el Comité CEDAW y otros organismos internacionales van señalando, incluyen:

1. Primeramente, tener un marco de protección legal adecuado.
2. Deber de prevención de la violencia de género, lo cual implica una colaboración interestatal.
3. Deber de investigación y castigo de los delitos de violencia de género de forma imparcial, efectiva y seria; deber de actuación eficaz, expedita y particularizada para cada víctima por parte de todo agente estatal que intervenga en el marco de una denuncia por violencia de género, con respeto a los derechos de la víctima.
4. Deber de actuación en todos los casos por autoridades competentes, diligentes, especializadas y sensibilizadas en la materia.
5. Responsabilidad estatal de tipo internacional por la violencia sufrida por las víctimas, lo mismo que sea perpetrada por particulares como por agentes públicos, si se prueba que no actuó con esa debida diligencia.

La clave en la ejecución de estos deberes es que en ellos cobra especial importancia el rol judicial, en tanto la efectividad de la respuesta dada a las denuncias por violencia de género se relaciona directamente con el mensaje transmitido a la sociedad sobre la intolerancia hacia las conductas de violencia de género y la confianza de las víctimas en el sistema de justicia como uno que brinda respuestas adecuadas de protección, lo que de este modo mejora el acceso a la justicia de las personas inmersas en una situación de violencia de género.

Es así como se ha dicho que la eficacia de las medidas “... tendrá a su vez un efecto expansivo, en términos preventivos, pues evitará nuevos hechos de violencia (...) y difundirá en el entramado social un mensaje de intolerancia frente a la violencia”⁶²⁷.

En ese mismo sentido, los principios de oficiosidad y celeridad adquieren particular importancia. Cabe recordar que, si hablamos del proceso de familia, fuero donde tramitan generalmente las denuncias por violencia familiar, rigen los principios de oficiosidad, inmediación, tutela judicial efectiva y amplitud probatoria, según surge de los artículos 705/710 del Código Civil y Comercial de la Nación. Por ello, es tarea de dichos operadores materializar en cada caso dichos principios en las decisiones que tomen a lo largo del caso, pues ellos son traducción de una conducta diligente para otorgar justicia en cada caso concreto. Sin embargo, esos principios deben ser aplicados por todo operador que lidie con un caso de violencia de género, sea a nivel administrativo, sea a nivel privado o a nivel judicial en otros fueros. Justamente de eso se trata el deber de debida diligencia reforzada.

De allí la necesidad de la articulación entre agentes estatales de la Administración Pública, en todos sus niveles, y los agentes judiciales y del Ministerio Público, puesto que una actuación conjunta y colaborativa, y la facilitación mediante estrategias innovadoras de esa actuación, es lo que permite que la prevención y la garantía de protección de las mujeres que sean víctimas de violencia de género realmente exista.

Finalmente, en cuanto a la capacitación, propósito que intenta este mismo capítulo, nace, en el desarrollo realizado por la CEDAW, del riesgo que

627 Spaventa, V., “Omisión de debida diligencia y responsabilidad del Estado frente a la violencia familiar contra las mujeres y sus hijos/as”, publicado en *RDF* 2019-III, p. 47, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/1345/2019.

refieren algunos autores y jurisprudencia⁶²⁸ como impeditivo de actuar con debida diligencia, que es

... una indiferencia ante los indicadores de riesgo (...) ideas subyacentes al acto de juzgar (...) como de estereotipadas: la violencia doméstica es un problema privado que debe ser resuelto por sus protagonistas sin la asistencia del Estado, la violencia de pareja es un problema entre dos personas adultas en igualdad de posiciones⁶²⁹.

Es decir, todo esto tiene que ver con la capacitación en la llamada *perspectiva de género*, que otorgaría a los operadores de justicia una visión que advierta la discriminación histórica y estructural sufrida por las mujeres, a fin de evitar que "... con una aplicación automática y mecánica del derecho se generen situaciones asimétricas de poder"⁶³⁰. Ello por cuanto no aplicar esta perspectiva, al no advertir nociones sociológicas elementales, se podría traducir en una desigualdad procesal⁶³¹.

En este punto, cabe hacer un preliminar cuestionamiento de este razonamiento. Teóricamente la *perspectiva de género* devolvería al operador jurídico

628 Ver, entre otros: CIDH Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.1. Doc. 36, 12 noviembre 2015, párr. 509, citado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres del Ministerio Público Fiscal de la Nación, realizado en el año 2017, y Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (femicidio/femicidio), ONU Mujeres, 2014, p. 37, párr. 102, disponible online en: *Dossier 2 – Jurisprudencia y doctrina sobre debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes de género*, 2017, Fiscales.gob.ar (consultado el 29/07/22); Casas, L. J., "Nuevos estándares en violencia de género y el deber de debida diligencia: perspectiva de género y derecho penal", *op. cit.*

629 Spaventa, V., *op. cit.*, p. 47, en cita a Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "G. M. A. c. Poder Ejecutivo s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", de fecha 28/11/2018, publicado con cita online en el sitio web de La Ley AR/JUR/78132/2018.

630 Casas, L. J., *op. cit.*, p. 3.

631 Solari, N. E. L., "Perspectiva de género y compensación económica entre convivientes. La problemática de la caducidad", *op. cit.*, p. 5, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/1589/2022.

a una consideración especial a hacer cuando el sujeto procesal sea una mujer, especialmente cuando esta se hallare en un contexto de violencia. Ahora bien, la mayoría de los autores que ofrecen un concepto sobre esta perspectiva de género hablan de estereotipos, de ideologías, de la discriminación estructural e histórica, pero rara vez se refieren a que esta perspectiva vuelva los ojos hacia la mujer concreta en cada caso, en torno a quien consideramos que una adecuada valoración judicial debe centrar su razonamiento para arribar a una solución justa para cada caso.

En este sentido, traemos y proponemos la perspectiva de vulnerabilidad como una que nos permite situarnos en “... la parte humana del derecho, y no en la parte del discurso de derechos”⁶³². Es decir, la teoría de la vulnerabilidad tiene la ventaja de “... posicionarnos en relación unos con otros como seres humanos”⁶³³, ello por cuanto todos, en tanto humanos con un cuerpo, somos potencialmente vulnerables, podemos ser lastimados, y ello nos permite un compromiso de fraternidad⁶³⁴. Es decir, no tiene que ver con estereotipos, ideologías o teorías, sino que tiene que visualizar a cada persona y su situación concreta, para luego volver, empatizando con el sufrimiento y la fragilidad⁶³⁵, a fortalecer desde el derecho según cada necesidad concreta.

Es que es necesario, y así nos aproximamos a un argumento conclusivo, volver los ojos a cada mujer concreta, y por eso vale la pena cuidarse de las

632 Fineman, M., “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, publicado en *Emory Law Journal*, Vol. 60, Emory Public Law Research Paper No. 10-130, disponible online en: <https://ssrn.com/abstract=1694740> (consultado el 05/07/22). La autora, jurista norteamericana de renombre, fue pionera en el desarrollo de la teoría de la vulnerabilidad.

633 *Ibid*, p. 10.

634 Basset, U., “La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema”, en Basset, U., Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferriere, J. N. (directores), *op. cit.*, p. 22.

635 Basset, U. C., “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho constitucional-convenional”, en Basset, U. y Santiago, A. (directores), *Tratado de derecho constitucional y convencional del derecho de familia y de las personas*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2022.

categorías de análisis que caigan en generalizaciones o abstracciones excesivas, y no exijan una acabada consideración sobre la situación precisa y determinada de cada mujer, y los elementos del caso. Finalmente, ello se conecta con una decisión judicial razonable que no caiga en resoluciones arbitrarias, que incluya la dimensión fáctica y la conjugue con la normativa y principios jurídicos aplicables al caso⁶³⁶. Es que la perspectiva de género podrá resultar valiosísima en muchísimos casos, pero para ello es necesario adaptarla al caso concreto.

5. Reflexiones finales

Hemos intentado proporcionar diversos elementos de análisis que, desde lo estrictamente procesal, y en conjunción con la consideración de la posición de vulnerabilidad en la que se puede encontrar la mujer, pueden enriquecer el estudio de la situación de la mujer frente a un proceso.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia pueden ofrecer herramientas que permitan, en aquellos casos en que la mujer se halla en una posición de desventaja, tender a consagrar una igualdad en el acceso a la justicia que sea real.

Como desarrollamos en la sección precedente, lo esencial de toda herramienta que busque asegurar instrumentos de garantía de igualdad procesal cuando la mujer se encuentra en situación de vulnerabilidad es que sean derivadas de comprobar, justamente, esa situación de vulnerabilidad, para que el resultado de la aplicación de las mismas brinde adecuado resultado de justicia. Por eso, y en línea con la perspectiva de vulnerabilidad que mencionamos con anterioridad, gustamos hablar en esta obra de perspectiva de mujer, una

636 Vigo, R., "Capítulo VII. Los hechos en el paradigma legalista y en el paradigma *constitutionalista*", en Vigo, R. y Gattinoni, M. (directores), *Tratado de Derecho Judicial*, Editorial Abeledo Perrot, tomo I, p. 221.

perspectiva que permita advertir la particular situación de desventaja en que se halla la mujer, para luego fortalecerla desde el derecho⁶³⁷.

Una vulnerabilidad particular, como lo es la de la mujer por el simple hecho de serlo, nos lleva a plantear la idea de interseccionalidad de la vulnerabilidad, es decir, cuando confluyen más de un factor de vulnerabilidad en una misma persona o cuando un factor de vulnerabilidad termina causando o atrayendo otro⁶³⁸, como puede darse en los supuestos donde la mujer es, también, pobre, víctima de violencia de género, migrante, o cuando está en condición de encarcelamiento, embarazada.

Pero para ver esta realidad no queda sino abrir los ojos desde una perspectiva de análisis que vaya más allá de las categorías y conceptos estrictamente jurídicos, que nos permita observar la situación concreta en la que se encuentran las mujeres, a través de la utilización eficiente de las herramientas desarrolladas.

Ese abrir los ojos, desde una posición más fraterna, más humana, nos exige –como enseña Fineman⁶³⁹– salir del discurso de derechos y entrar en la parte humana. Nos permite, a la vez, al estar descategorizado, al ser transversal –al decir de Fulchiron⁶⁴⁰–, observar a la persona en su situación propia, para dar respuestas que le sean adecuadas y eficaces.

637 Así desarrolla la perspectiva de vulnerabilidad Basset cuando se refiere a esta como una herramienta que nos permite, entre otras cosas, “una aproximación al hombre desde su interdependencia, para, desde allí, fortalecerlo”. Ver Basset, U., “La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema”, *op. cit.*, p. 19.

638 Así lo clasifica Basset, U. C. en “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho internacional”, *op. cit.*

639 Albertson Fineman, M. “The vulnerable subject”, *op. cit.*

640 Fulchiron, H., “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, *op. cit.*, pp. 3-9.

Para profundizar

Basset, Ursula C. "La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho constitucional-convencional", en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional y convencional del derecho de familia y de las personas*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2022.

Casas, Laura J. "Nuevos estándares en violencia de género y el deber de debida diligencia: perspectiva de género y derecho penal", publicado en *DPyC* 2019 (febrero), p. 3, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/2697/2019.

Machado, Claudia A. "Cuando las nuevas configuraciones de la violencia de género exigen respuestas judiciales adecuadas", publicado en *DFyP*, marzo de 2019, p. 169, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/2160/2018.

Ortiz, Diego. "Cuando se concreta el acceso a la justicia a víctimas de violencia familiar", *RDF*, nro. 3 del año 2016, p. 90, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/4382/2016.



María Zuñiga Basset

Abogada (UCA). Magíster en Derecho Judicial y Magistratura (UA). Profesora de Derecho Procesal Civil (UCA) y Familia y Sucesiones (UBA). Miembro de los proyectos de investigación "Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer" y "Modelos explicativos de la violencia" de la Facultad de Derecho (UCA). Actualmente se desempeña como jefa de Despacho en el Juzgado Nacional Civil N°23.

Superando desafíos: un abordaje integral sobre la mujer en clave de derechos humanos es una herramienta invaluable para quienes buscan entender la complejidad de los derechos de las mujeres en el debate contemporáneo. Ofrece una perspectiva integral y fundamentada sobre los desafíos venideros.

Desarrollado por el equipo de investigación de postgrados y docentes, dirigido por Ursula Basset, coordinado por Florencia Serdán y editado por Nadia Aguado Benítez, este libro ofrece un análisis profundo y detallado sobre diversos aspectos clave. Es una obra esencial para comprender la situación de los derechos de las mujeres en Argentina y en el sistema internacional de derechos humanos.

La obra analiza la situación de la mujer, en sus expectativas y responsabilidades. El impacto de la pobreza, el cuidado, el encierro, la familia, la maternidad, destacando el impacto desproporcionado de la vulnerabilidad en cada caso.