



JORNADAS JUSTICIA PENAL, GÉNEROS Y ENSEÑANZA DEL DERECHO



DOCTRINA
PENAL
FEMINISTA



INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS
EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES

INECIP y Doctrina Penal Feminista

Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho / compilación de Ileana Arduino ; Julieta Di Corleto. - 1a ed compendiada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-48401-1-0

1. Feminismo. 2. Derecho Penal. 3. Violencia de Género. I. Arduino, Ileana, comp. II. Di Corleto, Julieta, comp. III. Título.

CDD 345.001

ISBN 978-987-48401-1-0



9 789874 840110

**JORNADAS
JUSTICIA PENAL,
GÉNEROS Y
ENSEÑANZA
DEL DERECHO**



ÍNDICE 4

Presentación	9
I. Políticas públicas y sistema penal	17
Políticas públicas y justicia penal en materia de violencia de género en el ámbito intrafamiliar	19
ITALIA BORDISSO	
¿Qué pasa cuando la única respuesta a la violencia de género es el castigo? (o la oportunidad de pensar en una justicia penal feminista)	33
LUCIANA VALARELLA	
II. Aspectos críticos del funcionamiento de la justicia penal en casos de violencia de género	43
Violencia de género en el ámbito laboral y justicia penal: aportes y reflexiones	45
LUCÍA CATUOGNO	
Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación	65
PATRICIA FARALDO CABANA	
“Testigo único” y delitos contra la integridad sexual	91
EUGENIO SARRABAYROUSE	



III. Criminalización de las sexualidades **109**

El derecho penal como determinante social de la salud: un aporte empírico a la discusión sobre la penalización del comercio de sexo **111**

MERCEDES CAVALLO

Un análisis situado de los procesos de criminalización de mujeres trans y travestis en la provincia de Buenos Aires **135**

ARAMIS LASCANO

IV. Defensas penales y litigios con perspectiva de género **157**

Mujeres que se defienden frente a la violencia machista: caso María Lescano **159**

LUCIANA CAROLINA OYOLA

De la cárcel al Congreso: una investigación para que se escuchen las voces de las mujeres criminalizadas **169**

MARÍA LINA CARRERA, GLORIA ORREGO HOYOS
Y NATALIA SARALEGUI

Maternidades enjuiciadas: Criminalización de las madres por delitos de omisión y (des)protección de la niñez **185**

CECILIA HOPP

V. Garantías judiciales y juicio por jurados	199
Violencia de género y justicia imparcial	201
MARÍA LUISA PIQUÉ	
Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho	209
SIDONIE PORTERIE Y ALDANA ROMANO	
VI. Diálogos sobre enseñanza del derecho y enfoque de género	223
Género y enseñanza del derecho. Contribuciones verde violetas para transformarlo todo	225
DANIELA HEIM	
Sobre la enseñanza del derecho con perspectiva de género y la necesidad de una mirada estructural de la/s violencia/s	239
LILIANA RONCONI	
Transitando la educación jurídica desde el feminismo y la educación clínica	257
MARIELA PUGA	
Derecho, Política Judicial y Género: aprendizaje e introspección	271
JUANA MARÍA GIL RUIZ	

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

Presentación

La publicación ***Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*** se inspiró en las jornadas del mismo nombre, organizadas por el grupo de investigación “Doctrina Penal Feminista” (DPF), de la Secretaría de Investigaciones de la UBA (Decyt 1812) con el grupo de trabajo “Feminismos y Justicia Penal” (GTFJP) del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). En el contexto de la pandemia Covid-19, las jornadas se llevaron adelante en un formato virtual desde el 20 de septiembre al 21 de octubre de 2020. Durante ese período, todos los miércoles, con un enorme poder de convocatoria, nos reunimos con académicas y activistas, tanto del ámbito local como internacional, para debatir, de una manera transversal e interseccional los distintos aspectos del sistema penal. Fue un objetivo explícito asegurar que en las participaciones locales hubiera representación federal y con ello, diversidad de experiencias.

En esta obra colectiva, se reúnen algunas de las exposiciones de las especialistas en políticas públicas, de abogadas litigantes, de integrantes de la magistratura y de académicas dispuestas a revisar no solo el marco regulatorio del sistema penal y las políticas públicas que lo limitan o invitan a intervenir en espacios que podrían mantenerse alejados de la respuesta punitiva, sino también las condiciones particulares en las que se enseña el derecho en ámbitos universitarios. Es un libro que trae miradas diversas, que comparten la preocupación por cuestionar las perspectivas jurídicas estándar y que buscan develar significados sociales y culturales que condicionan identidades, opresiones y resistencias.

La primera parte del libro, ***Políticas públicas y sistema penal***, incluye los trabajos de Italia Bordisso y Luciana Vallarella. El primer texto, *Políticas públicas y justicia penal en materia de violencia de género en el ámbito intrafamiliar*, presenta los resultados de una investigación que problematiza la posición de quienes vedan la aplicación de la suspensión del proceso a prueba



en todos los casos de violencia de género. Teniendo como imperativo la búsqueda de soluciones que protejan y reparen a las víctimas de violencia de género, el trabajo sugiere que las respuestas alternativas a la sanción penal no son en sí mismas problemáticas, sino el modo en el cual se aplican. Por su parte, en *¿Qué pasa cuando la única respuesta a la violencia de género es el castigo? (o la oportunidad de pensar en una justicia penal feminista)*, Luciana Vallarella invita a que, en la discusión sobre cómo responder a la violencia de género, se sumen al diálogo otras agencias del Estado y de la sociedad civil, para así ofrecer otra gama de posibilidades a las víctimas. En este sentido, su trabajo nos permite reflexionar sobre la necesidad de descentrar la mirada respecto de los tribunales, y convocar a la discusión a especialistas en políticas públicas que ofrezcan soluciones para quienes logran hacer una denuncia y también para quienes no llegan a acercarse a la justicia.

En la segunda sección, **Aspectos críticos del funcionamiento de la justicia penal en casos de violencia de género**, se advierte que, ya sea por su exceso, su ausencia o su ambigüedad, el derecho penal puede convertirse en un obstáculo para garantizar una vida libre de violencia. Para comenzar, Lucía Mercedes Catuogno problematiza dos casos de violencia de género en el ámbito laboral que llegaron al sistema penal. *Violencia de género en el ámbito laboral y justicia penal: aportes y reflexiones* cubre un arco amplio de temáticas: desde la discusión sobre la penalización del acoso sexual en el trabajo, hasta las dinámicas que pueden darse en la tramitación de esos casos. Tras identificar una decena de procesos tramitados en el sistema penal, la autora analiza las particularidades del trámite de dos que llegaron a la instancia de juicio oral. A continuación, en *Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación*, Patricia Faraldo Cabana ofrece una relectura del “consentimiento” en los delitos sexuales. El término está sujeto a fuertes tensiones enraizadas en la disputa de sentido respecto de los actos sexuales como instancias de peligro o placer. En consecuencia, su trabajo aborda un tema con serias implicancias para los feminismos y ofrece una lectura alternativa a la del derecho penal tradicional. Finalmente, Eugenio Sarabayrouse se detiene a estudiar algunos de los problemas probatorios en el procesamiento de la violencia de género. En *“Testigo único” y delitos contra la integridad sexual*, pone en evidencia que, frente a

las dificultades probatorias específicas de estos casos, la prueba pericial podría dirimir la falsa dicotomía del “dicho contra dicho”. Para ello, sugiere, es necesario que los/las operadores/as judiciales perfeccionen la manera en la que se trabaja sobre la reconstrucción fáctica y evalúen la producción de dictámenes periciales. Sobre este punto en particular, el autor alerta sobre la importancia de repensar las condiciones de su producción y valoración.

La tercera sección, **La criminalización de las sexualidades**, comienza con la contribución de Mercedes Cavallo titulada *El derecho penal como determinante social de la salud: un aporte empírico a la discusión sobre la penalización del comercio de sexo*. Sin tomar posición sobre el alcance del consentimiento en el mercado del sexo, la autora argumenta que, en Argentina, las normas penales exponen a los trabajadores sexuales a la violencia policial y de clientes, a la vez que refuerzan un estigma preexistente y, en consecuencia, obstaculiza la atención sanitaria. Su posición invita a revisar las normas que criminalizan prácticas relacionadas con el comercio sexual. Por su parte, Aramis Lascano presenta *Un análisis situado de los procesos de criminalización de mujeres trans y travestis en la provincia de Buenos Aires*. El trabajo examina los diferentes instrumentos legales que históricamente se prestaron a la selectividad penal y se detiene a mirar con mayor detalle las prácticas de persecución por delitos de drogas. A través del despliegue de diversas claves de lectura, su texto da cuenta de cómo estas prácticas se transforman en maneras solapadas de criminalizar a usuarias habituales de drogas, a trabajadoras sexuales y a aquellas que optaron por participar de economías ilegalizadas para sobrevivir dentro de una reducida gama de alternativas.

Defensas penales y litigios con perspectiva de género, el cuarto apartado de esta publicación, está integrado por tres textos. El primero, de Luciana Carolina Oyola, titulado *Mujeres que se defienden frente a la violencia machista: caso María Lescano*, el cual tiene la singularidad de presentar los aprendizajes del litigio de un caso de legítima defensa en un contexto de violencia de género. El foco está puesto, por un lado, en las dificultades de dialogar con operadores judiciales que no son permeables a las lecturas feministas, y por el otro, en la necesidad de litigar no solo en los tribunales, sino también en los medios que reflejan y construyen la opinión pública.



El segundo trabajo, escrito por María Lina Carrera, Gloria Orrego Hoyos y Natalia Saralegui, *De la cárcel al Congreso: una investigación para que se escuchen las voces de las mujeres criminalizadas*, advierte sobre la forma en la que la persecución penal de los abortos ha cambiado de rostro amparándose en figuras como el homicidio, cuyo marco punitivo es mucho mayor. Su texto invita a la revisión permanente de las producciones feministas y muestra cómo el litigio y su revisión pueden incidir en los procesos legislativos. Finalmente, el trabajo de Cecilia Marcela Hopp, *Maternidades enjuiciadas: Criminalización de las madres por delitos de omisión y (des)protección de la niñez*, pone la lupa sobre la manera en la que el derecho penal contribuye a la privatización del cuidado de la infancia. A partir del análisis de más de 40 casos judicializados, la autora argumenta que la criminalización de las madres por no haber impedido daños contra sus hijos e hijas está completamente desconectada de la discusión relativa a la responsabilidad social sobre el cuidado de niñas y niños.

En ***Garantías judiciales y juicio por jurados***, la quinta sección de la publicación, centra la lente en debates procesales. Para comenzar, en *Violencia de género y justicia imparcial*, María Piqué propone rever las categorías tradicionales con las cuales se ha pensado la garantía de imparcialidad ya que esta retórica, argumenta, se ha erigido como un obstáculo más que impide el acceso a la justicia de las mujeres y del colectivo LGBTI. A partir de este enunciado, la autora plantea revisar la idea de que la imparcialidad exige distancia y desapego respecto del conflicto, y anima a reflexionar sobre la idea de que enunciar la perspectiva desde la cual se juzga es una manera más transparente de administrar justicia. A continuación, en *Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho*, Sidonie Porterie y Aldana Romano analizan, en términos de enfoque de género, qué cambios puede impulsar la expansión del juicio por jurados en todo el territorio nacional. Lejos de pensarlo como una herramienta capaz de intensificar la discriminación, las autoras argumentan que las dinámicas de estos procedimientos pueden ser una oportunidad en términos de género, no sólo en el trámite en sí, sino en la forma en la que se debería enseñar el procedimiento penal en las facultades de derecho.

La publicación se cierra con la sección VI, titulada **Diálogos sobre enseñanza del derecho y enfoque de género**, con los aportes de Daniela Heim, Liliana Ronconi, Mariela Puga y Juana María Gil Ruiz. Cada uno de estos trabajos reconoce que muchos de los problemas tratados en las secciones anteriores tienen un origen común: en general, las facultades de derecho brindan una deficiente formación en género. El texto de Daniela Heim, *Género y enseñanza del derecho. Contribuciones verde violetas para transformarlo todo*, analiza la situación en la Universidad de Río Negro, en la que las desigualdades en el equipo docente son notorias. Adicionalmente, ninguna de las materias propone una perspectiva de género y, en general, los programas de las materias obligatorias utilizan bibliografía que en su 90% está escrita por varones. Estos datos sirven para iluminar la marcada segregación del claustro universitario, una particularidad que se repite en otras latitudes. A su turno, en *Sobre la enseñanza del derecho con perspectiva de género y la necesidad de una mirada estructural de la/s violencia/s*, Liliana Ronconi somete a revisión los protocolos recientemente sancionados en diferentes espacios universitarios como mecanismos para prevenir y sancionar las violencias. Desde su perspectiva, más allá del avance que representan al visibilizar la discriminación de género, los protocolos fracasan en el intento de responder a las violencias estructurales. En consonancia con su crítica, la autora propone realizar transformaciones que, a pesar de que puedan demandar más tiempo y recursos, logren modificar la cultura sexista de los ámbitos universitarios. A continuación, en *Transitando la educación jurídica desde el feminismo y la educación clínicas*, Mariela Puga escribe desde un lugar singular: su experiencia docente en las clínicas jurídicas, un sitio desde el cual ha podido practicar un activismo bifronte dentro de la Universidad, la sociedad civil y la academia. Así, posicionada en el margen de los márgenes, su texto advierte que la educación clínica, además de trabajar con el potencial transformador del derecho, permite adquirir el hábito de la reflexión sobre la experiencia práctica, una herramienta esencial de los feminismos. Finalmente, Juana María Gil Ruiz ofrece una mirada introspectiva sobre su propio trabajo al frente de una cátedra. En *Derecho, Política Judicial y Género: aprendizaje e introspección* reivindica el cruce transversal de saberes trans-disciplinarios, como una forma de analizar la complejidad de la discriminación estructural y avizorar posibles soluciones.



En síntesis, esta publicación procura dar cuenta de diferentes puertas de entrada para pensar el sistema de administración de justicia penal y las formas en las que se enseña en las facultades de derecho. A su vez, cada una de sus secciones marca una agenda de trabajo que resulta heterogénea y compleja, que se vincula con debates del activismo feminista aquí y en otras latitudes. En su interior, más allá de sus singularidades, los textos tienen como premisa común que la diversidad de miradas es una plataforma necesaria y fundamental para desarticular prácticas discriminatorias. Así pues, volviendo entonces la mirada al conjunto que representa esta obra, esperamos que sea una herramienta más para ensanchar debates, construir puentes y cambiar realidades.

Los esfuerzos colectivos se alimentan del tiempo y la disposición de muchas individuales, sobre todo aquellas que aseguran mediante organización, logística en el encuentro y luego corrección y edición de estos materiales, que hayamos podido alcanzar las metas que nos propusimos. Por eso, un agradecimiento especial a Sofía Abriata, Magalí Campañó, María Fernanda García, Rosario Gauna Alsina, Victoria Gómez Almeida, Paula Malimaci, Hugo Mangione, Denisse Pepinó, Celeste Pousa, Ana Clara Schiavone y Florencia Segal.

Ileana Arduino

Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal

Julieta Di Corleto

Doctrina Penal Feminista

INECIP

Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal del INECIP



POLÍTICAS PÚBLICAS Y SISTEMA PENAL

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**I. POLÍTICAS PÚBLICAS
Y SISTEMA PENAL**

Políticas públicas y justicia penal en materia de violencia de género en el ámbito intrafamiliar

Reflexiones a partir de las prácticas de la justicia penal en torno a casos de violencia interpersonal en el marco de relaciones de parejas y exparejas. Aportes para la discusión político criminal.

ITALIA BORDISSO¹

I. Introducción

Desde el Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal de Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), en colaboración con el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), la Dirección General de Políticas de Género dependiente de la Procuración General de la Nación y la red de Abogadas Feministas realizamos un estudio exploratorio sobre cuáles son las prácticas del sistema de justicia nacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en casos de violencia de género, partiendo de la pregunta ¿Cómo se protege y repara ante las denuncias de violencia en relaciones interpersonales en los casos que no

¹ Abogada, Universidad de Buenos Aires, integrante del Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP.



van a juicio?² El punto de partida de nuestra indagación se produjo por la necesidad de verificar con datos concretos cuáles son los obstáculos que se presentan en el abordaje que hace el sistema de justicia de la problemática de violencia de género, con especial atención en cuáles son las demandas de las mujeres que denuncian estos conflictos que las tienen por víctimas.

Otro de los puntos centrales de nuestra investigación fue analizar los casos que tuvieron como respuesta la aplicación de salidas alternativas a la prisión, entendiendo por éstas al instituto de la suspensión del proceso a prueba (SPP) y su eficacia en la aplicación y control de las medidas de conducta, que tal se demostrará posteriormente, pocas veces tienen por finalidad la solución del conflicto doméstico. Este mecanismo alternativo al juicio tradicional fue analizado no solo desde su aplicación en casos concretos, sino también desde su capacidad de producir respuestas a los conflictos situados y a las necesidades específicas de las partes que en él intervienen, indagando también en las posiciones de los organismos internacionales de derechos humanos y del órgano supremo de justicia de la nación, porque es aquí donde se encuentra la grieta entre quienes consideran que a los casos de violencia de género se debe responder con la realización de un juicio oral tal como lo conocemos, y quienes pensamos que es necesario escuchar las demandas de las partes para generar una respuesta particularizada y centrada en la reparación del daño, con el horizonte puesto en la no repetición de las violencias.

El estudio exploratorio muestra también que las mujeres que recurren a los sistemas de administración de justicia buscan principalmente protección y medidas tendientes a lograr el cese de las violencias, y no el ejercicio vindicativo de la aplicación de una pena, lo que nos obligó a repensar cuál es el rol que tienen hoy las víctimas en relación con el derecho de acceso a la

2 Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). (2020). Estudio exploratorio sobre prácticas del sistema de justicia en torno a casos de violencia de género en la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires: Medidas de Protección y Gestión Alternativa a los Juicios Penales. Recuperado el 6 de 2021 [tps://inecip.org/wp-content/uploads/2020/05/Estudio-Exploratorio-Violencia-de-G%C3%A9nero-CEJA-Inecip.pdf](https://inecip.org/wp-content/uploads/2020/05/Estudio-Exploratorio-Violencia-de-G%C3%A9nero-CEJA-Inecip.pdf)

justicia para posicionarse como protagonistas en la solución o reparación del conflicto y el acceso al derecho de vivir una vida libre de violencias.

Por último, este estudio –como la realidad- pone en evidencia la crisis del sistema penal por la falta de aplicación de mecanismos alternativos a la prisión, lo que provoca un daño lo suficientemente grave en términos de eficacia institucional, que nos convoca a pensar y discutir un cambio en la política criminal.

II. Enfoque metodológico

Para realizar el “Estudio exploratorio sobre prácticas del sistema de justicia en torno a casos de violencia de género en la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires”, tomamos como antecedente el informe realizado por la Dirección de Políticas de Género de la Procuración General de la Nación: “Informe sobre violencia en las relaciones de pareja y justicia penal”³, dicho informe fue pionero en producir datos sobre esta problemática, destacando allí que el 86.4% de los casos de violencia denunciados ante la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) dependiente de la Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN) entre enero de 2015 y julio de 2017, se encuentran finalizados de la siguiente manera: el 40.8% con sobreseimiento, el 30% con archivo, el 14% con aplicación del instituto de la suspensión del proceso a prueba, en el 10.4% los jueces se declararon incompetentes y solo el 4.4% se encuentra cerrado con condena, de las cuales el 86.3% fueron por juicio abreviado y un solo caso recibió la condena mediante la realización de un juicio oral. Sobre este número de casos nos enfocamos en el análisis cualitativo de 18 expedientes y efectuamos 14 entrevistas a mujeres denunciadas.

3 Dirección de Políticas de Género de la Procuración General de la Nación. (2019). Informe sobre violencia en las relaciones de pareja y justicia penal recuperado el 6 de Julio de 2021 <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2019/04/DGPG-La-Violencia-contra-las-mujeres-en-la-justicia-penal.pdf>



III. La suspensión del proceso a prueba. Datos en torno a su aplicación en casos de violencia de género. Posición normativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Organismos Internacionales de Derechos Humanos

El instituto de la suspensión del proceso a prueba reglamentado desde el año 1994 es un modo de intervención de la justicia penal alternativo a la realización de un juicio oral y público, frente a la comisión de ciertos delitos. Los requisitos para su aplicación se encuentran regulados desde el art. 76 hasta el art. 76 quater del Código Penal de la Nación.

Entre los delitos denunciados en casos de violencias por razón del género en los que se aplicó suspensión del proceso a prueba, el estudio mostró que el 56% denunció amenazas y lesiones agravadas en forma concurrente, el 33% lesiones agravadas, el 5% solo amenazas y el 6% lesiones y desobediencias a órdenes judiciales.

Si bien este mecanismo de solución no fue pensado en sus inicios para resolver conflictos de violencia doméstica, sino más bien como una forma de descongestionar el trabajo de quienes se desempeñan en la administración de justicia, lo cierto es que desde la reforma constitucional del año 1994 donde tomaron jerarquía constitucional la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁴ (CEDAW), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará)⁵, han ingresado una mayor cantidad de casos de violencia en el ámbito doméstico que cumplidos los requisitos formales, es posible aplicar la suspensión del proceso a prueba, dando como resultado la aplicación de medidas que nadie controla, porque la finalidad del mecanismo es disminuir el trabajo de operadores judiciales antes que gestionar el conflicto interpersonal.

4 Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, conocida por sus siglas CEDAW. (1979)

5 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (Convención de Belém Do Pará). (1994)

El otorgamiento de esta medida requiere de la celebración de una audiencia que, según nuestra investigación, el 25 % de las víctimas fueron citadas a la misma sin asesoramiento y sin identificación de la respuesta esperada, existiendo una clara diferencia entre quienes recibieron algún tipo de acompañamiento por parte de la Dirección de Acompañamiento, Orientación y Protección a Víctimas (DOVIC), que en este informe fue solo el 10% quienes recibieron el acompañamiento y el 100 % consideró valiosa dicha intervención.

Asimismo, en términos generales el resultado arrojado fue que en el 40% de los casos en los que se aplicó la suspensión del proceso a prueba, las situaciones se resolvieron sin intervención protagónica de la víctima, y aquí radica uno de los problemas centrales en el abordaje de las violencias, porque el desplazamiento de las víctimas del proceso o su involucramiento superfluo atenta contra el derecho de acceso a la justicia, esto es, a ser oídas y que su palabra y su decisión, formen parte del proceso –que debiera ser de responsabilización- que implica la intervención judicial en un conflicto por violencia de género. Si este tipo de problemática social es únicamente abordada por el poder judicial, que trabaja los casos llegados a su conocimiento como expedientes que tramitan en la oscuridad de los tribunales, difícilmente podamos cumplir no solo con las demandas de quienes se acercan al sistema de justicia sino también con las leyes y mandatos nacionales e internacionales que propugnan por el derecho a vivir una vida libre de violencias.

Otros de los requisitos de la SPP es la aplicación de medidas de conducta y el ofrecimiento de la reparación del daño. Respecto de las medidas de conducta vimos que si bien el 78% guardaban relación con el hecho denunciado, solo en el 11% de los casos se dispuso alguna medida de protección para la víctima. Paralelamente existe un alto porcentaje de incumplimientos, mostrando que el 44% cumplió las medidas, mientras que un 11% las cumplió parcialmente y un 45% las incumplió, lo que deja en evidencia un déficit en el control de las medidas impuestas, que produce -generalmente- reiteración de hechos violentos y que no siempre acarrearán consecuencias claras por parte del poder judicial. La falta de control torna completamente ineficaz la medida, tanto para la víctima



en particular, como para la lucha por la erradicación de las violencias en general, por eso es necesario y urgente una política que rediseñe el control de las medidas de conductas, que se centre en el acompañamiento tanto de la víctima como del agresor y gestione el conflicto que los tiene como protagonistas, pero para ello es necesario salir de la lógica del trámite judicial y de la burocracia estatal.

Por su parte, la reparación del daño también presenta un problema importante derivado en gran medida de la propia legislación que no requiere que dicha reparación sea aceptada por la víctima, sino que la misma resulte “razonable” para el juez que interviene, por lo que se trata más bien de una reparación simbólica al solo efecto del otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba; aquí las personas que denuncian no tienen prácticamente voz para decir cómo quisieran ser reparadas, solo pueden aceptar o rechazar el ofrecimiento. En este sentido nuestro estudio arrojó que si bien en el 61% de los casos los agresores además de ofrecer una reparación económica (simbólica), ofrecieron la realización de algún tipo de tarea, las mujeres víctimas presentan una percepción de falta de justicia, lo que muestra en palabras de Débora Daich (2011): “Así, el ofrecimiento de reparación en el marco de la *probation* es más un requisito burocrático, que una instancia de desagravio”(7)⁶

IV. La mirada de Los Organismos Internacionales de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la aplicación de la suspensión del proceso a prueba en casos de violencia de género

En el año 2004 se creó el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem do Pará (MESECVI) que en el marco de su labor realizó diversos pronunciamientos en materia de violencia contra las mujeres, que en lo

6 Debora Daich (2011) Administración judicial penal de conflictos familiares Entre la “suspensión del juicio a prueba” y el “insulto moral” Recuperado el día 6 de Julio de 2021 <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/view/4612>

que aquí respecta en reiterados informes se posicionó en contra de la aplicación de mecanismos extrajudiciales, incluyendo en ellos la mediación, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

Este posicionamiento de prohibición absoluta que realiza MESECVI, presenta el problema de considerar a todos los métodos alternativos al juicio (conciliación, mediación y suspensión del proceso a prueba) como si se trataran de métodos extrajudiciales y fueran lo mismo, cuando en realidad sólo la mediación y la conciliación son métodos de negociación y prejudiciales, y la suspensión del proceso a prueba es un instituto que solo puede darse en el marco de un proceso legal. Incluso esta confusión contradice lo establecido por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que cuando aplicó por primera vez en un caso de violencia de género la Convención Belém Do Pará, en el caso “Maria da Penha vs. Brasil” (2001), estableció entre sus recomendaciones “el establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución del conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto de su gravedad y las consecuencias penales que genera”⁷.

Por su parte el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) si bien no tiene una postura exclusivamente prohibicionista como MESECVI respecto de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba para casos de violencia de género, en su Recomendación Gral. N° 35 del año 2017 establece la prohibición de obligar a remitir todos los casos de violencia de este tipo a ser resueltos mediante mecanismos extrajudiciales, indicando que es deber del Estado:

Velar por que la violencia por razón de género contra la mujer no se remita obligatoriamente a ningún tipo de procedimiento alternativo de arreglo de controversias, como la mediación y la conciliación. El uso de esos procedimientos debe regularse estrictamente y permitirse únicamente cuando una evaluación anterior por parte de un equipo especializado garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes y no existan indicadores de nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares. Los procedimientos deberían empoderar

7 Resolución de caso Maria da Penha vs. Brasil por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)(2001) recuperado el 6 de Julio de 2021 <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051a.htm>



*a las víctimas y supervivientes y correr a cargo de profesionales especialmente capacitados para comprender e intervenir debidamente en los casos de violencia por razón de género contra la mujer, garantizando la protección adecuada de los derechos de las mujeres y los niños y que dichas intervenciones se realicen sin una fijación de estereotipos ni revictimización de las mujeres. Los procedimientos alternativos de arreglo de controversias no deberían constituir un obstáculo para el acceso de las mujeres a la justicia formal.*⁸ (Recomendación D. 32. B).

En la resolución N° 33 del año 2015, el comité de la CEDAW recomienda “que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, abiertos a medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género”⁹ Incluso la propia Convención establece que el respeto de la autonomía es parte del derecho a vivir una vida libre de violencia. De ahí la necesidad de que el estado adopte medidas que le permitan a la víctima participar activamente en los procesos de justicia penal.

Luego la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) cuando dictó el fallo “Góngora” (CSJN,23/04/2013)¹⁰ consideró que aplicar la suspensión del proceso a prueba a casos de violencia de género era contrario al art 7 inciso F de la Convención Belem do Pará, específicamente el considerando 7, segundo párrafo indica: “esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un “procedimiento legal justo y eficaz para la mujer”, que incluya “un juicio oportuno” (cfr. el inciso “f”, del artículo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente.”

Esta decisión de la CSJN lejos de allanar el camino para una aplicación relativamente uniforme del derecho vigente, produjo un desorden

8 Recomendación Gral. N° 35 del comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (2017) recuperado el 6 de Julio de 2021 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

9 Recomendación Gral. N° 33 del comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (2015)

10 CSJN,Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092 (23/04/2013).

tan importante en la gestión de estos casos y en la jurisprudencia, que tenemos provincias que aplican la SPP y otras que directamente lo prohíben como es el caso de Santiago del Estero. Pero además, el hecho de omitir el análisis de la ley Nacional n° 26.485 de Protección Integral para la Mujeres, que en su art 28 establece la prohibición de mediar o conciliar en casos de violencia, la CSJN efectúa una interpretación que reduce completamente el acceso a la justicia al considerar que el juicio oral es el único procedimiento eficaz para cumplir con los estándares internacionales, criterio que resulta en procesos de revictimización, que aumentan la opresión a la que ya estamos expuestas las mujeres.

Ahora bien, sostener que la única respuesta posible del Estado a los casos de violencia de género es la realización de un juicio tradicional (oral y público) no solo es falso sino también contrario a las normas del derecho internacional que establecen la necesidad de actuar con debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer.

Este breve recorrido entre las posiciones de los diferentes organismos respecto de si aplicar o no medidas alternativas al juicio, junto con los datos arrojados por el estudio exploratorio, muestran que prohibir completamente el uso de la SPP no es sinónimo de realización de más juicios, sino de más impunidad, y que el instituto de la suspensión del proceso a prueba no es el problema central, sino su uso y aplicación, porque es una medida que gestionada con seriedad, bien aplicada y controlada podría darnos un horizonte de respuestas diversas a casos que así lo requieran, en concordancia con el cumplimiento de los derechos de la víctimas a una tutela judicial efectiva. El trabajo de Ileana Arduino (2020) sobre este tema esclarece que:

Seguir debatiendo maniqueamente en torno a respuestas alternativas si/no es inconducente, porque el planteo evade las discusiones importantes acerca de qué constituye una respuesta eficaz en términos de tutela efectiva y reparación integral, en contextos donde también es una obligación asegurar intervenciones que garanticen respeto por la autonomía.(450:452)¹¹

11 Arduino A. (2020). La respuesta penal en casos de violencia de género y el reconocimiento de la autonomía. En Kostenwein, E. (comp.). El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal. Pag (450-452). Buenos Aires. Editores del Sur.



El proceso suspensión de juicio a prueba tal como lo conocemos es revictimizante, discriminatorio y sordo de las necesidades de las mujeres, necesitamos darle realidad a la autonomía y poder de decisión a las personas afectadas por hechos violentos, un lugar activo que tenga a la reparación del daño y la disminución de la violencia como eje central.

V. Reflexiones sobre una política criminal de gestión de los conflictos de violencia de género

La política criminal actual se define mucho más por sus rutinas autoritarias que resultan poco transparentes y carentes tanto de control como de un diseño formal; es necesario adquirir una política criminal sustentada en el paradigma de la gestión de los conflictos, lo que implica en palabras de Alberto Binder (2011) “crear mediante distintos niveles de intervención, todos ellos orientados a cumplir la misma finalidad: evitar que los conflictos se resuelvan en términos de abuso de poder y con violencia”(138)¹², conforme las exigencias del principio de última ratio.

Ahora bien, los feminismos en diferentes espacios de encuentro vienen enunciando la necesidad de un abordaje integral por parte de la administración de justicia a los conflictos que nos tienen como protagonistas, para ello vemos importante establecer un enfoque mancomunado que atienda el problema de las violencias de modo interdisciplinario, donde haya escucha activa para que la solución sea particularizada, ya que uno de los problemas más importantes que presentan los casos que estudiamos es el de emplear la misma respuesta para diferentes problemas, lo que provoca el fracaso –reiteración de las violencias- de las medidas de protección que adopta el poder judicial en estos casos.

Pensar en una política criminal que contemple y haga audibles las posiciones de las partes en un conflicto penal parece hoy- donde abundan respuestas simplistas que recurren a la ampliación del sistema penal como único camino posible para el abordaje de las violencias- casi impensado, sostiene Ileana Arduino (2020) que:

¹² Alberto Binder (2011). “Análisis político criminal”

El respeto por la autonomía de las personas y la necesidad de anteponer sus intereses frente al daño padecido constituye un presupuesto ético y político con recepción jurídica, del que no se puede desentender una política criminal democrática. No se trata de someter todo a un relativismo predecible, sino de hacer de ese principio un criterio rector de las intervenciones, un sistema que garantice posibilidades de ejercer autonomía y transitar con protagonismo activo los procesos”(458)¹³.

Cuando los feminismos reclaman una reforma judicial feminista, la dirigencia política responde prácticamente en automático con la sanción de nuevas leyes o medidas que en nombre de nuestros reclamos otorgan soluciones que a los fines de nuestros intereses redundan en fracasos harto conocidos; surge a todas luces que el derecho penal no es la vía más acertada para resolver todos nuestros conflictos, en este sentido Tamar Pitch (2020) postula que la introducción de nuevos delitos son demandas que “reducen la política a una política penal y perpetúan una ilusión demasiado fuerte en la sociedad de hoy: que la justicia penal sea la panacea contra todos los males, la solución adecuada y eficaz para cada tipo de problema”(15)¹⁴, por eso es necesario que podamos ver los matices que presenta cada contexto particular; y que el tránsito por la vía judicial no represente una carga más, al contrario, el poder judicial tiene que ser una vía de responsabilización de nuestras obligaciones y de reparación de nuestros daños.

BIBLIOGRAFÍA

Arduino A. (2020). *La respuesta penal en casos de violencia de género y el reconocimiento de la autonomía*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)

¹³ Arduino A. (2020). La respuesta penal en casos de violencia de género y el reconocimiento de la autonomía. En Kostenwein, E. (comp.). El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal. Pag (458). Buenos Aires. Editores del Sur.

¹⁴ Pitch T. (2020) Feminismo punitivo. En Daich D, Varela C. (comp.). Los feminismos en la encrucijada del punitivismo. Pag (30). Buenos Aires. Biblos.



- Arduino, I. (2020) *Justicia no es igual a cárcel*. Buenos Aires. Página 12.
Recuperado el 6 de Julio de 2021.
<https://www.pagina12.com.ar/306610-justicia-no-es-igual-a-carcel>
- Arduino, I (2021) *Un sistema de justicia que tramita expedientes no gestiona conflictos, al contrario, los oculta*. Buenos Aires. El Ciudadano Web.
Recuperado el 6 de Julio de 2021
<https://www.elciudadanoweb.com/un-sistema-de-justicia-que-tramita-expedientes-no-gestiona-conflictos-al-contrario-los-oculta/>
- Binder, A. (2011). *Análisis Político Criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Astrea SAS
- Binder, A. (2017). *Derecho Procesal Penal. Tomo IV. Teoría del Proceso Composicional. Reparación y Pena. Conciliación y Mediación. Suspensión a Prueba*. Págs. 44 y siguientes. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Ad Hoc.
- CEDAW. (2017). *Recomendación general nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por lo que se actualiza la Recomendación general nº 19*. Recuperado el 6 de Julio de 2021
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>
- Cuello, N y Morgan Disalvo, L. compiladores. (2018). *Críticas sexuales a la razón punitiva*. Buenos Aires. Ediciones Precarias
- Daich, D. (2011). *Administración Judicial Penal de Conflictos Familiares. Entre la “suspensión del juicio a prueba” y el “insulto moral”*. Pág.178. Rio de Janeiro. Interseções
- Daich, D. y Varela, C.(2020). *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Biblos
- Dirección General de Políticas de Género. Procuración General de la Nación. (2018). *La violencia contra las mujeres en la justicia penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editado por Dirección de Relaciones Institucionales. Recuperado el 6 de Julio de 2021. <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2019/04/DGPG-La-Violencia-contra-las-mujeres-en-la-justicia-penal.pdf>

INECIP. CEJA. (2020). *Estudio Exploratorio sobre prácticas del sistema de justicia en torno a casos de violencia de género en la justicia nacional*.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Diego Chaparro. Recuperado el 6 Julio de 2021.

<https://inecip.org/wp-content/uploads/2020/05/Estudio-Exploratorio-Violencia-de-G%C3%A9nero-CEJA-Inecip.pdf>

Kostenwein, E. *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*. Págs. 447-461. Buenos Aires. Editores del Sur.

Pitch, T. (2020) *Feminismo punitivo*. En Daich D, Varela C. (comp.). *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Pag 30. Buenos Aires. Editorial Biblos.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**I. POLÍTICAS PÚBLICAS
Y SISTEMA PENAL**

¿Qué pasa cuando la única respuesta a la violencia de género es el castigo? (o la oportunidad de pensar en una justicia penal feminista)

LUCIANA VALLARELLA¹

I. Introducción

Los sistemas de justicia penales responden a la complejidad de los casos de violencia de género de la única manera en que saben hacerlo: aplicando de manera automática la herramienta punitiva. Otras salidas alternativas aún suelen considerarse como respuestas de baja calidad, bajo la influencia de la mala prensa que se han ganado las probation sin control y con reglas estandarizadas.

La pretensión de que todos los casos lleguen a juicio se choca con una realidad de recursos escasos, mujeres revictimizadas por el mismo sistema que debe protegerlas y esperas imposibles. Pero, y esto es lo más importante, además es de esperar que existan lineamientos claros de política criminal que establezcan distintos abordajes para la diversidad de situaciones de violencia.

Este texto pretende analizar las condiciones de posibilidad de esta premisa ciega de avanzar hacia un juicio y, a su vez, explorar otras estrategias que sean situadas, singulares y no centradas en el castigo, como un horizonte posible de justicia penal feminista.

¹ Abogada (UNR). Fiscal adjunta de la Oficina de Violencia de Género del Ministerio Público de la Acusación en la ciudad de Rosario.



II. La relación entre juicio y garantía de eficacia

Puede ser oportuno comenzar este desarrollo poniendo en crisis la relación directa que suele hacerse entre juicio como garantía de no impunidad o de eficacia de las respuestas penales en los casos de violencia de género.

Esta asimilación surge, por ejemplo, de lo resuelto en el fallo “Góngora” (CSJN, 23/04/2013). En este precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la posibilidad de aplicar una suspensión de juicio a prueba en un caso de violencia hacia una mujer al entender que el compromiso asumido por el Estado argentino al ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conduce a esta solución. Así, afirma que el sentido del término “juicio” expresado en el artículo 7 inciso f) de la norma aludida resulta congruente con el significado que, en los ordenamientos procesales, se otorga a la etapa final del procedimiento, “en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención”.

En un sentido similar, los informes de seguimiento del cumplimiento de lo establecido en la Convención de *Belem do Pará*, realizados por el mecanismo creado a tal fin, solicitan a los Estados información sobre la cantidad de sentencias donde se haya condenado al agresor por violencia contra las mujeres, no teniendo en consideración otro tipo de respuestas que podrían haberse dado. En el Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará (Organización de Estados Americanos. Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, 2017) se explicita esta decisión, diciendo que tiene relación con “alcanzar una perspectiva y un nivel de análisis que permita describir la situación de la región en torno a la impunidad que pudiese existir”.

Ahora bien, si los índices de eficacia de las respuestas de los sistemas de justicia se cuentan en sentencias condenatorias, no es una novedad decir que en los casos de violencia de género, nuestro país se encuentra en una grave falta.

En general, las condenas por hechos de género representan un porcentaje muy exiguo en relación a la cantidad de denuncias recibidas. Pero además, los tiempos de la justicia son excesivamente largos; en la ciudad de Rosario debe esperarse entre un año y medio y dos años para la realización del debate oral y público. Podrá fácilmente observarse que este plazo resulta similar al de la prescripción en un gran número de delitos que suelen ser los que con mayor asiduidad se dan en un contexto de violencia de género, por lo que las posibilidades de que el agresor denunciado sea llevado a juicio se reservan para un número reducido de supuestos.

Si se trata de un caso en que el acusado transita el proceso en libertad la respuesta de la justicia dista mucho de ser oportuna, adecuada y eficaz; casi con seguridad, si es que no se han reiterado nuevos hechos, las partes habrán buscado la manera de resolver el conflicto por su cuenta al margen de la intervención estatal, por lo que la respuesta a destiempo podría incluso generar aún más daño.

En el camino habrá quedado el grueso de situaciones donde se evidencia la “no respuesta” del Estado.

Llegados a este punto no quedan dudas de que la asociación “juicio”, “eficacia” y “garantía de no impunidad” muy lejos está de ser reflejo de lo que ocurre en los tribunales penales.

III. ¿Qué buscan las mujeres que hacen una denuncia?

En este apartado me interesa analizar si llegar a un juicio es el objeto con que las mujeres se acercan a una comisaría a denunciar a quien es o ha sido su pareja.

Al momento de realizar la denuncia por un hecho del que han sido víctimas, las mujeres ponen en conocimiento de la autoridad demandas complejas que exceden el anoticiamiento del hecho particular que han sufrido. En general lo que solicitan es la intervención del Estado para resolver la tenencia de sus hijos y su régimen de visitas, la regulación de la cuota alimentaria, cuestiones relativas a la vivienda, demandas de protección



y seguridad (INECIP, 2020)². La mayoría de las mujeres pretende intervenciones dirigidas a desactivar los momentos de conflicto ligados al consumo problemático, a la falta de responsabilidad en las tareas de cuidado, a la falta de responsabilidad económica frente al sustento de los hijos. Son muy pocas las oportunidades en que las mujeres explícitamente solicitan que su agresor sea castigado y vaya preso. La expectativa principal es no ser molestadas, poder vivir tranquilas.

Como vemos, estas demandas tienen íntima relación con las condiciones de producción de las violencias, justamente aquello a lo que no suele dar respuesta el derecho penal.

IV. La lengua del derecho

Como explica la criminóloga italiana Tamar Pitch (2003), cuando un conflicto es abordado por el sistema penal se produce una reformulación del mismo en los términos propios de la lengua penal. Esto es, en términos binarios y rígidos que establecen roles fijos: víctima como sujeto pasivo que recibe el daño y agresor como sujeto activo que lo inflinge y, entonces, debe pagar por ello. El conflicto se reduce a un asunto entre dos partes, a una cuestión de responsabilidad individual por lo hecho y con esto desaparece el trasfondo, el contexto social, político y cultural en que los hechos de violencia suceden.

Pero además el modo en el que un problema viene a ser construido está inextricablemente conectado con el tipo de solución que aparece disponible (ibídem). La intervención del sistema penal limita las respuestas posibles y la matriz punitiva será la predominante.

2 Arduino I y Pujó S. (2020). Estudio exploratorio sobre prácticas del sistema de justicia en torno a casos de violencia de género en la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, recuperado el 6 de julio de 2021 de <https://inecip.org/publicaciones/estudio-exploratorio-sobre-practicas-del-sistema-de-justicia-en-torno-a-casos-de-violencia-de-genero-en-la-justicia-nacional-de-la-ciudad-de-buenos-aires/>

Tomando palabras de Virginia Cano (2020) la herramienta punitiva no suele ser eficaz para intervenir y transformar la inequidad e injusticia en el mundo. Mucho menos para atender a la complejidad y dinamismo con que se desarrollan los casos de género. El derecho penal se transforma en una lengua pobre cuyos límites son rebasados por las condiciones en que los hechos ocurren. Sus respuestas tradicionales aplicadas en forma sistemática, burocrática y acrítica terminan encorsetando a todos: víctima, agresor y funcionario, generan más problemas y provocan más daño. Es Cano quien señala “el carácter insuficiente del marco penal para dar cuenta, comprender e intervenir en la complejidad en la que se dan las situaciones de violencia” (Cano, 2020: 82).

V. El feminismo como posicionamiento crítico

Siguiendo a Donna Haraway (1991) cuando describe al feminismo como una visión crítica consecuente con un posicionamiento crítico, entiendo que puede ser el momento oportuno de revisar aquellas estrategias que nos permitieron conseguir determinadas conquistas. Si la apelación al derecho penal sirvió para desnaturalizar las violencias, para nombrarlas como algo “injusto” que debía ser castigado, tal vez debamos revisar cuáles han sido las consecuencias de utilizar una única respuesta de manera universal y que fue aplicada en base a generalizaciones que en la realidad no son tales.

Tal vez nuestro horizonte de justicia penal feminista deba contemplar diversidad de intervenciones para las distintas formas de ser en el mundo de cada persona que denuncia y para intentar dar cuenta de esa complejidad y de esa singularidad. Construir justicia, pensando intervenciones específicas y de manera situada, que tengan más que ver con las pasiones extáticas que nos sacan de nosotres mismos y nos ligan a otros que, en definitiva, es la condición de nuestra existencia y también de nuestros problemas (Cano, 2020)³.

3 Virginia Cano (2020) en su artículo “Afecciones punitivas e imaginación política: des-bordes de la lengua penal” se pregunta cuáles son las pasiones que se movilizan con estrategias que se enmarcan en una matriz punitiva y hace referencia al miedo, el deseo de venganza, la necesidad de separación o el impulso de responsabilización individual. Por oposición, propone pensar en formas de intervención que reaviven las pasiones extáticas, esas que nos arrojan a los otros y así pensar estrategias desde la afirmación de nuestra interdependencia.



Será a partir de una escucha activa de quien ha denunciado, como condición ineludible de lo que llamamos tutela judicial, como podremos construir cada intervención puntual. Después de todo, existen más recomendaciones internacionales que nos hablan de la autonomía de la mujer y de la exigencia de su participación⁴ que aquellas que prohíben las respuestas alternativas y que lo hacen en párrafos confusos insertos en documentos que reconocen contar con poca información sobre las respuestas tomadas⁵ y los índices de impunidad.

VI. Conclusión

Este artículo es producto de una búsqueda por mejorar las propias prácticas y por generar respuestas que puedan dar cuenta de las características particulares de cada situación denunciada.

La posibilidad de concreción de este tipo de intervenciones está íntimamente ligada a la asignación de recursos suficientes para garantizar una respuesta comprometida y con real posibilidad de cambio de las realidades que atraviese.

También exige esfuerzos que no se limitan al poder judicial sino que demandan de las distintas agencias del Estado y de la sociedad civil, capacidad de generar (o de insistir en que se generen, según el caso) políticas públicas que se conviertan en la gama de respuestas disponibles para utilizar en cada intervención. La complejidad de los casos de violencia de

4 La Recomendación CEDAW Nro 33 alude a la buena calidad de los sistemas de justicia y nombra como sus atributos que se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación y abiertos a medidas innovadoras y sensibles a las cuestiones de género. Por su parte la Recomendación Nro 35 afirma que las medidas deberían aplicarse con un enfoque centrado en la víctima y concebirse y aplicarse con la participación de la mujer.

5 El Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará (2017), en su párrafo 627 reconoce que de los informes nacionales recibidos, solo siete Estados reportaron al Comité sobre la existencia de sistemas vinculados a sentencias judiciales, dictámenes de violencia intrafamiliar o a cualquier otra forma de violencia. Sobre esta base, en el punto 33 del apartado sobre las Recomendaciones del Comité de Expertas a los Estados parte, insta a la no aplicación de la suspensión de juicio a prueba y recursos de la justicia restaurativa.

género ofrece un espacio vasto disponible para la imaginación y creatividad de funcionarios públicos empapados de la realidad de las mujeres.

El objetivo es construir una justicia penal feminista que no se tranquilice con estadísticas decentes sino que sea una justicia comprometida en buscar el cambio social, sensible a las realidades diversas, que se resista a la comodidad de lo conocido y se anime a tensar esos límites.

BIBLIOGRAFÍA

Arduino I. (2017). Mecanismos de simplificación alternativos al juicio y género en el proceso penal: redefinir la discusión desde la política criminal en Di Corleto J. (Comp.), *Género y justicia penal* (pp. 265-284), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.

Arduino I y Pujó S. (2020). Estudio exploratorio sobre prácticas del sistema de justicia en torno a casos de violencia de género en la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, recuperado el 6 de julio de 2021 de <https://inecip.org/publicaciones/estudio-exploratorio-sobre-practicas-del-sistema-de-justicia-en-torno-a-casos-de-violencia-de-genero-en-la-justicia-nacional-de-la-ciudad-de-buenos-aires/>

Cano V. (2020). Afecciones punitivas e imaginación política: des-bordes de la lengua penal en Daich D. y Varela C. (Comp.), *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo* (pp 75- 89), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Biblos.

Haraway D. J. (1991). *Ciencia, ciborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, España: Gráficas Rógar S.A.

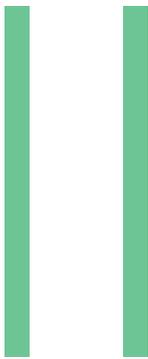


Pitch T. (2003). *Responsabilidades limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*, Buenos Aires: Ad-hoc.

Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2015). *Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, recuperado el 6 de julio de 2021 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2017), *Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer*, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19, recuperado el 6 de julio de 2021 de <http://www.scba.gov.ar/servicios/violenciafamiliar/CEDAW%20-%20Comite%20para%20la%20eliminaci%C3%B3n%20de%20la%20discriminaci%C3%B3n%20contra%20la%20Mujer.pdf>

Organización de Estados Americanos, Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (2017). *Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*, recuperado el 6 de julio de 2021 de <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico-ES.pdf>



Aspectos críticos del funcionamiento de la justicia penal en casos de violencia de género

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**II. ASPECTOS CRÍTICOS
DEL FUNCIONAMIENTO DE LA
JUSTICIA PENAL EN CASOS DE
VIOLENCIA DE GÉNERO**

Violencia de género en el ámbito laboral y justicia penal: aportes y reflexiones

LUCÍA MERCEDES CATUOGNO¹

I. Introducción

El proceso de visibilización de las diferentes formas de violencia que las mujeres y personas LGTBIQ+ sufren en nuestro país alcanzó su punto más álgido en el año 2015, gracias a las movilizaciones que se llevaron a cabo bajo la consigna #niunamenos. La frase busca enfatizar en la agresión más extrema, el femicidio, y las falencias estatales a la hora de prevenir y combatir las muertes violentas de mujeres.

El fenómeno promovió la puesta en común de experiencias, reflexiones, y resignificaciones que develaron que las prácticas violentas y acosadoras hacia las mujeres y disidencias se expresan tanto en las relaciones de pareja como en otros espacios que conforman la vida en sociedad.

Uno de esos espacios es el lugar de trabajo, cuya violencia y discriminación hacia las mujeres ha sido identificada y problematizada hace varias décadas atrás. Sin embargo, en el 2017 algunas actrices de Hollywood dieron a conocer sus experiencias en un fenómeno que se denominó #MeToo. La popularidad de las víctimas, explicada en gran parte por la industria donde se llevaron a cabo los episodios acosadores, generó una nueva ola de reflexiones sobre el acoso laboral.

¹ Abogada (UBA), Magister en Estudios Interdisciplinarios de Género (Universidad Autónoma de Madrid), Especialista en Derecho Penal (Posgrado UBA), docente del departamento de derecho penal de la Facultad de Derecho de la UBA e integrante de Doctrina Penal Feminista.



En nuestro país, el caso Thelma Fardin y el hashtag #miracomonos-ponemos, sumado a la reciente sanción del Convenio Nro. 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el acoso y la violencia en el mundo del trabajo , dieron un nuevo impulso a la temática.

En las siguientes páginas, sin desconocer que el proceso judicial, y aún el penal, es solo uno de los abordajes mediante los cuales la violencia en el trabajo puede ser abordada, buscamos aportar elementos para que las violencias en los lugares de trabajo encuentren un análisis ajustado a las expresiones y modalidades en que se presenta.

II. La violencia de género en los espacios laborales

Los espacios de trabajo no son neutrales en términos de género. Tampoco lo son respecto a la orientación sexual, etnia o clase social. A medida que las personas se alejan del denominado “sujeto universal” -es decir aquel hombre blanco, de mediana edad, propietario, de clase media/alta, sin discapacidades y heterosexual- el acceso, permanencia, estatus y distribución de beneficios comienzan a dificultarse².

La enorme repercusión que ha tenido el “me too” parece dar cuenta que tanto una actriz de Hollywood como una mujer migrante de escasos recursos o una persona trans pueden sufrir violencia o acoso durante su jornada laboral. No obstante, ciertos factores como la discriminación, la precarización laboral y el trabajo no registrado inciden en su aparición. Todas ellas son consecuencias del sistema de producción capitalista en el que vivimos, que cosifica a las personas y naturaliza desigualdades y violencias de todo tipo.

2 Esto fue advertido hace muchos años. En la Recomendación de la Comisión Europea, del 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo se afirma que “[a]lgunos grupos específicos son particularmente vulnerables al acoso sexual. Los estudios realizados en diversos Estados miembros, que documentan la relación entre el riesgo de acoso sexual y la vulnerabilidad percibida de la persona objeto del mismo, indican que las mujeres divorciadas o separadas, las mujeres jóvenes y las que se incorporan por primera vez al mercado de trabajo, las que tienen contratos laborales precarios o irregulares, las mujeres que desempeñan trabajos no tradicionales, las mujeres incapacitadas físicamente, las lesbianas y las mujeres de minorías raciales corren un riesgo desproporcionado. Los homosexuales y los hombres jóvenes también son vulnerables al acoso”.

Sin embargo, el hostigamiento no siempre tiene lugar bajo condiciones de trabajo precarias. Como veremos más adelante, a veces una rígida estratificación jerárquica favorece el abuso de poder porque quienes se encuentran en determinado contexto laboral temen ver afectadas sus carreras si denuncian públicamente lo que les ocurre o declaran a favor de la víctima.

En las organizaciones laborales sumamente jerárquicas y/o militarizadas, constantemente se está probando la lealtad hacia la institución y hacia sus superiores. La queja pone en jaque a toda la institución y quien la hace, sabe que posiblemente no reciba el apoyo necesario para afrontar las consecuencias.

Lamentablemente, la violencia en el trabajo no es inusual ni esporádica. Y si bien comparte características con la que tiene lugar en el ámbito intrafamiliar o doméstico, reúne ciertas particularidades propias del contexto en el que se desarrolla.

La necesidad de mantener el estatus masculino en el mercado de trabajo es un aspecto de la cuestión sobre el que se ha teorizado. Tamar Pitch sostiene que el trabajo es el lugar simbólico de la integración y la emancipación, por lo que el galanteo insistente, los chantajes y la violencia sexual, entre otras conductas, son algunos de los modos más eficaces de intentar mantener la distancia y el poder cuando se ven amenazados por la presencia femenina (Pitch 2003).

En la misma línea, Vick Shultz enuncia que el acoso es un medio utilizado por los hombres para mantener su posición privilegiada en el mercado laboral y no un deseo de concretar encuentros sexuales con compañeras o empleadas. De esta forma, el sexo no es la principal razón por la cual los hombres acosan a las mujeres, sino que su fundamento es el deseo de mantener los trabajos mejores pagos (Shultz 1998, 2002, 2006 y 2018).

No obstante, las explicaciones y expresiones del acoso están vinculadas al contexto en el cual tienen lugar. Pretender formular una hipótesis universal acerca de por qué acontecen necesariamente traerá aparejado desconocer las experiencias y perspectivas que la cultura, el contexto socioeconómico o las variables como raza, clase social, religión u orientación sexual, entre otras, le aportan.



Sin perjuicio de la salvedad, en líneas generales no es errado sostener que jefatura y género están unidos en una relación que perjudica a los eslabones más débiles que componen el mercado de trabajo.

Las consecuencias del acoso laboral son numerosas: infantilizan a las mujeres, obstaculizan su integración, debilita su posición en el mercado e impiden el avance en su carrera laboral. Limitan la autonomía económica y, en definitiva, la libertad de poder concretar y llevar adelante un proyecto de vida.

En Argentina los datos son escasos y parcializados por diversos motivos: la acotada visibilización de la problemática y las dificultades u obstáculos que tienen muchas mujeres para denunciar, en gran medida por miedo a las represalias o a perder el empleo (ELA y NODOS 2019)³.

El insuficiente tratamiento que tiene la temática tiene su correlato en la escasa normativa existente. Nuestro país no cuenta con una ley nacional de violencia laboral pese a que existe cierta normativa a nivel provincial⁴.

La Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (Nro. 26.485)⁵, alude a la violencia laboral contra las mujeres de modo particular, vinculándola con la discriminación. Además, enumera una serie de conductas que obstaculizan el acceso al empleo, como exigir requisitos vinculados al estado civil. También incluye el hostigamiento con miras a lograr la exclusión laboral⁶.

3 Una reciente encuesta llevada a cabo identifica estos factores como favorecedores de la violencia y acoso en los espacios de trabajo (ELA Y NODOS 2019).

4 A nivel provincial, Santa Fe (artículo 78 bis del Código de Faltas), Buenos Aires (ley Nro. 12.764), Chaco (ley Nro. 2772), Entre Ríos (ley Nro. 9671), Jujuy (ley Nro. 5349), Tucumán (ley Nro. 7232), Misiones (ley Nro. 4148) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley Nro. 1226) contienen normas que tratan la violencia en el ámbito laboral.

5 Ley 26.485. Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Boletín Oficial, 14 de abril de 2009. Argentina.

6 El Art. 6, inc. c enumera de una forma muy completa las conductas que podrían constituir violencia laboral y el artículo 11 le asigna a la Jefatura de Gabinete del Estado Nacional la tarea de impulsar políticas específicas que implementen la normativa vigente en materia de acoso sexual en la administración pública nacional y que garanticen la efectiva vigencia de los principios de no discriminación e igualdad de derechos, oportunidades y trato en el empleo público.

El decreto reglamentario de aquella norma⁷ es aún mucho más claro y específico al identificar las diferentes formas en que el hostigamiento se puede presentar en los lugares de trabajo.

La Ley de Contratos de Trabajo no cuenta con una norma sobre el acoso sexual, pero regula una prohibición general de no discriminar en base al sexo o estado civil (art. 172 de la LCT), en línea con lo previsto en el artículo 14 de la Constitución Argentina.

En el Código Penal el acoso sexual no está tipificado como delito autónomo, mientras que tampoco existe ninguna otra figura penal cuyo bien jurídico esté vinculado al bienestar de los y las trabajadoras.

En este contexto, la sanción que el Congreso Nacional otorgó al “Convenio nro. 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo” de la Organización Internacional del Trabajo, luce como alentadora respecto de la elaboración de políticas públicas acompañadas de normativa para tratar el tema que incluya al sector público y privado.

El instrumento internacional reconoce que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos y que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades. Recoge los datos que mundialmente se han recabado respecto de la violencia laboral: se afirma que afecta desproporcionadamente a las mujeres y niñas y que se debe adoptar un enfoque integrado, eliminando los estereotipos de género y las formas interseccionales de discriminación así como el abuso en las relaciones de poder por razón de género.

III. La investigación

El objetivo que guía la investigación en el marco de Doctrina Penal Feminista⁸ es conocer el tratamiento que el sistema penal le ha dado a los

7 Decreto reglamentario 1011/10. Boletín oficial, 20 de julio del 2019. Argentina.

8 DeCyT 2018-2020. Código DCT1812. Directora Julieta Di Corleto.



casos de violencia en el ámbito laboral. Es un trabajo en curso y, si bien los casos hallados no son una muestra que se considere estadísticamente representativa, ha resultado útil para acercarnos a las características de los casos de violencia en el trabajo en el sistema de justicia criminal.

En esta primera etapa, la búsqueda fue efectuada en el ámbito criminal y correccional, principalmente a través de buscadores web, en las Cámaras de Apelaciones y de Casación de todo el país.

La primera idea o reflexión que nos hemos encontrado es que existen ciertas dificultades para encontrar hechos denunciados que han tenido lugar en el marco de una relación laboral o de trabajo, principalmente por la ausencia de un tipo penal específico que delimite este tipo de episodios. En la búsqueda hubo que combinar delitos con palabras como “abuso sexual” con “empleada”, “empleador”, “autoridad” “laboral”, “trabajo” y “jefe”, y lo mismo se hizo con otras figuras penales como “coacción”, “extorsión”, “abuso”, etc.

En las diez sentencias que encontramos⁹, las víctimas eran mujeres cis y los agresores hombres. Seis de ellas fueron entre miembros de fuerzas de seguridad (policía, ejército, etc.). En dos casos, las víctimas llevaban a cabo tareas de limpieza y los agresores trabajaban con ellas. En otro episodio el agresor era un juez y en la restante se desconoce el ámbito donde tuvo lugar la agresión.

En todas ellas, el agresor tenía un cargo más alto que la víctima. En nueve de ellas, se juzgó por un hecho que fue calificado como delito contra la integridad sexual. En el episodio restante, se encuadró en la figura de amenazas coactivas.

9 TOC N° 9. Causa N° 3668 (16/03/12); CNCC, Sala VI. Causa Nro. 50690/11. “D., L. O.”(05/03/2014); CNCC, Sala VI. Nro. 4498/14, “P., H.” (03/12/2014); CFCP, Sala III. Causa N° 1449/2013, “Berón, José Jorge Oscar s/ rec. de casación” (30/05/2014); Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán. Causa N° 35395/2017, “Toledo” (19/08/2019); CFCP, Sala II. “Charlin, José Antonio s/ malversación de caudales públicos (art. 260)” (06/12/2018); TOC N° 30 de la Capital Federal. Causa N° 74506/2015/TO1 (10/05/2019); TOF N° 1 de Mar Del Plata. Causa N° 30836/2017/TO1, “Vizcarra Franco Sebastián s/ abuso sexual –art. 119 3° párrafo” (21/06/2019); Cámara Federal de Posadas. Causa N° 8183/2015/CA1, “Manrique, Julio Remberto Sobre Abuso de Autoridad y Viol. Deb.Func.Publ. (Art. 248)” (25/04/2018) y CFCP, Sala II. “S. J. A. s/ recurso de casación” (08/05/2018).

A continuación, desarrollaremos dos episodios de violencia en los espacios de trabajo. Fueron escogidos dado que reúnen ciertas características que se repiten en otros eventos objeto de estudio y transmiten las dinámicas violentas que usualmente acontecen en los espacios de trabajo.

IV. La violencia sexual

Una de las principales formas en que la violencia hacia las mujeres y disidencias se expresa en los espacios de trabajo es la sexual. Utilizada para incomodar, reafirmar las normas tradicionales de género o como elemento de intercambio en el marco de relaciones asimétricas de poder, los episodios que incluyen comportamientos de índole sexual son los grandes protagonistas en la mayoría de los análisis que se hacen sobre la violencia de género en el ámbito laboral.

Se ha teorizado sobre la centralidad que las conductas sexuales han tomado en el entendimiento de lo que es acoso y violencia en el trabajo. Se ha dicho que ha impedido visualizar otro tipo de agresiones que afectan el progreso laboral y que la sexualidad en los espacios de trabajo no siempre es perjudicial para las mujeres (Shulzt 2002, 2006 y 2018).

Sin ánimo de contrariar ambas afirmaciones, lo cierto es que tal como hemos reseñado, los delitos contra la integridad sexual han sido los que primaron en la indagación de los casos. Las explicaciones que pueden darse son solo provisionarias. Es posible pensar que estas conductas son fácilmente reconocibles por sus víctimas como contrarias a la ley y el contacto físico es un límite identificable que las anima a denunciar.

IV. A. El caso

En el marco del juicio oral llevado a cabo por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 29, el 4 de septiembre de 2013, se concluyó que el 2 de junio de 2011, aproximadamente a las 21.30 horas, E. T. G. estaba efectuando tareas de limpieza, cuando se hizo presente el acusado a dejar mercadería y, luego



de repartirla, se abalanzó violentamente sobre ella para abusarla sexualmente, actividad que cesó cuando la víctima logró escapar y encerrarse en un baño, donde permaneció hasta que el agresor abandonó la oficina¹⁰.

De las declaraciones testimoniales de la víctima, entre otros elementos, surgió que se trataba de un hecho precedido por otros que tenían lugar desde principios de aquel año. En esas ocasiones, el agresor le decía que quería tener relaciones sexuales con ella y que no se olvidara que él era el jefe y ella la empleada de limpieza¹¹.

La víctima manifestó que los compañeros con los que había compartido la situación de acoso, le dijeron que el acusado probablemente no haría nada. Comentó que una compañera la encontró llorando, que fue a hablar con la jefa de ventas y luego, con el gerente de la empresa para comentarle la situación.

Además, de la lectura de la sentencia se colige que al menos seis personas tenían conocimiento de los episodios acosadores y que desde hacía varios meses había “rumores” en torno a ello.

En primera instancia, el acusado fue condenado a cuatro años de prisión por abuso sexual, lo cual fue apelado por la defensa.

El recurso fue resuelto por la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, confirmando la sentencia condenatoria. En el apartado siguiente se analiza esa decisión.

¹⁰ CFCP, Sala III. Causa N° 1449/2013, “Berón, José Jorge Oscar s/ rec. de casación” (30/05/2014).

¹¹ Entre los pasajes del fallo que lo detallan se releva que “...la damnificada G. se refirió al acoso al que venía siendo sometida desde el verano de 2011... cuando Berón habría obtenido del sistema de la empresa el número de su teléfono celular comenzando a mandarle mensajes...”. Indicó que los mensajes “...primero eran suaves, que le ofrecía productos de Unilever, que le haría un favor... y entonces le dijo que necesitaba jabón líquido y un día le dejó eso con una nota pegada indicando que ya sabía cómo tenía que pagar... pero al día siguiente le dijo que ella pagaba las cosas con dinero y no de otro modo”, que “...los mensajes posteriores fueron subiendo de tono diciéndole que nadie se tenía que enterar, que quería estar con ella, que le gustaba todo de ella, su sonrisa, su escote, que no quería tener nada serio porque estaba comprometido, sólo sexo, que no olvidara que él era el Jefe y ella la chica de la limpieza.”

IV. B. La decisión

La Sala IV de la Cámara de Casación, al resolver el recurso que la defensa había interpuesto contra la sentencia del Tribunal Oral, confirmó la condena a cuatro años de prisión por abuso sexual gravemente ultrajante (119, tercer párrafo, inciso A del CP).

En su planteo, la defensa sostuvo que se advirtieron incongruencias graves en el relato de la denuncia. En ese sentido, afirmó que resultaba llamativo que la víctima haya zafado de su agresor pese a tener una contextura física mucho menor que él y la circunstancia de que aquella no solicitó auxilio vía telefónica, sino que se quedó esperando en el baño que el imputado se fuera. Manifestó que la condena carecía de basamento, dado que se sostenía únicamente en el relato de la denunciante y en rumores esparcidos por ella, lo cual violenta el principio de inocencia.

Los jueces revisores, afirmaron que valorar los elementos probatorios aisladamente conlleva a un absurdo, dado que deben ser apreciados en un acto único. En este caso, aquella valoración conjunta llevaba al convencimiento acerca de la culpabilidad del acusado.

En la resolución se valoró el testimonio de la víctima y la declaración de las compañeras de trabajo que daban cuenta de la situación de acoso preexistente, contrariando el argumento de la defensa acerca de la ausencia de prueba, más allá del testimonio de la damnificada.

Se destacó la solidez y coherencia que evidenciaba el relato de la denunciante, tanto en su contenido como en su inmutabilidad al haberlo mantenido inalterado durante todo el proceso.

Por su parte, la Dra. Ana María Figueroa resaltó los compromisos internacionales de derechos humanos en materia de discriminación contra las mujeres, así como también la ley 26.485 de “Protección Integral a las mujeres, para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales”.



V. El abuso de poder

En términos generales podemos identificar al acoso y hostigamiento como acciones que se producen en el marco de una relación de poder abusiva (Inmark Estudios 2006). En los espacios de trabajo esto se manifiesta en la demostración y exhibición de dominio, control y aprovechamiento de una posición privilegiada. Por eso, el acoso sexual y laboral frecuentemente van de la mano. Representan una expresión de las más variadas arbitrariedades que pueden darse en un entorno de trabajo y si bien en algunas ocasiones puede adquirir una faceta sexual, se combina o complementa con otros abusos o maltratos, en especial, cuando los avances son rechazados.

Las asimetrías de poder son factores precipitantes de este tipo de conductas. En las instituciones organizadas de una forma rígida y jerárquica, donde unas pocas personas reúnen la potestad de denegar o facilitar ascensos, vacaciones, licencias y pases a otras dependencias, los agresores echan mano a aquellos recursos para satisfacer sus deseos sexuales o sus ánimos de maltrato. También para excluir a aquellas personas que percibe como débiles, vulnerables o que no deberían estar allí.

En definitiva, la discriminación y violencia se conjuga con un factor clave, que es la discrecionalidad cuasi absoluta que los superiores poseen para decidir las condiciones de trabajo de las y los empleados o dependientes.

V. A. El caso

El caso que desarrollaremos tuvo lugar en la Policía de la Ciudad de Buenos Aires, en el año 2015. El acusado, jefe de la víctima, le envió un correo electrónico donde le decía que estaba enamorado de ella. Allí le manifestaba que si lo rechazaba, no le permitiría tampoco estar con su exmarido y que antes los mataría a los dos. Le aclaraba que no dejaría que se fuera ni que lo dejara¹².

¹² TOC N° 30 de la Capital Federal. Causa N° 74506/2015/TO1, seguida a Ricardo Raúl Ferrón (10/05/2019).

En la sentencia se consideró detalladamente el testimonio de la víctima, quien durante el juicio dio cuenta del contexto en el cual tuvo lugar la agresión. Refirió que el acusado “la pide”, por lo que la asignaron a trabajar con él, diciéndole que no se podía negar porque aquel tenía un cargo más alto. A partir del traslado, el agresor - su jefe- la llamaba constantemente, le mandaba mensajes, le hacía regalos y le profería “un trato especial”.

La víctima relató que el acusado se ofendía o se ponía mal cuando ella no le aceptaba una cena o un presente y que se aparecía en su casa sin avisar. Le decía que ella era una simple vigilante y que no podía ser que no lo aceptara, dado que él era un comisionado mayor.

Manifestó también que se enojaba cuando le pedía vacaciones y que al día siguiente se encontraba con notas diciéndole “me abandonas”. Agregó que tenía una foto de ella en el escritorio y ante el pedido de que la quitara, le respondió que no le importaba. Añadió que le hacía todo tipo de regalos carísimos a ella y a su hijo.

La víctima comentó que la situación fue agravándose hasta convertirse en acoso, al punto que no le permitía guardar sus cosas personales en los lockers que usaba el resto del personal, sino que la obligaba a dejarlos en el suyo. Si la llamaba y ella no atendía, la agredía diciéndole “atorranta” o “prostituta”. Además, le enviaba correos electrónicos inapropiados, por lo general por la tarde, cuando ella volvía a su domicilio.

Cuando decidió denunciarlo internamente, empezó el segundo tramo de sus padecimientos. La víctima comenzó a recibir llamadas en las cuáles le respiraban en el teléfono, le decían que era una puta e incluso le balearon el frente de la casa.

Relató que el acusado le arruinó la carrera, que pese a tener promedio 9,75 no la dejaban hacer el curso de ascenso y cuando finalmente se lo permitieron, tampoco pudo ascender.

La denunciante añadió que le comentó lo que sucedía a una junta médica que la evaluó, a los psicólogos de la fuerza policial y hasta un comisario, que le afirmó “que había tocado un pez gordo”. También hizo la denuncia al área de Asuntos Internos. De su relato, se advierte que comisarios,



comisionados, principales y directores, tomaron conocimiento directo de la situación. Y que incluso, poseía una denuncia previa en la que se le había suspendido el proceso a prueba al acusado por una imputación realizada por la víctima enmarcada en el delito de hostigamiento (art. 52 CC).

V. B. La decisión

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 30, el 17 de mayo de 2019, condenó al agresor a dos años y medio de prisión en suspenso e inhabilitación por igual lapso, por encontrarlo responsable de haber cometido el delito de amenazas coactivas (149 bis CP).

Entre los fundamentos se estableció la existencia de una relación jerárquica que permitió llevar a cabo este tipo de acciones de control y avasallamiento de su libertad.

El Tribunal ubicó la problemática en las fuerzas de seguridad, donde sus integrantes no son meros empleados, sino que ostentan grados y jerarquías que implican una sujeción disciplinaria a quienes ejercen cargos superiores. Sostuvieron que no cabían dudas que el imputado se manejó con discrecionalidad y arbitrariedad manifiesta. La superioridad jerárquica justificó la falta de voluntariedad de la nombrada y, de alguna forma, la dificultad para poder manejarse libremente.

Los miembros del Tribunal Oral se refirieron a los supuestos beneficios que la víctima recibía por parte del condenado. Afirmaron que existía una intencionalidad seductora detrás de esas aparentes consideraciones. Agregaron que el imputado “traslucía un evidente interés persuasivo de conquista, pero al mismo tiempo, como contracara de esa obsesión con la joven subalterna, incurría en escenas de celos y agresiones típicas de quien no es correspondido en sus sentimientos”.

Afirmaron la existencia de una situación de acoso pero concluyeron que esta oscilaba entre la seducción y el hostigamiento agresivo, con una evidente finalidad sentimental.

No enmarcaron al suceso en una situación de violencia contra las mujeres,

por lo que tampoco la perspectiva de género estuvo presente en el análisis del caso.

VI. Dinámicas

Ambos episodios nos ilustran acerca de la situación asimétrica de poder en la cual se encontraban las víctimas al momento de sufrir las agresiones o episodios de acoso, e identificarlo como un factor precipitador de este tipo de conductas. Tanto por su género, posición social, el tipo de organización laboral o la combinación de factores, en términos generales el acosador reconoce como principal objetivo a las personas que percibe como más débiles.

Aquella vulnerabilidad se agudiza en un entorno laboral en el cual la mera presencia de mujeres desafía nociones tradicionales de masculinidad y femineidad, como pueden ser las fuerzas de seguridad o, por el contrario, en situaciones en que las mujeres realizan tareas denominadas “de servicio”, donde la percepción de menor estatus de la víctima deriva de cumplir los roles socialmente asignados.

Bajo dicha óptica, las jerarquías y las concentraciones de poder son factores facilitadores de este tipo de fenómenos y limitan la capacidad de respuesta de sus víctimas.

En el relato de las trabajadoras que surge de las sentencias reseñadas, se percibe que hay una estructura que coadyuva a la impunidad de las acciones hostigadoras. No ocurrieron aislada ni abruptamente, sino que existieron una serie de alertas y presentaciones previas que fueron desestimadas u ocultadas por superiores y compañeros.

En ambos episodios se advierte que tanto pares como personas ubicadas en una posición de mayor jerarquía, tenían conocimiento de las situaciones de acoso que la víctimas padecían.

Dicho panorama pareciera revelar lo devaluada que está la voz de las mujeres. La falta de entidad otorgada a las advertencias previas y la continuación en el accionar de los agresores parecieran indicar que sus voces de denuncia o alerta no son un dato relevante a tener en cuenta.



Además, del relato de las trabajadoras puede advertirse que soportar los constantes avances por parte del jefe o superior varón parece ser una exigencia derivada de ser mujer y empleada. Ambos agresores esperaban conductas “femeninas” como la aceptación sin condiciones de mantener una relación sexual. La negación y resistencia de las víctimas pusieron en jaque ciertos aspectos de la masculinidad y jerarquía. Ante ello, los imputados llevaron a cabo acciones tendientes a reestablecerlas.

VII. El sistema penal

Las complejidades que trae aparejadas el contacto del sistema penal con las agresiones vinculadas al género de las personas han sido profusamente desarrolladas¹³.

Como argumentos principales se han subrayado sus prácticas discriminatorias, su ineficacia en la disuasión de las conductas violentas, su rigidez a la hora de brindar respuestas y su dificultad para abarcar ciertas dinámicas. Estos extremos hacen del sistema penal constante eje de críticas y reflexiones en torno a la posibilidad de su uso como herramienta para combatir conductas en las que media violencia de género.

Si tomamos los casos en que efectivamente intervino el sistema de justicia penal para analizar el fenómeno de la violencia en el ámbito del trabajo, corremos el riesgo de concluir que las únicas agresiones que tienen lugar son las de tipo sexual de un jefe o superior hacia su empleada, una mujer cis.

Esto de alguna forma reproduce la idea de que los comportamientos acosadores son producto de sujetos “desviados”, o casos aislados, lo cual invisibiliza la responsabilidad de las personas en los puestos de mando y oculta la cultura organizacional de los espacios laborales que tienden a expulsar lo que consideran extraño o ajeno.

¹³ Para adentrarse en la discusión acerca de las virtudes y defectos del poder punitivo en el tratamiento de la violencia de género propongo a Birgin, H. y Baratta, A (2000), Bergalli, R. y Bodelón, E. (1992), y Pitch, T (2014).

Por las exigencias derivadas de las garantías constitucionales -principalmente el derecho de defensa en juicio y el principio de legalidad (18 CN)- se requiere un esfuerzo máximo para individualizar los hechos, que conlleva necesariamente un recorte de la situación violenta y una concentración solo en las acciones que podrían consistir un delito penal.

Sin embargo, en términos generales, las situaciones de acoso se desarrollan en un período extendido de tiempo y por personas que tienen un vínculo con la víctima. Son diversas y reconocen intensidades y matices a medida que se desarrollan.

Hemos visto que, en ambos casos, la conducta por la cual los acusados fueron condenados es una porción de lo padecido por las víctimas, quienes relataron incidentes que van desde haber recibido balazos en la puerta de su casa hasta llamados amenazantes y barreras para ascender.

A raíz de ello, luce complejo que el derecho penal capte la dinámica del acoso laboral y pueda dar las respuestas más ajustadas a las problemáticas que se enfrenta, como por ejemplo, espacios laborales conformados de manera plural, herramientas que reduzcan el abuso de poder y la arbitrariedad en los procesos de selección y ascenso (Shulzt 2002, 2006 y 2018). Y desde ya, mecanismos que permitan denunciar sin temor a sufrir represalias.

En el segundo caso analizado, se encontró responsable al acusado por las amenazas pero no se advirtió el trasfondo discriminatorio en base al género. El tribunal se centró en la idea de “amor no correspondido” por sobre un ejercicio de poder y disciplinamiento con claros sesgos discriminatorios, que le provocaron a la víctima, entre otros padecimientos, la imposibilidad de avanzar en su carrera laboral.

Se trasluce que el juzgador considera que las acciones del imputado están vinculadas a un amor no correspondido y que los regalos y beneficios son la parte “amorosa” así como los castigos y las amenazas son la parte “agresiva” cuando, en realidad, forma todo parte de una misma dinámica: la del amo y señor, que da y quita cuando así lo desea.

La carencia de perspectiva de género hizo que no solo no pudiera detectarse el origen de la violencia sufrida por la agredida, sino tampoco las



diferentes consecuencias que tuvo en su vida social y económica.

El daño no debió ser explicado en base al rechazo de la víctima a tener una relación ni ser situado solo en términos de libertad personal, sino también en la afectación de la autonomía económica y expectativas laborales.

Ser víctima de una agresión sexual es gravísimo, pero sufrirla en el ámbito laboral por parte de un compañero o jefe denota un grado de desprotección enorme que, entre otras graves consecuencias, expulsa a las mujeres del mercado de trabajo. Un panorama poco alentador para quienes ya de por sí tienen que cargar con mayores obligaciones domésticas y de cuidado.

Bajo dicha óptica, así como se han integrado conocimientos y conceptos típicos de otras áreas en el proceso penal para tratar a la violencia doméstica¹⁴, es viable pensar en un tratamiento que refleje en mayor medida el recorrido de la violencia y la dimensión de los daños causados cuando la agresión tiene lugar en el empleo.

Es necesario pensar en el lugar de trabajo como un espacio donde las jerarquías de género tienen sus expresiones propias y donde las agresiones tienen lugar en un contexto de segregación y discriminación como es el mercado laboral.

Por otro lado, también existen estereotipos sobre este tipo de violencia que es necesario erradicar: ronda la idea de que las personas que denuncian son conflictivas, que el acoso en realidad es producto de un amor no correspondido o que siempre es posible negarse a los avances sexuales de los jefes o compañeros. Incluso, que son producto de la galantería o la seducción y no están vinculados ni deben afectar al “ambiente de trabajo”.

En definitiva, pese a reconocer los límites que la justicia penal encuentra a la hora de enfrentar manifestaciones de violencia y discriminación, proponemos tener en cuenta el perjuicio en las carreras laborales, entender al espacio de trabajo como un lugar donde las jerarquías y dinámicas de

¹⁴ Por ejemplo, las categorías provenientes de la psicología como el “*síndrome de la mujer maltratada*” elaborado por Leonor Walker (2012) o el “*círculo de la violencia*”, han sido herramientas útiles para explicar los efectos de la violencia de género.

poder se conjugan con otras vulnerabilidades y/o desventajas e incorporar una adecuada comprensión de las particulares dinámicas del acoso laboral.

VIII. Conclusiones

En las páginas que anteceden se ha buscado mostrar los inicios de una indagación acerca de la dinámica y características del acoso como expresión de violencia en los espacios laborales mediante el relato de dos casos que arribaron a la justicia penal.

El primer episodio nos invita a pensar en el acoso sexual como algo más complejo que la búsqueda de placer y más cercano a una expresión de dominación o poder que se presenta en el marco de una relación desigual. Desde esa perspectiva, en los lugares de trabajo con condiciones desfavorables o con estructuras de género muy marcadas y/o masculinidad preponderante, los estereotipos y mitos que ubican a la sexualidad femenina al servicio de los varones encuentran su cauce.

El segundo caso exhibe que sufrir violencia en el trabajo en algunos casos dificulta y en otros expulsa a la víctima de su trayectoria profesional. Hemos visto invisibilizada la violencia de género y expuesta una tradicional forma de comprender o, mejor dicho, no comprender sus manifestaciones.

Pese a compartir ciertos aspectos con la violencia doméstica, los padecimientos de las mujeres en los espacios laborales tienen características y efectos propios. Hacen que el lugar de trabajo sea percibido como peligroso y vuelve al mercado laboral sumamente hostil y excluyente.

Es posible pensar que en ámbitos más flexibles y menos autoritarios donde ingresar, irse, ser despedidos o ascender es más frecuente y menos traumático, las arbitrariedades podrían reducirse. Democratizar las relaciones laborales -las cuales en muchos casos conservan incluso las jergas del sistema militar- y generar espacios de trabajo integrados por personas de diversos géneros, orientaciones sexuales, razas y clases sociales, se presenta como un camino viable para limitar la aparición de episodios de acoso.

Los primeros acercamientos desde el sistema penal indican que las conductas violentas en los empleos son de tipo sexual de una persona con



mayor jerarquía hacia una mujer cis. De esta forma, pareciera ser que la narrativa basada en el trinomio acoso-sexualidad-poder, asociada al jefe que quiere saciar su apetito sexual con su empleada, se cumple.

Las dificultades en la recolección de información, sumado al hecho de que no es posible indagar sobre aquellas denuncias que no superaron la etapa inicial del proceso penal, constituyen elementos que nos hacen matizar aquellos datos. Pese a ello, es evidente que las personas que son percibidas como más débiles o menos poderosas, usualmente son blanco de este tipo de acciones.

Una vez acontecido o iniciado, la impunidad frente a este tipo de agresiones envía el mensaje de que es tolerado, por lo que las acciones se van agudizando.

Es indudable la dificultad del derecho penal para abarcar, erradicar o bien brindar una solución a tiempo y ajustada a las necesidades de la víctima. Pero ello no impide pensar en ciertos lineamientos tendientes a incluir en el análisis de los casos las dinámicas propias de la violencia en el ámbito laboral.

La incorporación de la perspectiva de género y conocimientos propios del hostigamiento en los ámbitos de trabajo nos permitiría comprender sus dinámicas, efectos, manifestaciones y brindar una solución más ajustada al caso.

BIBLIOGRAFÍA

Bacchi C. & Jose J. (1994). Historicising sexual harassment. En *Women's History Review*. (pp 263-270).

Bergalli, R. y Bodelón, E. (1992). *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, Anuario de Filosofía del derecho IX, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/142233>.

Birgin, H. y Baratta, A. (2000). *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos.

Comisión Europea. (1991). Recomendación 92/131/CE relativa a la

protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/87e9a68c-8deb-47a5-a8e2-e9cd5e084dfb/language-es>.

- ELA y NODOS. (2019). *Visibilicemos el acoso laboral. Encuesta sobre experiencias del acoso laboral por género en Argentina*. Buenos Aires, Argentina, disponible en <http://www.ela.org.ar/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP187&cnl=15&opc=49&codcontenido=4173&codcampo=20>.
- Inmark Estudios .(2006). *El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral*. Instituto de la Mujer- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Editorial Trotta.
- Pitch, T. (2014). *La violencia contra las mujeres y sus usos políticos*, Anales de la cátedra Francisco Suárez, Cátedra Francisco Suárez, Vol. 48.
- Schultz, V. (1998). Reconceptualizing sexual harassment. *The Yale Law Journal*, V. 107.
- Schultz, V. (2002). The sanitized workplace. *The Yale Law Journal*, V. 112.
- Schultz, V.(2006). Understanding Sexual Harassment Law in Action: What Has Gone Wrong and What We Can Do About it. *Thomas Jefferson Law Review*. Vol. 1.
- Schultz, V. (2018). Reconceptualizing sexual harassment, again. *The Yale Law Journal*, V. 128.
- Walker, L. (2012). *El Síndrome de la Mujer Maltratada*, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer Editores.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**II. ASPECTOS CRÍTICOS
DEL FUNCIONAMIENTO DE LA
JUSTICIA PENAL EN CASOS DE
VIOLENCIA DE GÉNERO**

Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación¹

PATRICIA FARALDO CABANA²

I. Introducción

El consentimiento es el elemento que marca la diferencia entre el sexo sin relevancia penal y los delitos contra la libertad sexual en el Derecho Penal español. Su ausencia ya se reconocía como un elemento necesario del delito de violación en los códigos penales del siglo XIX, que aludían como medios típicos a la fuerza o violencia, la intimidación, la privación de sentido o de razón (posteriormente, el abuso de la enajenación de la víctima) y la minoría de edad. Se partía de que la violencia, fuerza o intimidación se empleaban para vencer la voluntad opuesta de la víctima que, obviamente, no consentía, mientras que en los casos de privación de sentido o de razón la víctima no estaba en situación de consentir o era incapaz de hacerlo. Tratándose de menor de doce años, el consentimiento que eventualmente hubiera prestado era inválido por mandato de la ley.

En el Código Penal español de 1995, actualmente vigente, la ausencia de consentimiento se integra expresamente en la definición del delito de abuso sexual, que se comete “sin violencia o intimidación y sin que medie

1 Este artículo se ha escrito en el marco de los proyectos PROMETEO 2018/111 (Claves de la Justicia Civil y Penal en la sociedad del miedo), de la Generalitat Valenciana; “Política criminal y reforma penal en una sociedad en transformación” (DER2017-82390-R), del Ministerio de Ciencia e Innovación; y de la Ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia, modalidad de grupos de referencia competitiva (ED431C 2019/18).

2 Catedrática de Derecho penal, Universidade da Coruña, España. Adjunct Professor, Queensland University of Technology, Australia



consentimiento”, y de forma tácita en la del delito de agresión sexual, que se comete “con violencia o intimidación” y, se sobreentiende, sin consentimiento. En la actualidad, pues, en España es necesaria, pero no suficiente, la ausencia de consentimiento para que se pueda hablar de violación, pues se requiere que además concurra violencia o intimidación. De acuerdo con lo expuesto, se califican como abuso sexual y se castigan con una pena inferior a la que corresponde imponer por agresión sexual los casos de víctimas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de sustancias o sobre personas incapaces de resistirse, sea por incapacidad física (por ejemplo, tetrapléjicos) o psicológica (como sucede cuando se produce un bloqueo emocional). También se consideran abusos sexuales, aunque no se mencionen expresamente en la ley, los ataques sorpresivos, que no dan tiempo a la víctima a manifestar el sentido de su voluntad, así como los casos en que la expresa y no es respetada por el autor.

En ello no se diferencia mucho el Ordenamiento jurídico español del de otros países de nuestro entorno, como se desprende de la panorámica que ofreció Amnistía Internacional en 2018³. Sin embargo, a nivel comparado esta situación empezó a cambiar ya a finales del siglo XX. Una oleada de reformas legislativas ha recorrido el mundo occidental con el declarado objetivo de convertir la ausencia de consentimiento en el eje sobre el que giren los delitos sexuales, abandonando la tradicional definición de la violación sobre la base de la concurrencia de violencia, fuerza o intimidación⁴. La exigencia del empleo de estos medios por parte del autor y de resistencia por parte de la víctima se considera rechazable por partir de una concepción de la sexualidad femenina en términos del valor de la mujer

3 Sobre la definición tradicional de la violación como la imposición del acto sexual con violencia, fuerza o intimidación, y su significado para la protección de las mujeres, vid., entre otros, Estrich (1987: 27-40).

4 Se han producido reformas en esta línea, entre otros países, en Alemania, Escocia, Inglaterra y País de Gales o Suecia. Vid. sobre Alemania Hörnle (2017), sobre Escocia, Cowan (2010), acerca de Inglaterra y País de Gales, McGlynn (2010a), sobre Suecia, Nilson (2020). Hay proyectos en marcha en Dinamarca, España, Finlandia, Grecia y Portugal, entre otros países europeos.

en el mercado matrimonial⁵ y de considerar prioritario evitar falsas acusaciones de violación⁶, que, según se decía tradicionalmente, son muy fáciles de formular y muy difíciles de refutar. Al prescindir de la violencia, fuerza o intimidación, es suficiente que la víctima dé a conocer su falta de consentimiento de alguna manera reconocible para el autor, que se hace merecedor de pena cuando no respeta la negativa de la víctima. Esta posición se recoge sintéticamente en el aforismo “no es no”. En esta dirección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado la obligación positiva de los Estados de castigar todo sexo no consentido, y no solo el que se produce gracias al empleo de violencia física⁷.

Los movimientos feministas han promovido las reformas legales que ponen el consentimiento en el centro de la definición de la violación porque las interpretan como un cambio progresista que favorece la protección de las mujeres (Schulhofer, 1998: 254; Henderson, 1993: 64; Estrich, 1987: 103)⁸ e, indirectamente, también de otros grupos marginados por la moral sexual

5 De lo que es prueba la agravación de algunos códigos penales históricos cuando la víctima era mujer casada (con otro), la impunidad (legal o de facto) de la violación dentro del matrimonio, o su atenuación, la eficacia del matrimonio entre autor y víctima como causa de levantamiento o de atenuación de la pena, la obligación de dotar a la víctima si el autor no se casaba con ella, la posibilidad de que denunciaran el delito no solo la víctima, sino también sus padres, hermanos, abuelos, tutor o curador, etc.

6 Preocupación que se observa ya tempranamente. De ahí que se exigiera la presencia de signos de lucha que corroboraran el relato de la víctima y se considerara razonable la exención marital (Hale, 1736: 635). Al respecto, vid. Rumney (2006: 128) o Lees (1996: 110).

7 TEDH. Caso MC v Bulgaria, 40 EHRR 20 (2005). Sobre el significado de esta sentencia, vid. Conaghan (2005) y Erikson (2011).

8 En este trabajo se parte de la violación como un delito que cometen hombres contra mujeres y niñas. Con ello no se pretende negar la realidad de la violación de hombres y niños, y menos aún minimizar su gravedad. Sin embargo, estos supuestos no solo son menos frecuentes, sino que tienen características propias que los distinguen de los casos más habituales de víctimas femeninas, características que no pueden ser atendidas en este momento.



dominante⁹. Pero no es fácil determinar qué es el consentimiento, un concepto que se puede llenar de muy distinto contenido (Cowan, 2007: 53), como demuestra la doctrina internacional y comparada que ha explorado extensamente la nueva definición de la violación como penetración sexual no consentida¹⁰. Y es que, aun suponiendo un avance respecto de la regulación anterior, también esta posición ha sido objeto de críticas, porque ha resultado en la desprotección de muchas mujeres incapaces de manifestar su falta de consentimiento o de probarla en el juicio. Por ello, en los últimos años se ha propuesto ir más allá y exigir, no ya la manifestación de la ausencia de consentimiento (“no es no”), sino la de su concurrencia (“solo sí es sí”), de forma que el autor se haga merecedor de pena cuando actúe sin que la víctima haya dado a conocer, de alguna forma reconocible para él, su aquiescencia. E incluso se va más allá, pues en los últimos años se propone por un sector doctrinal un paradigma comunicativo que, partiendo del consentimiento afirmativo, pretende que se preste más atención a las circunstancias concurrentes que pueden limitar la libertad y autonomía de las mujeres, de forma que incluso un sí expreso pueda ser interpretado en algunos casos como una negativa. En esta línea, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (en adelante, Convenio de Estambul) obliga a las partes a centrar la definición de la violación en la ausencia de consentimiento, y exige que este se preste voluntariamente, como manifestación del

9 Al situar el consentimiento como el marcador que distingue las relaciones sexuales atípicas, se sienta también un precedente difícil de ignorar a la hora de plantearse la criminalización de ciertos comportamientos sexuales consentidos, pero rechazados por la moral religiosa, como el sexo anal o las relaciones homosexuales. De ahí que el modelo consensual también haya recibido apoyo por parte de los movimientos de defensa de los derechos de las personas homosexuales y otras minorías sexuales.

10 Vid., entre muchos otros que se podrían citar aquí, Rumney (2001: 898 ss.), Finch y Munro (2003), Power (2003), Rumney y Morgan-Taylor (2004), Temkin y Ashworth (2004), Munro (2005, 2008), Cowan (2007), Elliot y De Than (2007), Card y Gillespie (2008), Card et al. (2008: 47 ss.), Buchhandler-Raphael (2011); Dempsey (2013), Gruber (2016, 2017), Palmer (2017: 47 ss.), Schulhofer (2017).

libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes¹¹.

Estas propuestas, si bien tienen en común su alejamiento de la definición tradicional de la violación sobre la base de la violencia, la fuerza o la intimidación, se distinguen por cómo delimitan, si es que lo hacen, el consentimiento o su ausencia y, por tanto, también se diferencian por cómo determinan el acceso al cuerpo femenino: si el modelo consensual parte de la disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no (Dripps, 1992; Estrich, 1987: 103), tanto el consentimiento afirmativo como el modelo comunicativo parten del supuesto contrario, la indisponibilidad por principio salvo que la persona manifieste su asentimiento (Schulhofer, 2017: 670; 1998: 271; 1995: 2181), de forma que el silencio, la sumisión, el sometimiento y la pasividad no cuentan como expresión del consentimiento. A continuación, se analizan las ventajas y desventajas tanto del modelo consensual como del comunicativo. Para hacerlo se ha utilizado casi exclusivamente literatura anglo-americana. El objetivo es contribuir a la discusión sobre la definición de la violación que se está produciendo en estos momentos tanto en España¹² como en varios países de Latinoamérica mediante la toma en consideración del debate sobre consentimiento, autonomía y violación que, desde finales del siglo XX, ha agitado las aguas de nuestro entorno socio-cultural.

-
- 11 Convenio de Estambul. Artículo 36: “1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:
- a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
 - b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
 - c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.
2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.
3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”.

- 12 Sobre la que ya me he pronunciado en Faraldo Cabana y Ramon Ribas (2018), y en Ramon Ribas y Faraldo Cabana (2020). Vid. también Faraldo Cabana (2019a, 2019b).



II. La violación como penetración sexual no consentida del cuerpo de otra persona: el modelo consensual

La superación del modelo decimonónico, tradicional, de violación basado en el empleo de violencia, fuerza o intimidación supone dar entrada al modelo consensual, esto es, a una nueva configuración de la violación como un delito que se comete sin consentimiento de la víctima. Esto significa que para que se produzca la violación es necesario que la persona manifieste su oposición, verbalmente o de cualquier otra forma reconocible para el autor, y que este no la respete, lo que se expresa a través del aforismo “no es no”. No se necesita más que eso, esto es, no se precisa ni que el autor ejerza violencia o intimide a la víctima ni que esta oponga resistencia física una vez expresada su negativa.

Ahora bien, es necesario subrayar que la construcción de la violación en torno a la manifestación de la ausencia de consentimiento obliga a la víctima a decir que no o a expresar esa negativa de alguna otra forma. Ello supone cargar a la víctima con la responsabilidad de lo sucedido cuando no es capaz de expresar su negativa, sea porque queda psicológicamente bloqueada por el shock o el miedo¹³, sea porque es incapaz de expresarse, resistir o huir por el estado etílico en el que se encuentra, el consumo de drogas o cualquier otra circunstancia limitante. En estos casos, su incapacidad para manifestar su negativa se interpreta por los jueces y tribunales como consentimiento, cuando en realidad es sometimiento y sumisión, como también lo es cuando las circunstancias que rodean el consentimiento eventualmente prestado son tales que impiden hablar de una voluntad libre. Además, incluso cuando la víctima es capaz de expresar su negativa, ese “no” es trivializado por los prejuicios sexistas existentes en la sociedad, como cuando se dice que las mujeres dicen que no cuando

¹³ La parálisis involuntaria en situaciones de peligro ha sido ampliamente documentada y es objeto de estudio desde los años 70 (Suárez y Gallup, 1979). Más recientemente, vid. Möller et al. (2017) y Kalaf et al. (2017).

quieren decir sí¹⁴, o cuando se atribuye a los hombres un desmedido apetito sexual, que les lleva a tomar la iniciativa y a insistir incluso tras un rechazo inicial, y se supone que las mujeres no lo tienen, por lo que se muestran remisas o reticentes (vid. al respecto, entre otros, Humphreys, 2004; Wiederman, 2005: 497-498).

Por estos motivos, entre otros, se ha dado un paso más en este modelo consensual, pasando del “no es no” al “solo sí es sí”. La fórmula del consentimiento afirmativo incorpora, en el fondo, una obviedad: solo habrá ejercicio libre de una actividad sexual si esta es consentida por las partes; no necesariamente deseada, pero sí, al menos, aceptada como manifestación de una decisión libre. Pero se afirma que es preciso subrayarlo, pues en la práctica existe un muy extendido desprecio por la voluntad de las mujeres. La postura feminista a favor del consentimiento afirmativo ha sido ridiculizada por sus oponentes y por una parte importante de la sociedad, apoyada por un sector de los medios de comunicación. Se ha bromeado sobre la necesidad de tener un notario en el dormitorio, de prestar el consentimiento a través de una app o sobre la incomodidad de verse obligado a preguntar cada dos por tres a la pareja si se sigue o no. Se olvida que no es preciso un sí verbal, ni un documento escrito ni, mucho menos, una escritura notarial (al margen de su revocabilidad en cualquier momento). Lo que importa del consentimiento afirmativo es que no es posible seguir ignorando si, en realidad, una persona consiente o no en participar en una actividad sexual. Debe haber signos inequívocos que expresen con claridad la voluntad de la persona, que esta consiente participar en la actividad sexual. No hay silencio si, pese a no haber palabras, las acciones, expresiones o gestos evidencian que no hay voluntad de participar. Hay verdadero silencio cuando faltan todos ellos, y entonces, el silencio tiene un sentido. Debe interpretarse como una negativa. El modelo del consentimiento afirmativo en materia sexual cumple, en suma, una función de pedagogía social. En caso de silencio, o de duda, debe

¹⁴ Cfr. Muehlenhard y Rogers (1998), que resaltan que la gran mayoría de las personas que dicen que “no” en realidad quieren decir justamente eso. Este estereotipo puede ocasionar errores en la interpretación de la negativa. Vid. al respecto, entre otros, Osman (2003) y Emmer-Sommer (2015).



entenderse que no hay consentimiento. Se produce, pues, un cambio de paradigma: el silencio, la sumisión y la inexpresividad no deben entenderse como consentimiento, sino, justamente, como su ausencia.

El consentimiento afirmativo ha recibido una entusiasta acogida por buena parte del movimiento feminista (Williams Jiménez, 2020: 154; Schulhofer, 2017; Macaulay Millar, 2008: 39-40; Anderson, 2005). Se ha recogido ya en algunos Ordenamientos y está en vías de ser aprobado en otros, como el español. Pero, como veremos, no está exento de críticas.

III. Críticas al modelo consensual

Un importante sector de la doctrina feminista entiende que el modelo consensual, basado en la necesidad de que la víctima manifieste sea su negativa sea su aceptación expresa, no es una forma adecuada de distinguir las relaciones sexuales de la violencia sexual¹⁵.

Se ha dicho, en primer lugar, que el sujeto que consiente es el epítome del sujeto racional liberal (Munro, 2008: 923). En el discurso liberal, el consentimiento se ha asociado históricamente a nociones como la autonomía y la libre elección (Hurd, 1996: 123)¹⁶. Es el mecanismo por el que un sujeto ejerce su autonomía confiriendo ciertos derechos a otra persona o asumiendo obligaciones. En las relaciones sexuales, el consentimiento permite que el sujeto controle el acceso de otras personas al propio cuerpo. En concreto, las mujeres controlan el acceso de los hombres a su cuerpo, lo que se concibe como un reconocimiento de la autonomía y libertad de elección de las mujeres, al romper la caracterización patriarcal de las mujeres como meros anexos o seres dependientes del varón (Reynolds,

¹⁵ A continuación, se exploran estas críticas, teniendo en cuenta que quienes las hacen entienden, en cualquier caso, que el modelo consensual, con todas las objeciones que plantea, es mejor que el anterior, basado en el uso de violencia, fuerza o intimidación, pero también que debe entenderse como un sistema de transición hacia un concepto más revolucionario (Palmer, 2017: 16 ss.).

¹⁶ Críticamente, vid. Dempsey (2013: 12-15). Habla de los efectos “transformadores” del consentimiento, Green (2020: 25), con ulteriores referencias bibliográficas.

2015: 197)¹⁷. Ahora bien, este modelo invoca un dualismo cartesiano en el que cuerpo y mente están separados (críticamente, Lacey, 1998a, 1998b: 117; Cowan, 2007b: 94-97). La autonomía se construye como un proceso cognitivo de reflexión y elección racional que oculta el papel central que juegan en las decisiones humanas las sensaciones, las emociones y la realidad corporal, física, en particular en el área de la sexualidad (Palmer, 2015). Ello produce varias consecuencias relevantes. En primer lugar, el injusto de la violación se centra en la afectación de la libertad, al tratarse de un acto contrario a la voluntad de la víctima. Se descuida el aspecto físico de la violación, el daño causado por la experiencia corporal de la penetración combinada con el significado cultural y personal que produce el contacto forzado a tan íntimo nivel (Cowan, 2007b: 97; Cahill, 2001: 197; Dripps, 1992). En segundo lugar, el consentimiento así concebido hace que los potenciales compañeros de cama se vean sea como una amenaza, por la posibilidad de que no respeten los límites impuestos, en el caso de los hombres, sea como un obstáculo que hay que vencer para poder satisfacer el propio deseo sexual, en el caso de las mujeres, y no como copartícipes en la creación de una experiencia mutuamente satisfactoria (ya lo apuntaba hace años Nedelsky, 1998: 12). En tercer lugar, el énfasis de este paradigma liberal en la racionalidad y la creación de límites físicos o psíquicos facilita la exclusión de aquellos colectivos que, por diversos motivos, no encajan bien en la categoría de sujeto racional. De ello es prueba la existencia de regulaciones especiales para personas que padecen un trastorno mental, para quienes se encuentran ebrios o drogados, y para menores. Estas regulaciones cuestionan la supuesta neutralidad del consentimiento y la subjetividad liberal al revelar su desigual aplicación en la práctica (Palmer, 2016).

Otra objeción al modelo consensual tiene que ver con el hecho de que el consentimiento implica una relación en cierto modo asimétrica entre las partes. El consentimiento supone que una de las partes hace una sugerencia o una solicitud, y la otra tiene dos opciones: aceptarla o rechazarla (Veatch, 1995: 5). En el contexto sexual, implica que el sexo consiste en

17 Como señalan Gardner y Shute (2000: 207), la capacidad para consentir libremente es el elemento constitutivo de la autonomía en materia sexual.



que una persona (la activa, por definición el hombre) le hace algo a otra (la pasiva, la mujer), que se deja hacer (Anderson, 2005: 1408; Tadros, 1999: 317; Naffine, 1994; MacKinnon, 1989: 174; Pateman, 1980: 164). En este ámbito de la sexualidad, “el verbo consentir aparece como un verbo ‘femenino’, inscrito en una lógica social en la cual las mujeres se exigen y son exigidas socialmente para resistir o conceder; los hombres, para buscar activamente el consentimiento femenino” (Pérez Hernández, 2016: 742). Pero las partes no se encuentran en la misma posición. Por un lado, porque las consecuencias de que no se respete la voluntad de cada una de ellas son muy distintas: si no se respeta la negativa femenina se la fuerza a mantener relaciones sexuales que no quiere, mientras que si no se accede a la solicitud masculina el hombre tendrá que buscar otra pareja. Por otro, porque los roles de género determinados social y culturalmente determinan quién es la persona apropiada para proponer (el hombre) y quién la que debe poner límites (la mujer) (Gavey, 2005). Además, el modelo consensual conlleva de forma natural que en el proceso haya que preguntar por la actitud de la víctima, teniendo en cuenta lo que dijo, pero también su comportamiento no verbal, pues ambos pueden inducir a error al autor. Ello da lugar a que la víctima quien se sienta sometida ella misma a juicio, una experiencia particularmente traumatizante que ha llegado a ser calificada como una segunda violación (Madigan y Gamble, 1991).

A esto se añade que el consentimiento presupone un acto cuyos parámetros son claros e inmutables. Sin embargo, a diferencia de otras actividades, que adoptan una forma muy específica cuya variabilidad puede ser controlada por la parte interesada, el acto sexual adopta múltiples formas imposibles de predecir en el momento de prestar el consentimiento. No solo el consentimiento prestado para una práctica no implica que otras también sean aceptadas, sino que puede ser retirado o reducido en su alcance en cualquier momento.

A mayores, cabe señalar que numerosos estudios apuntan a que entre hombres y mujeres hay frecuentes malentendidos en lo que se refiere a la percepción de la disponibilidad sexual de un miembro del otro sexo

(Archard, 1998: 34; Anderson, 2005: 1417-1420)¹⁸. Hay sesgos de género que llevan a que los hombres, más que las mujeres, perciban como señales de disponibilidad sexual que las mujeres beban alcohol en compañía masculina, acepten sus invitaciones, lleven ropa provocativa, vayan a la propia vivienda con un hombre, acepten ir a la de él, flirteen o participen en ciertas prácticas sexuales¹⁹, incluso aunque manifiesten verbalmente y de forma enérgica su negativa al acto sexual (Decker y Baroni, 2011: 1082; Little, 2005). De hecho, en no pocas ocasiones, la negativa expresa se toma como una invitación a seguir insistiendo.

Por último, se opone al modelo consensual que descontextualiza las relaciones sexuales (Weait, 2005; Cowan, 2007a: 52). Poner el foco en el consentimiento puede dificultar el análisis de las circunstancias en que se presta, esto es, el contexto de las condiciones circundantes. La coerción sexual, el engaño, la minoría de edad, el estado de embriaguez, la desigualdad económica, la diferente posición social, la dinámica relacional... son factores que pueden cuestionar la validez del consentimiento (Dowds, 2020; Palmer, 2017: 19; Munro, 2010: 26-27). Un sector radical del feminismo defiende incluso que la estructura patriarcal de la sociedad impide que las mujeres puedan consentir libremente: el consentimiento se sustenta sobre el argumento de la negociación autónoma e igualitaria, premisa que es contraria al hecho de la supremacía masculina y la falta de poder de las mujeres, lo que produce como consecuencia la imposibilidad de que las mujeres hagan elecciones realmente libres, ya que los hombres siempre tienen más fuerza física, poder económico y poder político (MacKinnon, 1989: 168; 1987: 100; Brownmiller, 1975: 267-268).

¹⁸ Sin embargo, otros autores han encontrado evidencias de que cuando las mujeres dicen que no al sexo lo hacen de forma consistente con otras normas conversacionales relativas al rechazo, en general, y que los hombres indican ser conscientes de que esa negativa es un rechazo. Cfr. Beres (2014: 377), O'Byrne et al. (2008, 2006), o Kitzinger y Frith (1999).

¹⁹ Varios estudios sugieren que los hombres tienden a interpretar estas situaciones como una señal de disponibilidad sexual (Graham et al., 2014; Farris et al., 2008; Lindren et al. 2008; Henningsen, 2004: 487-488; Koukounas y Letch, 2001).



IV. Hacia un modelo comunicativo de la definición de violación

Las críticas al modelo consensual dejan claro que no basta con centrarse en momentos fijos de consentimiento o resistencia para determinar si una mujer acepta o no participar en la relación sexual. Un sector de la doctrina propone un modelo distinto, basado en la comunicación, en el cual la comunicación explícita, verbal y no verbal, o su ausencia, se convierten en los elementos centrales de la definición de la violación y de la violencia sexual en el Derecho penal (Pineau, 1989: 231; Francis, 1996; Cowan, 2007b; Little, 2005; Macaulay Millar, 2008: 29-42).

El modelo comunicativo recoge mejor que el puramente consensual la forma en que, en la práctica, se expresa la aceptación de una relación sexual: a través de la participación activa, con los intervinientes dirigiendo y conformando de forma fluida lo que se va haciendo, en oposición a un único acto de consentimiento o rechazo de una actividad perfectamente determinada (Pineau, 1989: 231; Beres, 2014: 382-383; Tadros, 2006). Al enfatizar el diálogo recíproco, el modelo comunicativo anima a las partes a expresar lo que quieren y a prestar atención a lo que quiere su pareja. No es necesaria una comunicación verbal, porque la no verbal también es indicativa de la voluntad de las partes, como guiar la mano de la pareja a la zona donde uno quiere que le toquen, sonreír, llorar en silencio o intentar apartar las manos del otro. Tiene la ventaja añadida de que centra la atención en el autor: en lugar de preguntar a la víctima si consintió o no, hay que preguntar a la persona que inició el contacto sexual si lo negoció con su pareja llegando a un acuerdo sobre lo que habría de ocurrir, si se habló de la contracepción, si se interesó por lo que le gustaba o ella se lo dijo, si le parecía que disfrutaba o que no lo hacía (Anderson, 2004: 1423). Como en el caso del consentimiento afirmativo, cuando no ha habido comunicación alguna, sino solo silencio, hay que presumir que el sexo no es consentido (Remick, 1993: 1129), correspondiendo al acusado la carga de la prueba de que sí lo fue, aun a pesar de que el sexo probablemente haya sido muy insatisfactorio para la otra parte (Pineau, 1989: 233). Es responsabilidad de cada una de las partes asegurarse de que la otra ha manifestado libremente

por actos exteriores, concluyentes e inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto sexual.

La exigencia de que concurra el mutuo acuerdo entre las partes, de forma clara, patente, especificada, cumple, por otra parte, una doble función preventivo-general. El fin del Derecho penal - existe consenso al respecto - no es, simplemente, castigar, sancionar hechos que se consideran gravemente injustos, sino, sobre todo, prevenir que tales hechos se cometan, pues suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico relevante. Y lo hace desde dos perspectivas que se complementan:

- En primer lugar, el efecto preventivo de carácter negativo o intimidatorio se produce dirigiéndose a toda la ciudadanía, comunicándole que, si se mantienen relaciones sexuales sin mediar acuerdo con la pareja, cometen un delito y deberán ser castigados.

- En segundo lugar, el efecto preventivo de carácter positivo se produce al proclamar que un determinado bien, la libertad sexual, tiene un alto valor y, por ello, es merecedor de tutela penal. La destinataria del anuncio legal ahora es, una vez más, toda la ciudadanía, incluyendo los potenciales delincuentes, a quienes se informa de aquel reconocimiento; pero también ellas, las personas y, muy especialmente, las mujeres, que sean, pese a todo, objeto de atentados sexuales. Deben saber identificar cuándo son partícipes libres en un comportamiento sexual y cuándo son víctimas; poner nombre a lo que desean hacer, pero también a lo que padecen.

No se trata, por tanto, solo, ni principalmente, de no dejar margen a la impunidad de determinados actos, sino de despertar la conciencia social de que el ejercicio de la sexualidad debe ser libre, aunque no falte quien proponga que el Derecho penal acepte las normas sociales tal y como están, sin pretender cambiar el consenso existente sobre ciertos comportamientos o actitudes (Bryden, 2000: 405-406). No es tolerable despreciar la voluntad de las personas, actuar con indiferencia hacia dicha voluntad o ignorarla deliberadamente, pues, de este modo, la persona deja de ser tratada como tal, con respeto por su dignidad y su libertad, y se convierte en víctima de otro. El anuncio legal debe ser manifiesto: no se pretende solo convencer intimidando, asustando, sino, asimismo, y muy



especialmente, concienciando, dando a conocer lo que está mal y lo que está bien, fomentando la dignidad, la libertad, la igualdad.

La virtud del modelo comunicativo es situar en el centro del debate judicial lo que verdaderamente importa: no si hubo violencia o intimidación, ni un acto aislado de consentimiento, sino si hubo voluntad libre durante todo el acto, atendidas las circunstancias concurrentes. La comunicación sexual debe ser el centro de atención, y su ausencia el elemento nuclear de los tipos penales. En el juicio, la atención no debe requerirla, ni solo ni, primeramente, la actitud de la víctima: no interesa determinar solo si consintió o no, sino si ambos participaron en la relación como expresión de su libre voluntad, valorada en el contexto de las circunstancias concurrentes.

V. Conclusiones

La ley gusta de conceptos claros, dicotómicos, pero el consentimiento en las relaciones sexuales es todo menos eso, sobre todo desde que los estudios feministas sobre sexualidad han puesto de relieve los numerosos matices que condicionan tanto la libertad y autonomía sexual de las mujeres como la comunicación sexual en la pareja (Beres et al., 2014; Beres, 2010: 7). Teniendo esto en cuenta, el consentimiento no es la panacea que permite resolver todos los problemas de la violencia sexual o de las relaciones sexuales no deseadas, pero aceptadas. Se asume con frecuencia que todo el sexo consensual es deseado y todo el sexo no consensual es no deseado, pero deseo y consentimiento no siempre van de la mano, y la ambivalencia respecto al sexo en general, al sexo con una determinada persona o al sexo en determinadas circunstancias de lugar, tiempo y modo está al orden del día (Pérez Hernández, 2016: 747; Bay-Cheng y Eliseo-Arras, 2008; Peterson y Muehlenhard, 2007: 73-74; Muehlenhard y Peterson, 2005: 18). Esa escala de grises no es fácil de traducir al Derecho penal, que opera en blanco y negro (como advierte Jozkowki, 2017). El modelo comunicativo es, no obstante, un avance en esa línea, pues introduce matices que deben analizarse para poder hablar de consentimiento.

Sea cual sea el modelo elegido, en la doctrina feminista está generalizada la

observación de que, cualquiera que sea el alcance de las reformas, tardan en trasladarse a la práctica, si es que llegan a hacerlo (Gruber, 2009: 585). El Derecho es naturalmente conservador (Taslitz 1999: 42). Como demuestran no pocas experiencias nacionales (Cowan, 2019; Gotell, 2015; Westmarland y Gangoli, 2011), jueces y tribunales exhiben una llamativa capacidad para ajustarse y efectivamente desvirtuar reformas bien intencionadas que, consecuentemente, fracasan a la hora de cumplir sus objetivos de una mejor protección de los derechos de las víctimas de violación (Gruber, 2009: 626 ss.; McGlynn, 2010b: 150, habla de una “tarea de Sísifo”; Kelly, 2010: 120, por su parte, destaca la forma paradójica en la que el conocimiento feminista influye en procesos de reforma y es al mismo tiempo desacreditado y despreciado). Esa traslación se complica todavía más cuando los cambios legales, a pesar del apoyo de una parte de la doctrina y de los movimientos feministas y LGBTQIA+, reciben una férrea oposición política y técnica y son incomprensidos por un importante sector de la ciudadanía y los medios de comunicación, que los ridiculiza.

Nourse (2000: 951) sugiere que hablar de la influencia feminista en el Derecho penal es hablar al mismo tiempo de éxito y de fracaso. La reforma legal de la violación para convertirla en un delito centrado sea en la ausencia de consentimiento sea en su prestación afirmativa, o yendo más allá, en la existencia de mutuo acuerdo en los términos antes expuestos, es condición necesaria, pero no suficiente, para que se produzcan cambios reales en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnesty International. (2018). *Right to be free from rape. Overview of legislation and state of play in Europe and international human rights standards*, recuperado el 06 de julio de 2021 de <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR0194522018ENGLISH.PDF>
- Anderson, M. J. (2005). Negotiating Sex. *Southern California Law Review*, 78(6), pp. 1401-1438.



- Archard, D. (1998). *Sexual Consent*. Westview Press.
- Bay-Cheng, L., y Eliseo-Arras, R. (2008). The making of unwanted sex: Gendered and neoliberal norms in college women's unwanted sexual experiences. *Journal of Sex Research*, 45(4), pp. 386-397.
- Beres, M. A. (2010). Sexual Miscommunication? Untangling Assumptions About Sexual Communication Between Casual Sex Partners. *Culture, Health & Sexuality*, 12(1), pp. 1-14.
- Beres, M. A. (2014). Rethinking the Concept of Consent for Anti-Sexual Violence Activism and Education. *Feminism and Psychology*, 24(3), pp. 373-389.
- Beres, M. A., Senn, C. Y., y McCaw, J. (2014). Navigating Ambivalence: How Heterosexual Young Adults Make Sense of Desire Differences. *The Journal of Sex Research*, 51(7), pp. 765-776.
- Brownmiller, S. (1975). *Against Our Will: Men, Women and Rape*. New York: Simon & Schuster.
- Bryden, D. (2000). Redefining Rape. *Buffalo Criminal Law Review*, 3(2), pp. 317-479.
- Buchhandler-Raphael, M. (2011). The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power. *Michigan Journal of Gender and Law*, 18(1), pp. 147-228.
- Cahill, A. (2001). *Rethinking Rape*. Cornell University Press.
- Card, R. Gillespie, A. A. y Hirst, M. (2008). *Sexual Offences*. Bristol : Jordans.
- Conaghan, J. (2005). Extending the Reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: M.C. V. Bulgaria. *Feminist Legal Studies*, 13(1), pp. 145-157.
- Cowan, S. (2007a). 'Freedom and capacity to make a choice'. A feminist analysis of consent in the criminal law of rape. En Munro, V. E., y Stychin, C. F. (Eds.), *Sexuality and the Law. Feminist Engagements*. Routledge.
- Cowan, S. (2007b) Choosing Freely: Theoretically Reframing the Concept of

- Consent. En Hunter, R. y Cowan, S. (Eds.), *Choice and Consent: Feminist Engagements with Law and Subjectivity*. Routledge.
- Cowan, S. (2010). All change or business as usual? Reforming the law of rape in Scotland. En McGlynn, C. y Munro, V. (Eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*. Routledge-Cavendish.
- Cowan, S. (2019). Sense and Sensibilities: A Feminist Critique of Legal Interventions against Sexual Violence. *Edinburgh Law Review*, 23(1), pp. 22-51.
- Decker, J. F. y Baroni, P. G. (2011). “No” Still Means “Yes”: The Failure of the “Non-Consent” Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 101(4), pp. 1081-1169.
- Dempsey, M. (2013). Victimless Consent and the Volenti Maxim: How Consent Works. *Criminal Law and Philosophy*, 7(1), pp. 11-27.
- Dowds, E. (2020). Towards a Contextual Definition of Rape: Consent, Coercion and Constructive Force. *The Modern Law Review*, 83(1), pp. 35-63.
- Dripps, D. A. (1992). Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent. *Columbia Law Review*, 92(7), pp. 1780-1806.
- Elliot, C. y De Than, C. (2007). The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law. *The Modern Law Review*, 70(2), pp. 225-249.
- Emmers-Sommer, T. M. (2015). Do Men and Women Differ in their Perceptions of Women’s and Men’s Saying “No” When They Mean “Yes” to Sex?: An Examination Between and Within Gender. *Sexuality & Culture*, 20, pp. 373-385.
- Eriksson, M. (2011). *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?* Martinus Nijhoff Publishers.
- Estrich, S. (1987). *Real Rape*. Harvard: Harvard University Press.
- Faraldo Cabana, P. (2019a). Razones para la reforma del delito de violación. En Barona Vilar, S. (Ed.). *Claves de la justicia penal. Feminización, inteligencia*



artificial, supranacionalidad y seguridad. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Faraldo Cabana, P. (2019b). Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género. En Monge Fernández, A. (Dir.). *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Barcelona: Bosch.
- Faraldo Cabana, P., y Ramon Ribas, E. (2018). La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España. En Faraldo Cabana, P., y Acale Sánchez, M. (Dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Farris, C., et al. (2008). Sexual Coercion and the Misperception of Sexual Intent. *Clinical Psychology Review*, 28(1), pp. 48-66.
- Finch, E., y Munro, V. E. (2003). Intoxicated Consent and the Boundaries of Drug-assisted Rape. *Criminal Law Review*, pp. 773-787.
- Francis, L. (Ed.) (1996). *Date Rape: Feminism, Philosophy, and the Law*. The Pennsylvania University Press.
- Gardner, J. y Shute, S. (2000). The Wrongness of Rape. En Horder, J. (Ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford University Press.
- Gavey, N. (2005). *Just Sex? The Cultural Scaffolding of Rape*. Routledge.
- Gotell, L. (2015). Reassessing the Place of Criminal Law Reform in the Struggle Against Sexual Violence: A Critique of the Critique of Carceral Feminism. En Powell, A., Henry, N., y Flynn, A. (Eds.), *Rape Justice: Beyond the Criminal Law*. Palgrave Macmillan.
- Graham, K., et al. (2014). "Blurred Lines?" Sexual Aggression and Barroom Culture. *Alcoholism, clinical and experimental research*, 38(5), pp. 1416-1424.
- Green, S. P. (2020). *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory*. Oxford University Press.
- Gruber, A. (2009). Feminism and the War on Crime. *Washington Law Review*, 84(4), pp. 581-658.

- Gruber, A. (2016). Consent Confusion. *Cardozo Law Review*, 38(2), pp. 415-458.
- Gruber, A. (2017). Not Affirmative Consent. *The University of the Pacific Law Review*, 47(4), pp. 683-707.
- Hale, M. (1736). *Historia Placitorum Coronae. The History of the Pleas of the Crown. Volume 2*. E. and R. Nutt and R. Gosling editors.
- Henderson, L. (1993). Getting to Know: Honoring Women in Law and in Fact. *Texas Journal of Women & the Law*, 2, pp. 41-73.
- Henningsen, D. D. (2004). Flirting with Meaning: An Examination of Miscommunication in Flirting Interactions. *Sex Roles*, 50, 2004, pp. 481-489.
- Hörnle, T. (2017). The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment. *German Law Journal*, 18, pp. 1309-1330.
- Humphreys, T. (2004). Understanding sexual consent: An empirical investigation of the normative script for young heterosexual adults. En Cowling, M. y Reynolds, P. (Eds.), *Making Sense of Sexual Consent*. Ashgate, pp. 209-225.
- Hurd, H. (1996). The Moral Magic of Consent. *Legal Theory*, 2(2), pp. 121-146.
- Jozkowki, K. N. (2017). Barriers to Affirmative Consent Policies and the Need for Affirmative Sexuality. *The University of the Pacific Law Review*, 47(4), pp. 741-772.
- Kalaf, J., et al. (2017). Sexual trauma is more strongly associated with tonic immobility than other types of trauma - A population based study. *Journal of Affective Disorders*, 215, pp. 71-76.
- Kelly, L. (2010). The Everyday/Everynightness of Rape: Is it Different in War? En Sjoberg, L., y Via, S. (Eds.), *Gender, War, and Militarism. Feminist Perspectives*. ABC-CLIO.
- Kitzinger, C. y Frith H. (1999). Just say no? The use of conversation analysis in developing a feminist perspective on sexual refusal. *Discourse & Society*, 10(3), pp. 293-316.



- Koukounas, E., y Letch, N. M. (2001). Psychological correlates of perception of sexual intent in women. *The Journal of Social Psychology*, 141(4), pp. 443-456.
- Lacey, N. (1998a). Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 11(1), pp. 47-68.
- Lacey, N. (1998b). *Unspeakable Subjects. Feminist essays in legal and social theory*. Hart.
- Lees, S. (1996). Unreasonable Doubt: the Outcomes of Rape Trials. En Hester, M., Kelly, L. y Radford, J. (Eds.), *Women, Violence and Male Power*. Open University Press.
- Lindgren, K. P., et al. (2008). Gender differences in perceptions of sexual intent: A qualitative review and integration. *Psychology of Women Quarterly*, 32(4), pp. 423-439.
- Little, N. J. (2005). From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law. *Vanderbilt Law Review*, 58(4), pp. 1321-1364.
- Macaulay Millar, T. (2008). Toward a Performance Model of Sex. En Friedman, J. y Valenti, J. (Eds.), *Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and a World Without Rape*. Seal Press.
- MacKinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified: Discourses of Life and Law*. Harvard University Press.
- MacKinnon, C. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press,
- Madigan, L. y Gamble, N. (1991). *The Second Rape: Society's Continued Betrayal of the Victim*. Lexington Books.
- McGlynn, C. (2010a). From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape. En McGlynn, C., y Munro, V. (Eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*. Routledge-Cavendish.

- McGlynn, C. (2010b). Feminist activism and rape law reform in England and Wales. En McGlynn, C., y Munro, V. (Eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*. Routledge-Cavendish.
- Möller, A., Söndergaard, H. P. y Helström, L. (2017). Tonic immobility during sexual assault. *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, 96(8), pp. 932-938.
- Muehlenhard, C. L. y Rogers, C. S. (1998). Token Resistance to Sex: New Perspectives on an Old Stereotype. *Psychology of Women Quarterly*, 22(3), pp. 443-463.
- Muehlenhard, C. L., y Peterson, Z. D. (2005). Wanting and Not Wanting Sex: The Missing Discourse of Ambivalence. *Feminism and Psychology*, 15(1), pp. 15-20.
- Munro, V. E. (2005). Concerning Consent: Standards of Permissibility in Sexual Relations. *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(2), pp. 335-352
- Munro, V. E. (2008). Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy. *Akron Law Review*, 41(4), pp. 923-956.
- Munro, V. E. (2010). From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape. En McGlynn, C. y Munro, V. E. (Eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*. Routledge-Cavendish.
- Naffine, N. (1994). Possession: Erotic Love in the Law of Rape. *The Modern Law Review*. 57(1), pp. 10-37.
- Nedelsky, J. (1989). Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities. *Yale Journal of Law and Feminism*, 1(1), pp. 7-36.
- Nilsson, G. (2020). Towards voluntariness in Swedish rape law. Hyper-medialised group rape cases and the shift in the legal discourse. En Bruvik Heinskou, M., Skilbrei, M.-L., y Stefansen, K. (Eds.), *Rape in the Nordic countries: Continuity and change*. Routledge.
- Nourse, V. (2010). The “Normal” Successes and Failures of Feminism and the Criminal Law. *Chicago-Kent Law Review*, 75(3), pp. 951-978.

- 
- O'Byrne, R., Rapley, M. y Hansen, S. (2006). 'You Couldn't Say "No", Could You?': Young men's understandings of sexual refusal. *Feminism & Psychology*, 16(2), pp. 133-154.
- O'Byrne, R., Rapley, M. y Hansen, S. (2008). "If a girl doesn't say 'no'...": Young men, rape and claims of 'insufficient knowledge'. *Journal of Community & Applied Social Psychology*, 18(3), pp. 168-193.
- Osman, S. L. (2003). Predicting Men's Rape Perceptions Based on the Belief That 'No' Really Means 'Yes'. *Journal of Applied Social Psychology*, 33(4), pp. 683-692.
- Palmer, T. (2015). *Renegotiating Sex and Sexual Violation in the Criminal Law*. Hart.
- Palmer, T. (2016). State Control of Consensual Sexual Behaviour Through the Sexual Offences Act 2003. En Reed, A., Ashford, C. y Wake, N. (Eds.), *Consent and Control: Legal Perspectives on State Power*. Cambridge Scholars Publishing.
- Palmer, T. (2017). Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and Freedom to Negotiate. En Reed, A., Bohlander, M., Wake, N. y Smith, E. (Eds.), *Consent: domestic and comparative perspectives*. Routledge, pp. 9-24.
- Pateman, C. (1980). Women and Consent. *Political Theory*, 8(2), pp. 149-168.
- Pérez Hernández, Y. (2016). Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. *Revista Mexicana de Sociología*, 78(4), pp. 741-767.
- Peterson, Z. D., y Muehlenhard, C. L. (2007). Conceptualizing the "Wantedness" of Women's Consensual and Nonconsensual Sexual Experiences: Implications for How Women Label Their Experiences with Rape. *Journal of Sex Research*, 44(1), pp. 72-88.
- Pineau, L. (1989). Date Rape: A Feminist Analysis. *Law and Philosophy*, 8(2), pp. 217-243.
- Power, H. (2003). Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape. *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(3), pp. 379-404.

- Ramon Ribas, E. y Faraldo Cabana, P. (2020). “Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat. *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XL, pp. 21-42.
- Remick, L. A. (1993). Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape. *The University of the Pacific Law Review*, 141(3), pp. 1103-1151.
- Reynolds, P. (2015). Women’s Agency and the Fallacy of Autonomy: The Example of Rape and Sexual Consent. En Marway, H. y Widdows, H. (Eds.), *Women and Violence. Genders and Sexualities in the Social Sciences*. Palgrave Macmillan, 2015
- Rumney, P. N. S. (2001). The Review of Sexual Offences and Rape Law Reform: Another False Dawn? *Modern Law Review*, 64(6), pp. 890-910.
- Rumney, P. N. S. (2006). False allegations of rape. *The Cambridge Law Journal*, 65(1), pp. 128-158.
- Rumney, P. N. S. y Morgan-Taylor, M. (2004). The Construction of Sexual Consent in Male Rape and Sexual Assault. En Cowling, M. (Ed.). *Making Sense of Sexual Consent*. Aldershot: Ashgate.
- Schulhofer, S. J. (1995). The Feminist Challenge in Criminal Law. *The University of the Pacific Law Review*, 143, pp. 2151-2207.
- Schulhofer, S. J. (1998). *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Harvard: Harvard University Press.
- Schulhofer, S. J. (2017). Consent: What It Means and Why It’s Time to Require It. *The University of the Pacific Law Review*, 47(4), pp. 665-681.
- Suarez, S. D., y Gallup, G. G. (1979). Tonic Immobility as a Response to Rape in Humans. A Theoretical Note. *The Psychological Record*, 29, pp. 315-320.
- Tadros, V. (1999). No Consent: A Historical Critique of the Actus Reus of Rape. *Edinburgh Law Review*, 3(3), pp. 317-340.
- Tadros, V. (2006). Rape without consent. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(3), pp. 515-543.



- Taslitz, A. E. (1999). *Rape and the Culture of the Courtroom*. New York: New York University.
- Temkin, J. y Ashworth, A. (2004). The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault and the Problems of Consent. *Criminal Law Review*, pp. 328-346.
- Veatch, R. M. (1995). Abandoning Informed Consent. *The Hastings Center Report*, 25(2), pp. 5-12.
- Weait, M. (2005). Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: R v Dica. *Modern Law Review*, 68(1), pp. 120-133.
- Westmarland, N., Gangoli, G. (2011). *International Approaches to Rape*. Bristol University Press/ Policy Press.
- Wiederman, M. W. (2005). The Gendered Nature of Sexual Scripts. *The Family Journal*, 13(4), pp. 496-502.
- Williams Jiménez, I. (2020). ¿Por qué tenemos que reevaluar el consentimiento en el contexto de la violencia sexual? *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 5(1), pp. 152-155.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**II. ASPECTOS CRÍTICOS
DEL FUNCIONAMIENTO DE LA
JUSTICIA PENAL EN CASOS DE
VIOLENCIA DE GÉNERO**

“Testigo único” y delitos contra la integridad sexual¹

EUGENIO C. SARRABAYROUSE²

I. Introducción

Este trabajo se compone de cuatro partes. La primera presenta algunas de las críticas a los casos de “testigo único” (núcleo central de las dificultades probatorias en los casos de violencia sexual, en particular contra niñas y niños) expuestas en la doctrina argentina. En este aspecto, considero central la posición del profesor Marcelo Sancinetti, expuesta en diversos trabajos publicados en la Argentina y en el extranjero. Aquí examinaré algunas de sus tesis principales, resumidas del artículo *Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas “Testimonium unius non valet” y “Nemo testis in propria causa”* (Sancinetti, 2010). Luego, analizaré esos cuestionamientos y propondré algunas vías para superarlos (II y III); finalmente, brindaré algunos criterios para valorar la prueba en los casos de violencia de género (IV).

1 Este trabajo es una ampliación del texto discutido el 16 de septiembre de 2020, en las “Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho” organizado por el Grupo de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), “Doctrina Penal Feminista” y el INECIP. A su vez, se basa en el artículo *Die singuläre Zeugenaussage und die Beweiswürdigung* (“La declaración del testigo singular y la valoración de la prueba” publicado en Eric Hilgendorf / Marcelo Lehrman / Fernando J. Córdoba (comps.), *Brücken Bauen: Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag* (Schriften Zum Strafrechtsvergleich); “Construir puentes: Libro Homenaje a Marcelo Sancinetti en su 70º cumpleaños (escritos de derecho penal comparado)”, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, ps. 939 – 952; y del trabajo que aparecerá en la *Revista de Derecho Procesal Penal* que dirige el Prof. Edgardo Donna y publica la editorial Rubinzal Culzoni con el título *Valoración de la prueba, testigo único en los delitos contra la integridad sexual y el caso de las niñas y niños*.

2 Doctor en Derecho, área Penal, Facultad de Derecho (UBA). Tesis doctoral galardonada con el “Premio Facultad” 2006; profesor titular de “Elementos de Derecho penal y procesal penal”, Facultad de Derecho (UBA); ex becario del DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico) y de la Fundación Alexander von Humboldt; juez de la Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.



II. Principales tesis de Marcelo Sancinetti

En el trabajo mencionado, Sancinetti plantea si es razonable acusar sobre la base de los dichos de *alguien*, sin corroborantes objetivos. Destaca que la circunstancia que la apreciación de la prueba está regida hoy por el principio de la “libre valoración” no libera a quien juzga de vincular su razonamiento a *reglas* que pueden ser impuestas a un observador objetivo como un razonamiento *vinculante*, válido intersubjetivamente; no como mero producto de la “íntima convicción”. *En principio*, las “palabras” son una prueba insuficiente de la materialidad del hecho; menos aún si provienen de una sola persona (*testimionium unius non valet*); y menos aún si ésta es la propia víctima (*nemo testis in propria causa*).

Entonces, propone revisar los parámetros con los que son tratados estos casos en las jurisdicciones penales argentinas y lograr criterios respetuosos del Estado de Derecho, en particular, de las garantías procesales de la persona imputada, y de los principios de *igualdad* y de *inocencia*.

Una de las principales tesis del artículo es que, en la Argentina, la violación al “principio de inocencia” se ha constituido en la regla general en caso de acusaciones por abuso sexual. Distingue dos grupos de casos: abusos intrafamiliares y dentro de jardines y escuelas. En este aspecto, destaca que en los últimos diez años o más (recordemos que el artículo analizado fue escrito en 2010), se ha desarrollado una jurisprudencia que paulatinamente, incluso con los meros dichos de una víctima (presunta), se llega a afirmar no sólo la autoría de un sujeto determinado, como responsable de un abuso sexual en sí mismo comprobado con rastros objetivos, sino ya la propia “materialidad del hecho” respectivo –es decir, si el delito ocurrió o no– sin otro sustento, –al menos en muchas ocasiones– que los propios dichos de la persona que se dice afectada. En términos generales –aunque también hay sentencias que reaccionan contra esa liviandad en la afirmación de la culpabilidad–, para *Sancinetti* realmente ésa es la situación de la jurisprudencia de distintas jurisdicciones del país, y parece serlo de forma creciente (Sancinetti, 2010: 955-958, en particular, 958).

Destaca que muchas sentencias condenan a severísimas penas de prisión sin otro sustento que la denuncia de un niño –en ocasiones ya crecido– que

dice haber sido abusado por el papá, padrastro, u otro ser de la familia, sobre todo después de una fractura matrimonial. Se unen los dichos de la madre (declara que está segura del abuso y que ha detectado trastornos recientes en la conducta del niño); más un dictamen de peritos expertos en psiquiatría o psicología que dicen que el niño no tiene tendencia a fabular o no es mitómano. Señala también que es muy común este tipo de denuncias en escuelas o jardines de infantes. A estos elementos, a veces se agrega una pericia sobre el imputado, que detecta un perfil abusador.

Por el contrario, resalta *Sancinetti*, cuando el acusado dice “yo no cometí ese hecho” no se hacen dictámenes que digan que no tiende a la fabulación. *Aquí se produce la primera lesión al principio de igualdad.*

Las apreciaciones de peritos sobre la “no tendencia a la fabulación” se han convertido en una fórmula de estereotipo, en un cliché de los sujetos llamados “validadores”, es decir de aquellos que tienden a generar un cuadro probatorio proclive a la condenación. En varias jurisdicciones de la Argentina se ha constatado que ciertos psicólogos siempre hallan convalidada la versión del abuso transmitida por el menor. Ya solo por este motivo habría que sospechar que tales actos procesales carecen de un verdadero valor probatorio. Por otra parte, los dictámenes periciales de psicólogos suelen mencionar una batería de tests supuestamente realizados al menor (o al acusado), sin que sean acompañados al debate los análisis concretos realizados sobre tales estudios, ni los resultados definidos que se derivarían de ellos. Contra eso, la defensa tiene el derecho de exigir que estén documentados, sean controlados por los peritos de parte y sean discutidos en el debate.

Sancinetti también cuestiona que los juicios por abusos sexuales son los únicos en los que se recurre a esta técnica de validación. Incluso en hechos sumamente truculentos, especialmente en hechos de sangre que conmueven la identidad de la estructura social tanto o más aún que el tabú del incesto, no es dable por tener acreditada “la materialidad del hecho” por meros dichos de personas. Del hecho en sí se exige una prueba que vaya más allá de las palabras (*Sancinetti*, 2010: 958-960)

Un tema relevante en el análisis de *Sancinetti* es la agravación de la situación de los imputados por abusos sexuales infantiles por la indeterminación



del hecho, pues en general la acusación no describe el suceso en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar específicos (Sancinetti, 2010: 960).

Otra parte sustancial del trabajo está dedicada al examen exhaustivo de distintos casos de derecho comparado (“Friedman” y “Michaels” en Estados Unidos de Norteamérica; “Montessori” ocurrido en las ciudades alemanas de Borken y Coesfeld (Sancinetti, 2010: 965-969). También analiza los validadores CBCA (Criteria-Based Content Analysis) y SVA (Statement Validity Assesment). *Sancinetti* plantea que, en definitiva, resulta imposible distinguir con certeza entre una declaración falsa y otra verdadera (Sancinetti, 2010: 969-978).

Finalmente, analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof, en adelante BGH) sobre los casos de “declaración contra declaración” (“*Aussage gegen Aussage*”); y sugiere que, en realidad, dicha jurisprudencia que acepta el testigo único, encubre en realidad, un retorno a las máximas “*Testimonium unius non valet*” y “*Nemo testis in propria causa*” (Sancinetti, 2010: 984-993).

III. Análisis

Las críticas de *Sancinetti* están dirigidas, fundamentalmente, a la manera en que en la *Argentina* se fundan las condenas por abusos sexuales, esto es, basadas en la única declaración de la presunta víctima. Además, sus planteos sugieren que resulta ser una práctica extendida que *toda* denuncia de abuso sexual (más aún si es realizada *por un niño o una niña*) *conduce necesariamente a una condena*.

Una primera observación es que la *Argentina* *carece* de estadísticas que permitan conocer con la mayor exactitud posible *cuántos* casos efectivamente terminan en condenas fundadas de esa manera, es decir, *con la única declaración de la presunta víctima o si necesariamente toda denuncia de abuso o violencia sexual finaliza con una sentencia de condena*.

Aquí es posible advertir una tendencia universal, caracterizada por el aumento de casos de denuncias por violencia sexual o maltratos contra personas menores de edad. En este sentido, el número de niños o niñas

(esto es, con una edad inferior a 18 años) que alrededor del mundo entran en contacto con el sistema penal como víctimas o testigos de maltrato o violencia, constituye un ámbito en constante incremento.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica se desarrollan, por año, cerca de 3 millones de investigaciones acerca de niñas y niños sospechados de recibir maltrato. Asimismo, en 2007, aproximadamente 800.000 de ellas fueron clasificadas como víctimas de maltrato. Además, se estimó que entre 200.000 y 400.000 niños y niñas anualmente fueron víctimas de violencias sexuales o abandono. Por otro lado, algunos estudios sugieren que quizás *un tercio de la población femenina sufrió alguna forma de abuso sexual en su niñez* (Burroughs, 1989: 989).

En Inglaterra, entre 2013 y 2014, más de 650.000 niñas y niños fueron remitidos a la autoridad local del servicio social encargada de su cuidado por las personas responsables de su bienestar. En 2012, en todo el Reino Unido, más de 66.000 niñas y niños fueron incluidos en planes de protección; por lo tanto, puede afirmarse que se encontraban en situación de riesgo de abuso o violencia física, emocional o sexual, o de abandono. Además, en Australia, entre 2001-2002 y 2005-2006 casi se duplicó el número de casos de protección de infantes, mientras que, en Canadá, en 2008, se realizaron aproximadamente 236.000 investigaciones sobre maltrato infantil (Henderson y Andrews, 2018: 103).

En la Argentina no hay estadísticas confiables sobre cuántas condenas se dictan ni de cuántos casos ingresan al sistema penal, y menos aún de cómo se fundan esas sentencias (esto es, si el fundamento es únicamente el testimonio de quien se ha presentado como víctima u otras pruebas). El Registro Nacional de Reincidencia, por ejemplo, informa que en el 2016 se registraron 2886 condenas en todo el país por delitos contra la integridad sexual. A su vez, el Ministerio de Seguridad de la Nación informó que en el 2017 se realizaron 10.517 denuncias por esos mismos delitos y 3.716 por casos de abusos sexuales con acceso carnal (*Registro Nacional de Reincidencia*, 2016; y Ministerio de Seguridad, 2018).

Por su parte, la Oficina de Violencia Doméstica, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 2018 atendió 11.623 casos, todos ellos



correspondientes a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que representa un aumento del 8 % con respecto al año anterior. De ellos, el 89 % fue derivado a la justicia penal. El número de personas afectadas ascendió a 15.734 del cual el 76 % son mujeres y el resto, varones. Las mujeres damnificadas superaron en número y proporción a los varones en casi todos los grupos de edad, a excepción del de 6 a 10 años, donde los niños afectados (817) fueron más que las niñas (718). Entre los varones (3672), 62 % son niños y adolescentes (0 a 17 años). Las mujeres entre 18 y 59 años (55 %), y las niñas, niños y adolescentes de 0 a 17 años, fueron los grupos más aquejados. La proporción entre mujeres y varones crece con la edad; así, entre los 0 y 10 años es una niña por niño (1:1), mientras que en los intervalos que van entre los 18 y los 29 años la proporción crece dramáticamente: 10 mujeres dañadas por cada varón. En cuanto al tipo de violencia denunciado, solo el 10 % de los casos respondió a la sexual y alcanzó el valor más elevado en el vínculo “otro familiar hasta el cuarto grado de parentesco” (Informe Estadístico OVD, 2018)

En este contexto, es interesante citar un estudio realizado en la provincia de Tierra del Fuego sobre la cantidad de casos de violencia sexual con víctimas infantiles denunciados, qué número llegó a juicio y cuántos resultaron en condenas (Camargo, Rullan y Surt, 2010) Entre 1998-2008, en esa provincia, se registraron 555 denuncias de abusos sexuales (que abarcaban tanto supuestos de abuso sexual infantil como otros cometidos contra adultos). De esos casos, solo 61 terminaron en condenas, es decir, casi un 11 %. Asimismo, el porcentaje de las condenas en los casos que llegaron a juicio muestran una inversión drástica: 8 de cada 10 culminaron con la condena del imputado (Camargo, Rullan y Surt, 2010: 12).

Frente a este número de casos, si bien es posible pensar que algunos de ellos respondan a supuestos de niños o niñas inducidas para que declaren de cierta manera o que se encuentren sugestionadas o se trate de relatos imaginarios, *no puede descartarse que esas denuncias respondan a hechos efectivamente ocurridos*. Y si esto *efectivamente es así*, aparecen diversas dificultades, demostradas por diferentes estudios empíricos. En primer lugar, gran parte de los ataques sexuales con víctimas menores de edad ocurren en el ámbito intrafamiliar. Este rasgo, destacado por la literatura especializada,

resulta un obstáculo difícilmente franqueable a los fines de exteriorizar, describir, contar, poner en palabras y denunciar, las situaciones vividas. Otro factor importante es la circunstancia que *el trauma*, consecuencia del abuso, dificulta el recuerdo, sumado a las distorsiones cognitivas y el secreto (Rohman, 2014: 193-236). Para la víctima, el resultado de este secretismo y de la invasión física es la vergüenza, la culpa y la confusión. Estas reacciones limitan seriamente la habilidad de la niña o el niño para comprender lo inapropiado del ataque y mucho menos entender las consecuencias de revelarlo a otro (Waisberg, 2019: 435). En este mismo sentido, el informe de la provincia de Tierra del Fuego, ya citado, destaca que en los casos de abuso sexual intrafamiliar son muchas las circunstancias que pueden ayudar a ocultar los sucesos, aun cuando se haya denunciado lo acontecido (por ejemplo, a través de una maestra en la escuela). Por sus características, los hechos tienden a ser ocultados, negados e *incluso naturalizados*. También las razones económicas tienen peso: muchas veces el imputado, generalmente varón, es el sostén económico de la familia y su ausencia o detención cautelar puede ser un motivo de presión familiar para que la víctima lo “perdone” o modifique el testimonio, alegando una relación “consentida”. Es aquí donde ingresan todos los problemas del “testimonio o declaración de la víctima” (su fiabilidad y credibilidad, su grado de condicionamiento externo, su precisión, etc.) pues pasa a ser el único elemento de convicción importante. También en este punto ingresa el reclamo erróneo de que el peritaje psicológico *valide* los hechos, en lugar de indagar sobre la subjetividad de la víctima. A esto se agrega la edad de las presuntas víctimas y las dificultades relacionadas con la posibilidad de recordar ciertos hechos (Camargo, Rullan y Surt, 2010: 13-14). Aquí cabe mencionar noticias periodísticas que dan cuenta de víctimas de ataques sexuales continuos que, cansadas de que se descrea sistemáticamente de su palabra, deciden filmar al abusador y así logran *solas* acreditar sus dichos (Diario La Nación, 2019)

IV. Propuestas

Las críticas de Sancinetti no deberían conducir a la modificación de las reglas de valoración de la prueba, sino a *modificar y mejorar* tres aspectos



del proceso penal, que aquí se desarrollarán, por razones de espacio, muy brevemente: a) la fundamentación de la cuestión fáctica sentencia; b) la investigación y la forma en que se obtienen los testimonios de las víctimas presuntas de ataques sexuales; y c) la elaboración de los dictámenes psicológicos. Esta propuesta se dirige a los casos resueltos por tribunales profesionales, por lo cual, dejamos de lado las discusiones y problemas inherentes al juicio por jurados.

a. La fundamentación de la cuestión fáctica de la sentencia

La fundamentación de la prueba de los hechos exige su inclusión dentro de una concepción *epistemológica* del proceso penal. Generalmente, la actividad de valorar la prueba puede enfocarse desde diferentes perspectivas. Una es mediante la descripción de los sistemas de “prueba legal” y “de libre valoración”, es decir, a través de una mirada *jurídica* del tema. El enfoque epistemológico propuesto implica centrar la atención en la actividad de quien ejerce la función jurisdiccional y su obligación de exponer las inferencias realizadas al valorar la prueba que le permiten considerar acreditado un hecho; es una forma de conocer su razonamiento, criticarlo y controlarlo. Otros puntos de vista, que aquí no se abordarán, proponen analizar la sentencia desde la perspectiva psicológica y heurística (Nieva Fenoll, 2012: 8-12).

El conocimiento de los hechos enfrenta límites ante la imposibilidad de establecer con certeza absoluta que un suceso *verdaderamente* ocurrió, pues se trata de una especie del conocimiento *inductivo*. Aquí no es posible reproducir la vasta discusión que en el campo de las ciencias generó el intento de superar el denominado *problema de la inducción* (Chalmers, 2002: 38 y sigs), pero en el campo del derecho procesal implica asumir esos límites. No se trata entonces de desconfiar absolutamente de nuestras experiencias, pero sí de estar prevenidos frente a la tendencia de atribuirles un carácter infalible (Gascón Abellán, 1999: 27); De esta manera, si partimos de que es metodológicamente imposible alcanzar una verdad absolutamente cierta en el proceso penal, esto nos obliga a establecer unas reglas metodológicas que permitan la mayor aproximación posible hacia ese objetivo. Estas reglas, denominadas ‘epistemológicas’ o ‘garantías de verdad’, señalan, entre otras cosas, que una hipótesis está justificada si

cumple con los requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación que otras. Esto permite afirmar a parte de la doctrina que, dentro del proceso penal, la conjetura perjudicial para la persona imputada debe tener una probabilidad preponderante, resumida con la frase de que el resultado esté probado *más allá de toda duda razonable*. En términos prácticos, esto significa que frente a dos hipótesis igualmente aceptables debe resolverse a favor de aquella (Gascón Abellán, 1999: 83-94, 104, 114-115 y 213-223; Igartúa Salaverría, 1999: 43-45; Ferrajoli, 1995: 117-205). Este método responde a un traslado al proceso penal de las ideas de *Karl Popper* sobre la “falsificación de las hipótesis” o el “falsacionismo” (Chalmers, 2002: 56-69; Ferrajoli, 1995: 141 y sigs).

En este marco, duda razonable significa duda razonada o, mejor, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a “carente de arbitrariedad”. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria (Igartúa Salaverría, 1999: 43-45).

Pero si se la interpreta dentro del contexto en la que está incluida –la competencia entre hipótesis rivales en un modelo cognoscitivo–, la “duda” deja de ser algo enteramente subjetivo y de alguna manera se objetiva. Esto nos vuelve a conducir al punto de partida: la única forma de lograr su control es la motivación de los hechos, la explicación que brinde quien resuelve sobre las razones que la llevaron a descartar una hipótesis frente a otra.

b. Valoración del testimonio en los casos de abusos sexuales infantiles

Tradicionalmente se ha dudado de la veracidad del testimonio de una niña o niño que declara haber sufrido ataques sexuales. Ese cuestionamiento se debe, en gran parte, a determinados puntos de vista que sostienen la incompetencia cognitiva de la persona menor de edad, su alta susceptibilidad a la sugestión y la incapacidad que manifiesta a la hora de diferenciar entre realidad y fantasía. Sin embargo, existen datos que ponen en duda la validez de estos puntos de vista, pues hay quienes subrayan que las declaraciones falsas o inexactas no son consecuencias de los posibles déficits cognitivos de



las personas menores de edad, sino del modo en que se realizan las entrevistas (cuyas respuestas pueden estar inducidas) o de determinadas sugerencias realizadas por las personas adultas. De esta forma, parte de quienes han investigado el tema (Henderson y Andrews, 2018: 116) argumentan que las herramientas psicométricas tradicionales no pueden ser usadas para determinar si una niña o niño ha sido abusada o miente. Sin embargo, hay evidencias de que la veracidad de las declaraciones de los niños y las niñas puede ser evaluada con mayor precisión si en el curso de las entrevistas se siguen las denominadas directrices de las mejores prácticas. Según éstas, las preguntas abiertas generan respuestas libres, más elaboradas y ricas en detalles. La única forma de evaluar entrevistas no es focalizándose en si los niños o las niñas dicen la verdad sino en qué han hecho los entrevistadores durante la entrevista y si están presentes las condiciones correctas para obtener declaraciones exactas (Henderson y Andrews, 2018: 116; Diges Junco y Pérez-Mata, 2017: 1-14; Deanesi y Varela, 2018: 173-199). Por lo tanto, la atención se traslada de la persona menor de edad a quien la entrevista.

c. Elaboración de los dictámenes

En cuanto al contenido del dictamen psicológico sobre la declaración, es relevante destacar aquí la necesidad de evitar las denominadas *fuentes de error*.

En un importante trabajo, Köhnken (2014) señala que también las personas expertas pueden equivocarse, aunque en verdad, esta afirmación es trivial, en tanto es conocido que ningún diagnóstico puede estar totalmente libre de errores. Sin embargo, destaca que en la psicología de la declaración (o del testimonio) no hay un tratamiento acerca de las fuentes de error de los dictámenes, lo que quizás obedezca a una actitud “defensiva” de quienes los realizan, originada en que siempre se elaboran en un marco de situaciones conflictivas, en las cuales las opiniones especializadas adquieren para las partes un significado existencial. Esta posición defensiva, quizás también vinculada con la ignorancia o el ocultamiento de las posibilidades de error, es esencialmente falsa. Aquí es relevante la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGHSt 45, 164) que fijó los estándares mínimos para la valoración de la credibilidad de las declaraciones de los testigos. Cabe aclarar, que no se trata de una

sentencia aislada sino de una serie de sentencias que progresivamente fijaron las pautas para el razonamiento probatorio; en este sentido, el Tribunal Supremo federal afirmó que la valoración de las declaraciones de los testigos es la tarea primaria o principal de quienes juzgan el caso (*ureigenste Aufgabe*), y deben realizar un análisis autónomo de las declaraciones y de la valoración de la prueba. En otros precedentes, señaló que la valoración de la prueba no debía tener lagunas, no debía dejar de lado posibilidades que debían ser evaluadas y tampoco debía contradecir reglas de la experiencia reconocidas por la psicología de la declaración (o del testimonio; Jansen, 2012: 19 y sigs.).

Por otro lado, Köhnken (2014) destaca que un dictamen sobre la psicología del testimonio es un proceso diagnóstico complejo, compuesto de varios componentes o partes. Son las siguientes:

- a) la generación de hipótesis;
- b) la selección de los procedimientos de diagnóstico,
- c) la elaboración y aplicación de un plan de investigación;
- d) el estudio de las conclusiones;
- e) la evaluación diagnóstica de cada fuente de conocimiento; y
- f) la integración de los hechos y sus conexiones en la respuesta a la pregunta del dictamen.

Por razones de espacio, no es posible tratar aquí todas las fuentes de error que pueden afectar las distintas partes de un dictamen. Solo nos referiremos al primer punto, en tanto *guarda una estrecha relación con la forma de valorar la prueba propuesta en anteriormente, esto es, la presencia en el proceso penal de hipótesis en pugna*.

En este sentido, el proceso de diagnóstico, que finalmente culmina en la respuesta a la pregunta del dictamen, tiene que ser acompañado por hipótesis. Las hipótesis determinan la encuesta y la valoración de las informaciones. El punto de partida es la denominada en alemán “Nullhypothese” o “la hipótesis falsa” (que quizás sería mejor denominar como hipótesis que carece de un fundamento empírico, porque el concepto “falso” puede



asociarse con “mentira”). Cuando una declaración no está basada en experiencia personal alguna, debe tener otra fuente. Por lo tanto, el dictamen debe proponer subhipótesis para la hipótesis incorrecta total, esto es, hipótesis que comprendan explicaciones alternativas a la fuente de la declaración (por ejemplo, que la declaración es producto de la fantasía o el resultado de una influencia sugestiva). Para estas subhipótesis se deben recolectar datos adecuados para juzgar la plausibilidad de cada hipótesis para explicar la fuente de la declaración. Por lo tanto, cada subhipótesis será analizada en el sentido de si es compatible con los hechos recolectados. Este proceso continúa hasta tanto todas las subhipótesis sean refutadas o hasta que una no pueda ser contradicha. *Si todas las subhipótesis son refutadas, queda solo como explicación posible que la declaración refleja una experiencia vivida.* Si una no fue refutada, no es más posible afirmar que la declaración se corresponde con algo vivido. Esta forma de proceder concuerda con el principio establecido en las ciencias empíricas conocido como “la falsificación o falsación de Popper” y cuyo traslado al proceso penal analicé en los puntos anteriores.

Por esto, la fase de la elaboración de hipótesis en el dictamen tiene un significado central. Aquí puede remitirse una de las fuentes de error de los “debacles de la justicia” con que se designó a los procesos penales en Alemania y otros lugares (mencionados en el punto I), en tanto allí no se plantearon y probaron todas las hipótesis relevantes (Könhken, 2014: 2-4).

V. Violencia de género

Por razones de espacio me referiré muy brevemente a los problemas vinculados con la valoración de la prueba vinculados con los casos de violencia de género.

De manera general, las complicaciones probatorias en este tipo de sucesos (al igual que los casos de violencia contra la mujer o los ataques sexuales), no deben significar la supresión de los principios básicos que informan el proceso penal ni la imposibilidad absoluta de condenar. De acuerdo con los parámetros propuestos (punto III.a) aquí también la hipótesis acusatoria

debe comprobarse más allá de toda duda razonable, Por lo demás, este es el sentido que debe otorgarse a los arts. 16 inc. i y 31, de la Ley 26.485 (2009). En definitiva, no se trata de modificar el estándar de prueba que rige éste y todos los casos penales, sino de extremar las medidas para realizar una investigación completa y profunda de cada caso, acompañada de una valoración integral de todas las pruebas reunidas *para establecer las peculiaridades que presenta cada uno de ellos*.

También es relevante adoptar una perspectiva de género. En palabras del juez Luis García:

Me referiré aquí a dos fenómenos concretos. El primero aparece patente en la incapacidad de percibir en toda su complejidad los actos de violencia contra la mujer por un apego al principio de legalidad mal entendido. Por cierto, este principio impone un abordaje estricto de los supuestos de hecho de la punibilidad definidos en la figura legal, pero ello no legitima un recorte de la apreciación de los elementos disponibles limitado a esos elementos del supuesto de hecho. Aunque es evidente que por imperio del art. 18 CN sólo pueden ser objeto de pena hechos de violencia que satisfacen los elementos de la figura legal, ello no exime de considerar que la violencia contra la mujer, en importante cantidad de casos, no está constituida por un hecho aislado que se resume en los elementos de la tipicidad, sino por una situación dinámica y más o menos perdurable, multiforme, y no necesariamente típica, que debe ser aprehendida de modo contextual como un continuum, aunque para la punibilidad sólo sea lícito tomar en cuenta los hechos aislados que satisfacen una figura legal determinada. Esta comprensión contextual del continuum, que examina de modo dinámico la conducta del imputado y de la presunta víctima, las relaciones de dominio, sometimiento y subordinación, es pertinente en la apreciación de los hechos típicos, en la medida en que ofrece una perspectiva adecuada para establecer el mérito de la acusación..." (Sala II, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sentencia del 13 de octubre de 2015, registro 544/2015).

De este modo, *el contexto de violencia de género* en que se desarrollan los hechos *también* debe ser objeto de examen, para alcanzar una solución



correcta de los distintos supuestos; y la declaración de quien se presenta como víctima, debe analizarse para establecer si entre ella y su agresor existe o existió una relación asimétrica de poder (Di Corleto, 2017: 298-299).

Asimismo, es necesario analizar este tipo de casos sin acudir a *estereotipos*, esto es, “reglas” que suponen que ciertas personas *deben* comportarse de cierta manera ante determinadas situaciones *porque es lo que se espera de ellas en función del papel que se les asigna en la sociedad por la sola circunstancia de pertenecer a un colectivo determinado*. La utilización de estos estereotipos conduce a cristalizar situaciones de desigualdad. Este tema ha originado una importante discusión en la doctrina que aquí, reitero, por razones de espacio, no es posible reproducir (Arena, 2016 y 2020; Fuentes Soriano, 2020; Gama, 2020).

Por último, todas estas propuestas deben estar acompañadas de *mejores investigaciones preparatorias*, la superación de la organización espejo del Ministerio Público Fiscal y la capacitación en las *técnicas de litigación*.

BIBLIOGRAFÍA

Arena, F. J. (2016). *Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual*. Revista de Derecho (Universidad de Valdivia), vol. XXIX, nº 1, pp. 51-75, DOI: 10.4067/S0718-09502016000100003;

Arena, F. J. (2020). *Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género*. “Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning”, n. 1, pp. 247-258. España: Marcial Pons, .DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i0.22370

Burroughs, T. G. (1989). *Retroactive Application of Legislatively Enlarged Statutes or Limitations for Child Abuse: Time’s no Bar to Revival*, Indiana Law Review, Vol. 22, p. 989, con información adicional.

Camargo, L., Rullan, I., y Surt, V.: *Investigación. Delitos contra la integridad*

sexual en la provincia de Tierra del Fuego. Recuperado el 6 de julio de 2021 de <https://s3.amazonaws.com/public.diariojudicial.com/documentos/000/018/067/000018067.pdf>

Chalmers, A. (2002). *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, 2ª ed. Argentina: Siglo Veintiuno de Argentina Editores.

Deanesi, L. y Varela, A. (2018). *Discusiones sobre la admisibilidad de la prueba pericial: el caso de los “peritajes psicológicos de credibilidad”*. En Gonzalo, R y Rovatti, P. (comps.). *Sistemas adversariales de enjuiciamiento penal, técnicas de litigación y juicio por jurados*. Buenos Aires, pp. 173-199

La Nación. (2019). *Una nena de 11 años grabó con su celular cuando un cura abusaba sexualmente de ella*. Recuperado el 6 de julio de 2021 de https://www.lanacion.com.ar/sociedad/una-nena-11-anos-grabo-su-celular-nid2306075/?li_source=LI&li_medium=li-nacion-recommended-item-template-1.

Di Corleto, J. (2017). *Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género*. En Di Corleto J. (comp.). *Género y justicia penal*, Buenos Aires: Didot.

Diges Junco, M. y Pérez–Mata, N. (2017)., *La entrevista forense de investigación a niños supuestas víctimas de delitos sexuales: guía de buenas prácticas (I)*, Diario La Ley, nº 8920(13 de febrero de 2017), Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, España, pp. 1–14.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta.

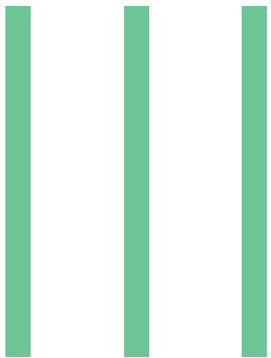
Fuentes Soriano, O. (2020). *La perspectiva de género en el proceso penal. ¿refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «el testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género»*, *Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico*. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning, n. 1, pp. 271-284, Marcial Pons, Madrid, DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i0.22372.

- 
- Gama, R. (2020). *Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico*. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning, n. 1, pp. 285-298, Marcial Pons, Madrid, DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i0.22373.
- Gascón Abellán, M. (1999). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Henderson, H. M. & Andrews, S. J. (2018). *Assesing the Veracity of Children´s Forensic Interviews. Implications for the Courtroom*. En Henry O. & Mark L. H (comps.). *Finding the Truth in the Courtroom. Dealing with Deception, Lies and Memories*, Oxford University Press, New York.
- Igartúa Salaverría, J. (1999). *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Madrid: Trotta.
- Oficina de Violencia Doméstica, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Informe Estadístico 2018. Recuperado el 6 de julio de 2021 de www.ovd.gob.ar.
- Jansen, G. (2012). *Zeuge und Aussagepsychologie*, 2ª ed., C.F. Müller.
- Köhnken, G. (2014) *Fehlerquellen in aussagepsychologischen Gutachten*. En Deckers, R y Köhnken, G. Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen, 2ª ed., Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, pp. 1-41.
- Ministerio de Seguridad de la Nación, Secretaría de Gestión Federal de la Seguridad. Informe Estadísticas Criminales en la República Argentina 2017. Recuperado el 6 de julio de 2021 de <https://estadisticascriminales.minseg.gob.ar/reports/Informe%20SNIC%202017.pdf>
- Nieva Fenoll, J. (2012). *Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad*. Civil Procedure Review, v. 3, pp. 8-12
- Registro Nacional de Reincidencia: Informe Estadístico Sentencias Condenatorias de la República Argentina 2016. Recuperado el 6 de julio de 2021 de: https://www.dnrec.jus.gov.ar/descargas/estadisticas/Informe_Condenadas_2016_FINAL_ANEXO.pdf.
- Rohman, J. A. (2014). *Trauma und Folgen. Erkenntnisse, verbreite Ansichten und rechtspsychologische Bedeutung*. En Rüdiger, D. y Köhnken,

G. (comps.). Die Erhebung und Bewertung von Zeugenussagen im Strafprozess, 2ª ed., Berliner Wissenschafts, Berlin, pp. 193-236.

Sancinetti, Marcelo, 2010. *Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas "Testimonium unius non valet" y "Nemo testis in propria causa"*. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, fascículo 6, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 955-995.

Waisberg, G. (2019). *La prescripción de la acción penal y el abuso sexual de menores por hechos anteriores a la sanción de las leyes 26.705 y 27.206*. En Revista Temas de Derecho penal y procesal penal. Buenos Aires: Errejus, p. 435.



Criminalización de las sexualidades

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**III. CRIMINALIZACIÓN DE
LAS SEXUALIDADES**

El derecho penal como determinante social de la salud: un aporte empírico a la discusión sobre la penalización del comercio de sexo

MERCEDES CAVALLO¹

I. Introducción

La criminalización de ciertas conductas, a menudo, tiene consecuencias negativas en la salud y la vida de determinadas poblaciones. El impacto desproporcionado del derecho penal en la morbilidad de ciertos grupos (en general, desaventajados) es un argumento de derechos humanos que se usa, con frecuencia, para demandar la revisión de dichas normas. De hecho, éste fue uno de los principales argumentos para lograr la legalización del aborto en Argentina, el 30 de diciembre de 2020 (Ley N° 27.610, 2020)².

El razonamiento consiste en demostrar, a través de evidencia empírica, que la aplicación de un tipo penal, en la práctica, tiene consecuencias graves y diferenciadas en la salud o la vida de un sector de la población. Se esgrime

1 Mercedes Cavallo es abogada (UTDT), Especialista en Derecho Penal (UTDT), LL.M. (University of Toronto) y candidata doctoral (University of Toronto). Se desempeña como docente en la Maestría de Derecho Penal de la UTDT y como Secretaria Federal en la Poder Judicial de la Nación. Agradezco la asistencia de Dana Repka en las referencias y notas al pie, y los comentarios de Romina Faerman y Felicitas Rossi.

2 Ver la versión taquigráfica del debate en la Cámara de Diputados en: <https://www4.hcdn.gob.ar/sesionesxml/provisorias/138-17.htm>. Ver también la versión taquigráfica del debate en la Cámara de Senadores en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/29-12-2020/28/downloadTac>.



que estas consecuencias implican una vulneración desproporcionada e injustificada al derecho a la salud, integridad, vida e igualdad de este grupo; y que, por eso, la conducta debe despenalizarse, legalizarse o su regulación penal reverse, según el caso.

En el debate sobre la legalización del aborto, tanto en 2018 como en 2020, en ambas Cámaras del Congreso, el argumento conocido como “de salud pública” fue el más esgrimido y, de hecho, el que más eficazmente logró que legisladores renuentes a aceptar la legalización del aborto votaran a favor de la ley³. Con distintos matices, la mayoría de les diputades⁴ y senadores coincidió en que, a pesar de que la práctica estaba penalizada, los abortos clandestinos se practicaban de todas formas, afectando, de manera desproporcionada, la vida y la salud de aquellas personas que no podían pagar un aborto clandestino pero seguro.

Estas afirmaciones no sólo se basaron en publicaciones científicas sobre el efecto de la penalización del aborto en la vida de mujeres y personas gestantes de bajos recursos y/o muy jóvenes (Pantelides & Mario, 2009), sino que especialistas de distintas ramas de la ciencia dieron su testimonio en el Congreso, para explicar la evidencia empírica que sostenía dichos postulados⁵.

El impacto del derecho penal en la salud y la vida de determinados grupos desaventajados también se utilizó en la jurisprudencia argentina en relación a aborto y a tráfico de drogas. De hecho, la mayoría de los tribunales argentinos sigue hoy la doctrina sentada en el precedente de 1966 de la Cámara del Crimen, llamado “Natividad Frías” (CNACrim. y Corr., 26/08/1966) —sobre atención médica posaborto—, que luego fue recogido

3 Entre ellos, destacan la senadora nacional por la provincia de Neuquén, Carmen Lucila Crexell (Movimiento Popular Neuquino) y la senadora nacional por la provincia de Entre Ríos, Stella Maris Olalla (Unión Cívica Radical) que, en la votación del 2018, se habían abstenido y votado en contra, respectivamente, pero que, en el debate legislativo del año pasado, votaron a favor con fundamento en el argumento de salud pública.

4 A lo largo del texto, usaré lenguaje inclusivo.

5 Entre ellos, expusieron a favor del aborto la médica especialista en epidemiología y estadística médica, Mabel Bianco; el médico sanitarista y actual ministro de Salud bonaerense, Daniel Gollan; la ginecóloga y ex directora de Salud Sexual y Reproductiva del Ministerio de Salud, Silvia Oizerovich; el obstetra Mario Sebastiani y el biólogo Alberto Kornblith.

por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Baldivieso” (CSJN, 20/04/2010) —sobre tráfico de drogas. Allí, se estableció que cuando una persona llega a una institución médica con un cuadro de riesgo para su salud, la criminalización de la conducta (aborto o tráfico de drogas) no puede justificar que la persona sea expuesta al “dilema inhumano” de decidir entre buscar asistencia médica e ir presa, o no buscarla y morir para evitar la persecución penal⁶.

Como parte de un compromiso básico con la igualdad, la academia jurídica argentina sostiene pacíficamente que el impacto desproporcionado del derecho penal implica una violación de derechos humanos. Llama la atención, entonces, que este argumento no sea más frecuentemente esgrimido para demandar la revisión de las normas que criminalizan distintas prácticas vinculadas al comercio de sexo; considerando el impacto devastador que tienen sobre la salud y la vida de los trabajadores sexuales⁷. El objetivo de este artículo es abordar este tema, pensando al derecho penal como un determinante social de la morbilidad desproporcionada en el colectivo de los trabajadores sexuales.

En primer lugar, presentaré algunas herramientas teóricas de la epidemiología social, que conceptualizan al derecho como un determinante social de la salud. En segundo lugar, introduciré los resultados de algunos estudios epidemiológicos de distintas partes del mundo, en los que investigadores encontraron una relación causal directa entre la criminalización de prácticas asociadas al comercio de sexo y resultados negativos para la salud y la vida de trabajadores sexuales. En tercer lugar, reseñaré brevemente dos fallos canadienses, en los que el uso de evidencia empírica que demostraba que el marco jurídico de ese país ponía en peligro la vida y la salud de los trabajadores sexuales funcionó como base para que tribunales declararan varias de esas normas inconstitucionales. En cuarto lugar,

6 Ver Cavallo, M. (2016). La confidencialidad en la atención médica. Serie *Documentos REDAAS*, 7.

7 Por supuesto que varias juristas han abordado este tema en el contexto argentino (ver, por ejemplo, el trabajo de Daniela Heim, Florencia Sotelo, Agustina Iglesias, entre otras), pero son pocas en comparación con las personas usando este argumento en contextos de aborto y estupefacientes.



abordaré el marco normativo argentino y la evidencia disponible en el país sobre el impacto de la penalización, a la luz de las ideas socio epidemiológicas introducidas antes.

II. El derecho como un determinante social de la salud

La epidemiología social estudia lo que se conoce como determinantes sociales de la salud. Este concepto “pone la atención sobre los factores sociales (...) que juegan un papel importante en determinar la salud de las personas y las poblaciones” (Graham, 2004: 105)⁸. Según Graham, esta disciplina ve, en ciertos factores sociales, “causas fundamentales” que estructuran el nivel y especialmente la distribución de la salud en una población. Una pregunta crucial que articula la investigación socio epidemiológica gira en torno a cómo las estructuras sociales se convierten en resultados de salud.

Dentro de la epidemiología social, algunos autores ven al derecho como un determinante social de la salud. Burris, Kawachi y Sarat (2002) son pioneros en el desarrollo de “un marco metodológico para incluir al derecho como un factor social en la investigación epidemiológica” (510)⁹. Por “derecho” ellos entienden, en sentido amplio, (1) las reglas vinculadas al Estado y el sistema de prácticas e instituciones que las apoyan, y (2) el significado social que tanto las reglas como las prácticas producen (efecto simbólico del derecho). Estos autores se preguntan cómo el derecho es uno de los medios a través de los cuales la estructura social se convierte en salud.

Para responder esta pregunta, Burris, Kawachi y Sarat identifican dos mecanismos específicos. Por un lado, el derecho es “un camino o una vía¹⁰ a través de la cual otros determinantes sociales de la salud se manifiestan”

8 Traducción propia.

9 Traducción propia.

10 Los autores usan el término “pathway”.

(2002: 512)¹¹; tales como el género, la raza o la situación socio-económica. En esta versión, la pregunta gira en torno a cómo el derecho expone a ciertas personas o poblaciones a “agentes o prácticas patógenas” (2002: 513). Por ejemplo, la penalización del aborto funciona como una vía a través de la cual personas gestantes de bajos recursos están más expuestas que aquellas con más recursos a prácticas de aborto clandestino inseguras. Es decir que el aborto inseguro es la práctica patógena y el derecho, a través de la penalización, es la vía por la cual la clase social se expresa, determinando la morbimortalidad más alta en esa población¹². Cuando el derecho funciona como una vía, contribuye a la inequidad en la salud porque perpetúa los patrones sociales de inequidad preexistentes.

Por otro lado, estos autores también ven al derecho como un moldeador¹³ de otros determinantes sociales de la salud. En esta versión, el derecho tiene un rol estructural, ya sea influyendo en el acceso a recursos, creando instituciones y procedimientos que benefician a ciertos grupos y perjudican a otros, o construyendo el mundo normativo a través del cual se otorga significado simbólico a determinadas poblaciones y prácticas. En este punto, por ejemplo, los autores hacen hincapié en las formas en que el derecho contribuye a la creación de estigma y de estereotipos de género o raciales. Volviendo al ejemplo del aborto, el derecho actúa también como un moldeador cuando criminaliza la interrupción del embarazo, reforzando el estereotipo de que las mujeres siempre deben ser madres.

III. Algunos estudios socio epidemiológicos sobre el impacto de la criminalización del comercio de sexo

Las investigaciones socio epidemiológicas que abordan el impacto de la criminalización de prácticas asociadas al comercio de sexo son concluyentes:

¹¹ Traducción propia.

¹² Ver Cavallo, M. (2009). Law as a social determinant of unsafe abortion in Argentina (tesis de maestría). University of Toronto, Toronto, Canadá.

¹³ Los autores utilizan el término “shaper”.



la ley penal es un determinante social y estructural de la salud de trabajadores sexuales, vinculándosela con una mayor exposición a varios tipos de violencia de parte de la policía y de los clientes, a mayores riesgos de contraer VIH y otras enfermedades de transmisión sexual y a un menor acceso a servicios de salud. A continuación, reseñaré los estudios más citados.

En un estudio publicado en 2014, Deering, Amin, Shoveller, Nesbitt, Garcia-Moreno, Duff, Argento y Shannon relevaron la literatura disponible sobre los determinantes de la violencia contra los trabajadores sexuales, hallando cuarenta y dos estudios que cumplían con los criterios metodológicos. Veintiocho de esos estudios establecieron como primer factor de correlación con la violencia la regulación legal del trabajo sexual. En cuatro estudios, diferentes prácticas policiales (como arrestos o coerción) fueron asociadas de forma independiente con un aumento de la violencia contra los trabajadores sexuales en Gran Bretaña y en India. En Canadá, la confiscación de drogas o preservativos y el desplazamiento de trabajadores sexuales de un área a otra fueron asociadas de forma independiente con un aumento en la violencia perpetrada por clientes. En India, la violencia policial contra los trabajadores sexuales también fue asociada a una mayor violencia de parte de clientes. A la vez, tanto en India como en Bangladesh, los trabajadores sexuales reportaron que el principal perpetrador de violencia era la policía en ocasión de asegurar el cumplimiento de leyes anti-comercio sexual; prácticas que incluían desde violencia sexual hasta amenazas y pedidos de coimas.

En el relevamiento de Deering y colegas, también se identificaron otros factores correlacionados con la violencia ejercida contra los trabajadores sexuales. Estos fueron: las características del ambiente en el que se desarrolla la actividad, la situación socio-económica de las trabajadoras sexuales, la estigmatización de la actividad, la migración y las características de las relaciones interpersonales. Si bien no lo mencionan, es posible afirmar que el derecho también moldea estos determinantes, aunque se vea menos explícitamente. Por ejemplo, en relación al ambiente donde se desarrolla la actividad, en Gran Bretaña, trabajadoras sexuales que ofrecían sus servicios en la calle mostraron seis veces más posibilidades de sufrir violencia de parte de la policía o de parte de los clientes que aquellas que lo hacían puertas adentro. Esta tendencia se comprobó también en India, Canadá y Rusia. El rol del derecho penal en

moldear el determinante relacionado con el ambiente de trabajo aparece en normas que prohíben locales donde se comercia sexo, empujando a los trabajadores sexuales a ofrecer sus servicios en la calle o en la casa de los clientes. Por otro lado, es posible afirmar que la situación socio-económica de los trabajadores sexuales también es moldeada por el derecho cuando, a través de la penalización, se obtura el reconocimiento de la actividad como un trabajo y así se impide el ingreso de este colectivo a la economía formal y la seguridad social. Finalmente, la estigmatización de la actividad está profundamente moldeada por el derecho penal, que funciona otorgando valor normativo y simbólico a determinados colectivos y a prácticas.

En este sentido, los autores afirman:

Hay evidencia consistente de un vínculo independiente entre prácticas policiales y elevadas tasas de violencia física y sexual contra trabajadores sexuales. Esta data apoya la creciente demanda, basada en evidencia empírica, que incluye a la Organización Mundial de la Salud (...), de la necesidad de remover las normas que criminalizan el trabajo sexual (...) como una barrera de acceso a la salud, la seguridad y los derechos de las trabajadoras sexuales (Deering, et. al., 2014: 51)¹⁴.

En otro estudio publicado en 2016, Footer, Silberzahn, Tormohlen y Sherman relevaron la literatura publicada sobre los determinantes del contagio de VIH en trabajadores sexuales. En catorce estudios se encontró evidencia de que la vigilancia policial era un determinante estructural importante del contagio desproporcionado de VIH en poblaciones de trabajadores sexuales. Todos los estudios encontraron una asociación entre los comportamientos policiales y la infección por VIH, o un comportamiento de riesgo relacionado al contagio. En este sentido, afirman: “*la despenalización del trabajo sexual podría tener uno de los mayores efectos en el curso de la epidemia del VIH en entornos con epidemias de VIH concentradas o generalizadas*” (Footer et. al., 2016: 2)¹⁵.

14 Traducción propia.

15 Traducción propia.



En un estudio publicado en 2013, Goldenberg, Chettiar, Nguyen, Dobrer, Montaner y Shannon realizaron una investigación cualitativa en Tijuana, México, sobre las perspectivas de las personas en situación de prostitución o víctimas de trata, respecto de lo que ellas consideraban eran las mejores estrategias para prevenir no sólo la explotación sexual y la trata, sino también el riesgo de contraer VIH y otras enfermedades de transmisión sexual. Las participantes recomendaron que las intervenciones estatales tuvieran como objetivo, en primer lugar, reducir la susceptibilidad a la explotación sexual, proporcionando asistencia y capacitaciones impartidas por pares (es decir, por personas que también fueron explotadas sexualmente o son trabajadoras sexuales). En segundo lugar, mitigar los daños, mejorando el acceso a los recursos de prevención del VIH y al apoyo psicológico. En tercer lugar, brindar oportunidades para salir de la industria del sexo, a través de apoyo vocacional, material y un mejor acceso a tratamientos eficaces contra las drogas. Es interesante resaltar que, en el estudio, las entrevistadas no sugirieron mayor coerción estatal ni mayor criminalización.

En este sentido, sostienen:

Los enfoques actuales para prevenir la trata de personas con fines de explotación sexual a menudo han desviado la atención de los factores contextuales más amplios que dan lugar a la explotación y, en cambio, se enfocan en la criminalización (...). Nuestros datos se suman a un creciente cuerpo de evidencia que indica la necesidad crítica de cambiar hacia intervenciones que aborden las causas fundamentales que facilitan la explotación (Goldenberg, et. al., 2013: 7)¹⁶.

Y continúan:

A la luz del hecho de que muchas de las personas que ingresaron involuntariamente a la industria del sexo continuaron intercambiando sexo en ausencia de coerción, las intervenciones comunitarias no victimizantes, que reconocen esto y se basan en la resiliencia y las habilidades de las mujeres, de una manera sensible e informada, son recomendadas (2013: 8)¹⁷.

¹⁶ Traducción propia.

¹⁷ Traducción propia.

También, en un estudio publicado en 2017, Goldenberg, Krüsi, Zhang, Chettiar y Shannon estudiaron los determinantes sociales y estructurales de la salud de los trabajadores sexuales migrantes en Vancouver, Canadá. Entre los factores encontrados se destacó el miedo a las interacciones con la policía. En lugar de percibir a la aplicación de la ley como protectora, el estrés creado por la presencia policial se enmarcó como otro riesgo más que debían manejar los trabajadores sexuales inmigrantes. Las precauciones que tomaron estas personas para evitar interactuar con las fuerzas policiales, a menudo, pusieron en peligro directamente su salud y seguridad, por ejemplo, a través de asegurar la satisfacción del cliente a cualquier costo y exponiéndolas a actividades que podrían ponerlas en mayor riesgo de contraer ITS o sufrir una agresión sexual. Esto, por miedo a que los clientes las denuncien. Una participante afirmó: “No podemos ofender a ningún cliente... no queremos causar problemas” (Goldenberg et al., 2017: 11)¹⁸. Además, al miedo a la criminalización se sumó la preocupación por el maltrato de la policía; circunstancia que se presentó como disuasoria a la hora de buscar asistencia o denunciar casos de violencia.

Por otro lado, el estudio menciona que:

Las redadas e inspecciones de la policía a menudo llevaron a los regentes y dueños de burdeles a evitar cualquier cosa que pudiera considerarse evidencia de trabajo sexual, como información para la prevención del VIH o enfermedades de transmisión sexual, capacitaciones o permitir grandes cantidades de preservativos en el lugar. Una entrevistada señaló que el miedo a la policía restringe las oportunidades de los regentes para promover la salud y seguridad de las trabajadoras sexuales (Goldenberg, Lacey, N. et. al., 2017: 10)¹⁹.

En otro estudio publicado en 2015, Socias, Deering, Horton, Nguyen, Montaner y Shannon estudiaron los factores sociales y estructurales del encarcelamiento de trabajadores sexuales en Vancouver, desde 2010 hasta 2013. Los autores afirman:

18 Traducción propia.

19 Traducción propia.



Este estudio prospectivo encontró una prevalencia y una frecuencia muy altas de encarcelamiento entre las trabajadoras sexuales en Vancouver, Canadá. En particular, las mujeres más vulnerables y marginadas tienen un mayor riesgo de encarcelamiento. Dados los conocidos daños sociales y de salud asociados con el encarcelamiento, y la relación entre acoso policial y encarcelamiento, nuestros hallazgos se suman a las crecientes recomendaciones para dejar atrás los enfoques criminalizadores del trabajo sexual para Canadá y el resto del mundo (Socias, et. al., 2015: 975)²⁰.

Hay más investigaciones en esta dirección, que no puedo reseñar aquí por una cuestión de espacio. Lo relevante es que todos los estudios que encontré durante mi investigación, centrados en estudiar los determinantes de la salud de trabajadoras sexuales, identifican la criminalización de prácticas asociadas al comercio sexual (o las prácticas policiales dirigidas a aplicar la ley penal) entre los principales factores que ponen en riesgo la salud y la vida de estas personas.

IV. Utilización de la evidencia empírica sobre la criminalización de comercio sexual en la jurisprudencia canadiense

Evidencia empírica sobre la ley penal como un determinante social de la salud de los trabajadores sexuales fue usada por tribunales canadienses para declarar la inconstitucionalidad de varias normas que criminalizaban distintas prácticas vinculadas al comercio sexual.

“Bedford v. Canadá”²¹ (SCC, 20/12/2013) es un fallo de 2013 de la Corte Suprema Canadiense, impulsado por tres trabajadoras sexuales que sostenían que tres artículos del Código Penal canadiense aumentaban el peligro al que ellas se enfrentaban cuando ejercían el comercio sexual. Las peticionantes afirmaban que la ley penal violaba el artículo 7 de la Carta

²⁰ Traducción propia.

²¹ Para su consulta, ver: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13389/index.do>

de Derechos canadiense, donde se establece el derecho a la “seguridad de las personas”²².

En particular, los artículos bajo análisis tipificaban: tener (ser dueño o encargado) o ser encontrado (es decir, estar) en un burdel; vivir de los beneficios de la prostitución (es decir, obtener una ganancia económica de la prostitución ajena, circunstancia que en Canadá no se aplica sólo a los considerados proxenetas sino también, por ejemplo, a guardias de seguridad, recepcionistas, contadores, etc.); y comunicarse en público con fines de obtener servicios sexuales²³.

22 Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982). Article 7: Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

23 Canadian Criminal Code, (1983). Article 210(1) Keeping common bawdy-house: Everyone who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(2) Landlord, inmate, etc.: Everyone who:

(a) is an inmate of a common bawdy-house,

(b) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or

(c) as owner, landlord, lessor, tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house, is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) Notice of conviction to be served on owner: Where a person is convicted of an offence under subsection (1), the court shall cause a notice of the conviction to be served on the owner, landlord or lessor of the place in respect of which the person is convicted or his agent, and the notice shall contain a statement to the effect that it is being served pursuant to this section.

Duty of landlord on notice

(4) Where a person on whom a notice is served under subsection (3) fails forthwith to exercise any right he may have to determine the tenancy or right of occupation of the person so convicted, and thereafter any person is convicted of an offence under subsection (1) in respect of the same premises, the person on whom the notice was served shall be deemed to have committed an offence under subsection (1) unless he proves that he has taken all reasonable steps to prevent the recurrence of the offence.

Article 212 (1) Everyone who (...) (j) lives wholly or in part on the avails of prostitution of another person, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

Article 213 (1) Every person who in a public place or in any place open to public view (...) (c) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.



Las peticionantes argumentaron que estas restricciones ponían en riesgo su seguridad y su vida al impedirles implementar ciertas medidas de seguridad, tales como contratar guardias, desarrollar la actividad puertas adentro y con otras personas, desarrollar la actividad siempre en el mismo lugar, o conocer cara a cara al cliente antes de pautar el encuentro.

En el caso se presentó un expediente probatorio de más de 25.000 páginas, con un gran volumen de estudios empíricos, informes de la sociedad civil, artículos de periódicos y legislación. Incluso, varios expertos testificaron ante la Corte y fueron interrogados por la fiscalía en las distintas instancias.

La Corte utilizó esta evidencia para confirmar el fallo de primera instancia que afirmaba que las normas penales violaban el derecho a la seguridad de la persona. El tribunal dijo que las normas penales bajo análisis no representaban una mera regulación de la actividad, sino que imponían condiciones peligrosas para el ejercicio de la actividad y, de hecho, expresamente impedían que trabajadoras sexuales pudieran tomar recaudos para proteger su salud y su vida (SCC, 20/12/2013).

Me interesa focalizar en un aspecto del argumento del fallo, que tiene que ver con el examen de proporcionalidad que aplica la Corte. Como muchos otros sistemas jurídicos del mundo, el sistema canadiense aplica un examen de proporcionalidad para determinar si la violación a un derecho está justificada vis a vis la protección de otro derecho. Este examen consiste en preguntarse si el objetivo de la norma bajo análisis es legítimo, si los medios que implementa la norma son adecuados para lograr ese objetivo (es decir, si son eficaces y basados en evidencia empírica) y si el impacto es proporcional (es decir, si los beneficios que logra la normas superan a los costos)²⁴.

Utilizando la evidencia empírica aportada, la Corte Suprema canadiense estimó que si bien los objetivos de las normas eran legítimos (en algunos casos ese objetivo era el orden público, en otros prevenir la explotación sexual), en muchos casos los medios no eran adecuados y en todos los casos el impacto era desproporcionado. En este sentido, el tribunal

²⁴ Para más sobre control de proporcionalidad en el contexto argentino, ver caso “Kimmel v. Argentina” (Corte IDH, 02/05/2008).

afirmó que el efecto de las leyes de impedir que les trabajadores sexuales tomaran medidas que aumentarían su seguridad y posiblemente salvarían sus vidas superaba el potencial efecto positivo de proteger el orden público o prevenir relaciones de explotación. La Corte dijo: “el Parlamento tiene el poder de regular (...) pero no a costa de la salud, la seguridad y la vida de las trabajadoras sexuales” (SCC, 20/12/2013: 1106). Por ello, el tribunal suspendió la aplicación de estas normas por un año y ordenó al Parlamento que redactara nuevas regulaciones, de una manera que no infringiera los derechos constitucionales de los trabajadores sexuales.

Sin embargo, en 2014, el gobierno conservador de Stephen Harper sancionó una nueva ley donde penalizó la compra de sexo, tipificó como delito las acciones de terceros que se beneficiaban económicamente de su venta, penalizó la publicidad de la venta de servicios sexuales y otorgó inmunidad procesal a las personas en situación de prostitución, por considerarlas víctimas.

La nueva normativa fue llevada a los tribunales en 2020, en el fallo “R. v. Anwar” de la Corte de Justicia de Ontario (OCJ, 21/02/2020). Lo hicieron dos dueños de un servicio de escorts, que habían sido imputados por recibir un beneficio económico de la prostitución ajena, por haber contratado servicios sexuales y por publicitarlos.

El tribunal estimó que una ley anti-publicidad es inconstitucional por violar el derecho a la libertad de expresión y que la criminalización de contratar servicios sexuales y de recibir un beneficio material de la prostitución son inconstitucionales por violar la seguridad de la persona. En línea con lo afirmado por la Corte en “Bedford”, en “Anwar”, el tribunal resaltó que trabajadores sexuales, en particular los que están en la calle, corren un alto riesgo de ser víctimas de violencia física; y que la ley penal les impide tomar medidas de seguridad que reducirían ese riesgo. El tribunal además dijo que las normas estigmatizan el trabajo sexual, lo que tiene importantes consecuencias negativas para la salud física, psicológica y emocional de los trabajadores sexuales.

Este fallo es reciente, así que la cuestión no está cerrada aún. En los próximos meses veremos si llega a la Corte Suprema y cómo se pronunciará



el tribunal. Lo que me interesa marcar de esta jurisprudencia es la idea, en el fondo jurídica, de que, si el derecho es un determinante social de la salud, el impacto que la criminalización de distintas prácticas relacionadas con el comercio de sexo tiene en la población de trabajadoras sexuales es un dato crucial, tanto para desarrollar política criminal efectiva como constitucional.

V. El marco normativo y la evidencia disponible en Argentina a la luz de la epidemiología social

El derecho penal argentino no penaliza el ejercicio del trabajo sexual autónomo. No obstante, criminaliza una serie de conductas vinculadas a la oferta y demanda de sexo. Por un lado, el artículo 125 bis del Código Penal penaliza la promoción o facilitación de la prostitución, aunque mediere el consentimiento de la víctima (Ley N° 11.179, 1922, modificada por la Ley N° 25.087, 1999); mientras que el artículo 126 del Código Penal agrava la pena para ciertos supuestos que incluyen determinados medios comisivos, y ciertas características del autor y de la víctima. Además, el artículo 127 del Código Penal reprime la explotación económica de la prostitución ajena, aunque mediere el consentimiento de la víctima, y agrava la pena en similares supuestos del artículo 126 (Ley N° 11.179, 1922, modificada por Ley N° 26.842, 2012).

Por otra parte, los arts. 145 bis y ter del Código Penal criminalizan la trata de personas con diversos fines, incluida la explotación sexual (Ley N° 26.842, 2012). La norma contempla sólo un delito de trata, que incluye tanto a las víctimas menores como mayores de edad. Además, define la trata por medio de una serie de conductas típicas, configurándose el delito si se acredita, objetiva y subjetivamente, una sola de dichas conductas: ofrecimiento, captación, traslado, recepción o acogimiento, con fines de explotación.

Como en el caso de facilitación y de explotación de la prostitución, la ley de trata argentina prescinde del consentimiento de la víctima. Es decir que el tipo penal se configura con el mero ofrecimiento, la mera captación, el mero traslado, la mera recepción o el mero acogimiento, sin necesidad de que se consume la explotación. Se trata de un delito de peligro, por lo que

alcanza con la intención de explotar a las víctimas, como motivación para realizar las acciones típicas. De hecho, la consumación de la explotación constituye un agravante.

Por otro lado, la ley de trata no establece, como parte de la definición típica, los antiguos “medios comisivos” que estaban en la redacción anterior (Ley N° 26.364, 2008). Esto implica que el engaño, el fraude, la violencia, la amenaza y el abuso de situación de vulnerabilidad, ahora son agravantes. A esos agravantes, la ley actual suma otros: si la víctima estuviera embarazada; si fuera mayor de 70 años; si tuviera una discapacidad; si tuviera una enfermedad que le impidiera valerse por sí misma; si fueran más de tres víctimas; si en la comisión del delito participaron tres o más personas; si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda de la víctima; si el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria; si se lograra consumir la explotación (como dije antes, la consumación de la explotación es un agravante); si la víctima es menor de 18 años.

El escenario normativo a nivel nacional se completa con la Ley Nacional N° 12.331 conocida como “Ley de Profilaxis” (1937), que prohíbe locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella, y penaliza el sostenimiento, administración o regenteo de “casas de tolerancia”; y con el Decreto 936/2011 que prohíbe la publicidad de oferta de servicios sexuales a través de cualquier medio (el famoso “rubro 59”).

Cada jurisdicción, por otro lado, regula aspectos del comercio de sexo a través de normas locales. Por ejemplo, el artículo 81 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires prohíbe la oferta y la demanda de sexo “en forma ostensible” en lugares públicos no autorizados (Ley N° 1.472, 2004); mientras que la Ley N° 4.486 de la Ciudad de Buenos Aires (2013) prohíbe la publicidad de servicios sexuales mediante la distribución de volantes en espacios públicos.

Ahora bien, en relación a la evidencia empírica en Argentina, en mi investigación no encontré estudios estrictamente epidemiológicos donde se



evalúe el impacto de la penalización de prácticas asociadas al comercio de sexo en la salud de trabajadores sexuales. Lo que sí encontré fueron variados estudios empíricos (principalmente de antropólogas, entre los que se destaca el trabajo de Deborah Daich y Cecilia Varela), en los que se analizan críticamente prácticas judiciales y policiales²⁵. Asimismo, existen informes de la sociedad civil, entre los que se destacan Amnistía (2016), RedTraSex y AMMAR (2016), y diferentes artículos periodísticos²⁶, donde se entrevistan a trabajadoras sexuales que expresan el impacto negativo que tiene la ley penal sobre su salud y vida.

Entre otros preocupantes aspectos, estos trabajos argumentan que, en Argentina, las normas penales exponen a los trabajadores sexuales a la violencia policial y de clientes, a la vez que refuerzan un estigma preexistente que, a menudo, les disuade de buscar atención sanitaria oportuna, les expone a inseguridad habitacional y contribuye a la precariedad laboral.

Si bien estos estudios advierten sobre la diversidad y heterogeneidad del trabajo sexual en el mercado del sexo²⁷, en lo que hace a la prestación del servicio sexual en sentido estricto, explican que, por razones de conveniencia en la organización, pero, sobre todo, de seguridad, el ejercicio del trabajo sexual autónomo se desarrolla de forma asociada en lo que se conoce como “departamentos privados”. Esto significa que al menos dos personas alquilan un espacio para ejercer el trabajo sexual, y es común que contraten seguridad, publiciten sus servicios y se dividan ciertas tareas más administrativas de forma específica (como atender el teléfono, recibir a los clientes, cobrarles).

25 Ver, por ejemplo, Varela, C. I., & Daich, D. E. (2016). Entre el combate a la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución. *Delito y Sociedad* 38(23), pp. 63-86.

26 Ver, por ejemplo, Bugacoff, J & Muiña, F. La pandemia no tiene cara de puta: la Casa Roja de Constitución y la ayuda sindical al vecindario. *El Cohete a la Luna*, recuperado el 06 de julio de 2021 de <https://www.elcohetealaluna.com>; Recoaro, N. (2020). Más de 100 días sin amor: cómo viven la pandemia los trabajadores sexuales. *Revista Rolling Stone*, recuperado el 06 de julio de 2021 de <https://www.rollingstone.com.co/>.

27 A modo de ejemplo, Daich y Varela (2016) mencionan: sexo telefónico –hot lines; sexo virtual por internet; baile erótico; producciones pornográficas; masajes eróticos; actividades de alterne; prestación de servicios sexuales en sentido estricto.

No obstante, dadas las características del marco normativo argentino, las acciones que rodean la organización del trabajo sexual y que lo harían más seguro configuran o pueden configurar delitos: desde facilitación de la prostitución, explotación de la prostitución, o trata de personas hasta sostenimiento de “casa de tolerancia”²⁸. De hecho, por las características de la redacción de los tipos penales, en determinados supuestos puede resultar difícil distinguir el trabajo sexual autónomo de la facilitación o explotación de la prostitución, o incluso de la trata de personas. Por ejemplo, en un departamento privado donde los trabajadores sexuales viven de forma permanente o algunos días de la semana, una trabajadora sexual que tiene a su nombre el contrato de alquiler del departamento, o algún servicio como el teléfono o la luz, o que en la investigación se determinó que es ella quién le cobra a los clientes o quién realiza una labor más relacionada con la gestión del día a día del departamento, puede resultar imputada por facilitación, explotación o hasta trata de personas si se interpreta que esas acciones constituyen acogimiento.

En este sentido, y como surge de la jurisprudencia canadiense, la actual redacción de las normas que criminalizan prácticas vinculadas al comercio de sexo en Argentina lleva a que los trabajadores sexuales, que ejercen la actividad de forma autónoma y no coaccionada, deban hacerlo en condiciones inseguras y riesgosas para su salud y vida. En otras palabras, el derecho penal obtura conductas que harían que la actividad fuera más segura para las personas que la ejercen autónomamente, aumentando, de forma diferenciada e injustificada, la morbimortalidad en este grupo.

En particular, las normas penales actuales llevan a que los trabajadores sexuales deban desempeñar su actividad en soledad (no asociadas), sin personal de seguridad ni compañeres; promocionar sus servicios en la calle (por no poder hacerlo por otros medios); y realizar la actividad en la calle o en el domicilio privado del cliente (por no estar habilitados los prostíbulos). Asimismo, el derecho penal enfrenta a los trabajadores sexuales a un sistema penal que no siempre comprenden, muchas veces creyendo que

28 Ver Amnistía internacional. (2016). “Lo que hago no es un delito” El coste humano de penalizar el trabajo sexual en la ciudad de Buenos Aires, Argentina.



están siendo imputados cuando no lo están, o que la actividad que realizan es ilegal cuando no lo es. También, la ley penal da lugar a abusos policiales que incluyen desde el pedido de sobornos para evitar denuncias o actas contravencionales, o para avisar con antelación sobre allanamientos, hasta el ejercicio de la violencia en oportunidad de la prevención²⁹.

A través de las ideas de Burris, Kawachi y Sarat (2002) sobre el derecho como un determinante social de la salud, vemos que, en Argentina, el derecho penal opera tanto como un camino o vía para la expresión de otros determinantes sociales de la salud y también como un moldeador o configurador de dichos determinantes sociales.

Al criminalizar todo lo que rodea el trabajo sexual autónomo, el derecho penal actúa como una vía cuando expone a los trabajadores sexuales a la violencia, tanto de la policía como de potenciales clientes. La violencia es un determinante social de la salud en sí misma, y el derecho penal opera como el camino que la habilita. Además, por el contexto de criminalización, el derecho penal deja a los trabajadores sin posibilidad real de acudir a la policía o a la justicia para denunciar esas violencias y obtener reparación, nuevamente actuando como un camino o vía para que la violencia, como determinante social de morbilidad, se exprese sin miramientos.

Por otro lado, el derecho penal actúa como un moldeador de determinantes sociales al configurar el estatus de los trabajadores sexuales en la perpetua informalidad y bajo un manto de estigma. La informalidad laboral es un factor determinante de la salud, en tanto implica, en general, peores salarios, ausencia de obra social, ausencia de ART, incapacidad de recibir ciertos subsidios o beneficios del estado, imposibilidad de tener recibo de sueldo para alquilar una vivienda o para hacerlo al precio de mercado, imposibilidad de sacar préstamos, imposibilidad de hacer trámites básicos; todas circunstancias directamente vinculadas a la salud física, psíquica y emocional de las personas.

²⁹ Ver Amnistía internacional. (2016). *“Lo que hago no es un delito” El coste humano de penalizar el trabajo sexual en la ciudad de Buenos Aires, Argentina*. Buenos Aires, Argentina.

El derecho penal estigmatiza una actividad ya de por sí estigmatizada. El estigma es un determinante social de la salud ampliamente estudiado (Hatzenbuehler & Pachankis, 2016; Craig, et. al., 2016; Turner-Musa, et. al., 2020) y aquí opera cuando, por ejemplo, los trabajadores sexuales se abstienen de buscar atención médica por miedo a malos tratos de parte de los equipos de salud, o cuando un propietario no quiere alquilarles una vivienda por la actividad que realizan.

VI. Conclusión

El impacto desproporcionado del derecho penal en la salud y la vida de determinadas poblaciones o grupos es un argumento frecuente para demandar la revisión de las normas, por violación al derecho a la vida, salud e igualdad. A pesar de la evidencia que demuestra que la criminalización de actividades asociadas al comercio de sexo daña la salud y la vida de trabajadores sexuales, en Argentina este mismo argumento no es usualmente usado para exigir su revisión.

La epidemiología social ve en el derecho un determinante social de la salud de una población, ya sea como un camino o vía a través del cual otros factores fundamentales de la salud se expresan, o como un moldeador de dichos factores. Estudios epidemiológicos en distintas partes del mundo asocian la penalización de prácticas relacionadas con el comercio de sexo con una mayor exposición de los trabajadores sexuales a varios tipos de violencia de parte de la policía y de los clientes, a mayores riesgos de contraer VIH y otras enfermedades de transmisión sexual y a un menor acceso a servicios de salud. Este tipo de evidencia fue utilizada por tribunales canadienses para considerar a este tipo de normas penales como inconstitucionales, por violar el derecho a la seguridad de la persona de los trabajadores sexuales. La evidencia empírica disponible en Argentina, aunque no sea estrictamente epidemiológica, también permite identificar a las leyes que penalizan distintas prácticas asociadas al comercio de sexo como un determinante social de la morbilidad más alta en el colectivo de trabajadores sexuales. Esto implica una evidente violación de sus derechos humanos a la salud, vida e igualdad, y también representa un problema de salud pública que a la academia jurídica argentina debiera preocuparle.



Tres conclusiones se desprenden de este capítulo. En primer lugar, es necesario generar datos empíricos que permitan conocer con precisión hasta qué punto la criminalización de prácticas asociadas al comercio de sexo en Argentina funciona como un determinante social de la morbimortalidad más alta en el colectivo de trabajadores sexuales. Especialmente para personas trans y travestis, respecto de las cuales tanto la inserción en el mercado de sexo como la morbimortalidad son significativamente más altas que en otros grupos³⁰. En segundo lugar, es necesario apoyar intervenciones estatales preventivas y no punitivistas para atacar aquellos factores que determinan la vulnerabilidad de algunas personas por sobre otras de ser explotadas sexualmente o de ser víctimas de trata. Esto, debido a la correlación entre factores socio-económicos, adicción a las drogas e historias de abuso en la infancia y adolescencia, con una mayor vulnerabilidad a ser víctimas de explotación y trata. Si bien, potencialmente, cualquier persona puede ser víctima de trata, la criminología crítica feminista nos enseña que no todas las mujeres y disidencias estamos igualmente expuestas a ser víctimas de explotación y violencia³¹. Un análisis interseccional de los factores que hacen posible que algunas personas sean víctimas de trata y otras no resulta urgente para pensar soluciones desde el derecho³². Por último, y en relación con lo estrictamente penal, se impone la necesidad de discutir, esta vez de forma inclusiva y escuchando también las voces de les trabajadores sexuales, el tipo de consentimiento que el derecho penal debe considerar válido para que el comercio de sexo se desarrolle lícitamente y sin afectar desproporcionadamente la salud y la vida de quienes lo ejercen.

30 Ver ALLIT, ATTTA & CELS (2016). *Situación de los derechos humanos de las personas travestis y trans en la Argentina*. Ver también ATTTA & Fundación Huésped. (2014). *Informe sobre la situación de las personas trans en Argentina: Ley de identidad de Género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina*.

31 Ver, por ejemplo, Larrauri, E. (2007). *Criminología Crítica y Violencia de Género*, Editorial Trotta.

32 Por ejemplo, la demanda por el cupo laboral trans es un buen ejemplo de este tipo de políticas. Dada la enorme incidencia del trabajo sexual en comunidades trans y travestis, una medida como el cupo laboral funciona de forma preventiva y no punitivista para reducir la vulnerabilidad de estas personas a la captación.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía internacional (2016). *“Lo que hago no es un delito” El coste humano de penalizar el trabajo sexual en la ciudad de Buenos Aires, Argentina.*
- ALLIT, ATTTA & CELS (2016). *Situación de los derechos humanos de las personas travestis y trans en la Argentina.*
- ATTTA & Fundación Huésped (2014). *Informe sobre la situación de las personas trans en Argentina: Ley de identidad de Género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina.*
- Burris, S., Kawachi, I., & Sarat, A. (2002). Integrating law and social epidemiology. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 30(4), pp. 510-521.
- Cavallo, M. (2009). *Law as a social determinant of unsafe abortion in Argentina* (tesis de maestría). University of Toronto, Toronto, Canadá.
- Cavallo, M. (2016). La confidencialidad en la atención médica. *Serie Documentos REDAAS*, 7, pp. 1-13.
- Craig, G. M., Daftary, A., Engel, N., O’driscoll, S., & Ioannaki, A. (2017). Tuberculosis stigma as a social determinant of health: a systematic mapping review of research in low incidence countries. *International Journal of Infectious Diseases*, pp. 56, pp. 90-100.
- Deering, K. N., Amin, A., Shoveller, J., Nesbitt, A., Garcia-Moreno, C., Duff, P., Argento, E. & Shannon, K. (2014). A systematic review of the correlates of violence against sex workers. *American journal of public health*, 104(5), pp. e42-e54.
- Footer, K. H., Silberzahn, B. E., Tormohlen, K. N., & Sherman, S. G. (2016). Policing practices as a structural determinant for HIV among sex workers: a systematic review of empirical findings. *Journal of the International AIDS Society*, 19, 20883, pp. 1-13.
- Goldenberg, S. M., Engstrom, D., Rolon, M. L., Silverman, J. G., & Strathdee, S. A. (2013). Sex workers perspectives on strategies to reduce sexual exploitation and HIV risk: a qualitative study in Tijuana, Mexico. *PloS one*, 8(8), pp. 1-10.



- Goldenberg, S. M., Krüsi, A., Zhang, E., Chettiar, J., & Shannon, K. (2017). Structural determinants of health among im/migrants in the indoor sex industry: experiences of workers and managers/owners in metropolitan Vancouver. *PLoS One*, 12(1), pp. 1-18.
- Graham, H. (2004). Social determinants and their unequal distribution: clarifying policy understandings. *The Milbank Quarterly*, 82(1), pp. 101-124.
- Hatzenbuehler, M. L., & Pachankis, J. E. (2016). Stigma and minority stress as social determinants of health among lesbian, gay, bisexual, and transgender youth: research evidence and clinical implications. *Pediatric Clinics*, 63(6), pp. 985-997.
- Pantelides, E. A., & Mario, S. (2006). Morbilidad materna severa en la Argentina: estimación de la magnitud del aborto inducido. *CEDES. Área Salud, Economía y Sociedad. Resumen Ejecutivo* (2).
- RedTraSex y AMMAR. (2016). *El Trabajo Sexual y la Violencia Institucional: vulneración de derechos y abuso de poder. Investigación con mujeres trabajadoras sexuales de 14 países de Latinoamérica y el Caribe.*
- Socias, M. E., Deering, K., Horton, M., Nguyen, P., Montaner, J. S., & Shannon, K. (2015). Social and structural factors shaping high rates of incarceration among sex workers in a Canadian setting. *Journal of Urban Health*, 92(5), pp. 966-979.
- Turner-Musa, J., Ajayi, O., & Kemp, L. (2020, June). Examining Social Determinants of Health, Stigma, and COVID-19 Disparities. *Healthcare* 8(2), pp. 1-7.
- Varela, C. I., & Daich, D. E. (2016). Entre el combate a la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución. *Delito y Sociedad* 38(23), pp. 63-86.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**III. CRIMINALIZACIÓN DE
LAS SEXUALIDADES**

Un análisis situado de los procesos de criminalización de mujeres trans y travestis en la provincia de Buenos Aires

ARAMIS LASCANO¹

I. Introducción

El presente trabajo busca compartir algunas notas generales sobre los procesos de criminalización de mujeres trans y travestis en la provincia de Buenos Aires por delitos asociados al microtráfico de drogas ilegalizadas, que forman parte de un proceso de activismo y de investigación doctoral en ciencias sociales. Inicialmente, mi proyecto de investigación estaba más vinculado a indagar sobre las prácticas policiales en la “zona roja” de la ciudad de La Plata con el “estar ahí” etnográfico como coordenada de trabajo. Esta decisión estaba fundada en la enorme distancia que percibía entre lo compartido en conversaciones informales con mujeres trans y travestis, activistas sexo-disidentes, personas cercanas que habitaban en el barrio “El Mondongo” -donde está situada la “zona roja” local, lugar en el que viví durante dos años- y lo que traducía la policía en los expedientes judiciales que, usualmente, terminaban con el encarcelamiento.

A medida que me iba acercando a los primeros expedientes penales y avanzaba en la realización de entrevistas a funcionarios judiciales, fui identificando cómo cobraba sentido lo señalado por algunas etnografías e investigaciones antropológicas. La presunción de veracidad y autenticidad

¹ Activista sexo-disidente y abogada (UNLP) Becarie doctoral ICJ-UNLP. Esp. En el Abordaje de las Violencias Interpersonales y de Género (FCJyS-UNLP). Doctorando en Ciencias Sociales (FaHCE-UNLP). Integrante de Reset - Política de Drogas y Derechos Humanos. Aliada de la organización Furia Travesti. Correo electrónico: aramislascano@gmail.com



que gozan las actuaciones policiales ajustadas a ciertos formalismos en el expediente penal, convive con las diferentes posiciones que ocupan y las relaciones desiguales y jerárquicas, pero también complementarias, entre policías y judiciales, que varían según atmósferas particulares (Eilbaum, 2006; Garriga Zucal, 2017; Lascano, 2019). Mientras que la versión policial –que goza de fe pública y suele ser leída con mayor verosimilitud- no suele ser examinada con mucha detención y le es atribuido el valor de verdad, las versiones de las imputadas solían ser vistas bajo sospecha de artimañas para sortear la amenaza punitiva (Eilbaum, 2006; Lascano, 2019).

Sin embargo, una serie de sucesos vinculados a la fuerte exposición y la inconveniencia del “estar ahí”, cercaron las posibilidades de realizar una etnografía en la “zona roja” (Lascano, 2019). Por ello, desconocía qué camino alternativo iba a tomar. Mi trabajo anterior² era difícilmente compatible con el activismo legal sexo-disidente, vinculado, sobre todo, al colectivo de mujeres trans y travestis, el cual pretendía que la investigación en ciencias sociales sea guiada tanto por los intereses de contribución en clave epistemológica como por orientaciones políticas de intervención concretas.

En ese entonces, mientras transitaba por cierta incertidumbre, recibí un mensaje en búsqueda de asistencia jurídica, el cual comenzó a abrirme la puerta para conectarme directamente con las realidades de las mujeres trans y travestis encarceladas. Ulises, una activista marica, me comentó la situación que estaba atravesando Rubí, una chica trans, detenida por vender “tafirol”³ en la “zona roja” y alojada en una de las dieciséis comisarías de La Plata. Ulises me pone en contacto con Thatiana Carmona⁴, otra chica trans

2 Trabajaé cuatro años en la administración de justicia penal bonaerense en una dependencia de la Fiscalía General de La Plata situada en la ciudad de Ensenada.

3 Es la marca de un analgésico de venta libre que suele ser picado y utilizado ya sea para cortar la cocaína o directamente reemplazarla y venderla al menudeo, dada su apariencia similar (Lascano, 2019).

4 Si bien lo expresado en el presente trabajo es mi responsabilidad, no hubiese sido posible sin haber compartido parte de este camino junto a la activista trans y trabajadora del Ministerio de Justicia, Thatiana Carmona, con la cual desde el año 2018 hasta la actualidad, hemos articulado diferentes acompañamientos, acciones judiciales y administrativas en relación a las mujeres trans y travestis detenidas en la Unidad N°32 de Florencio Varela y también otras que están en libertad.

y activista que estaba acompañándola, acercándole elementos de higiene y alimentos, preocupada por la injusticia fundante de su encarcelamiento.

De alguna manera, en este texto, busco compartir los avatares de este proceso que se inició preguntándose por los procedimientos policiales y la gestión de mercados ilegalizados, deviniendo en la reformulación de una investigación que busca evitar la atomización del análisis e indagar en el complejo entramado de relaciones y sentidos que habilitan los modos y quehaceres judiciales, cómo se expresan éstos y qué consecuencias producen en las mujeres trans y travestis detenidas por microtráfico de drogas en la provincia de Buenos Aires.

II. Diversificando la persecución

En Argentina, la historia de las mujeres trans y travestis⁵, junto con la lucha del movimiento y los activismos trans y travestis está atravesada por la persecución estatal a través de los edictos policiales, códigos de faltas y contravencionales (Fernández, 2004; Berkins y Fernández, 2005; Cutuli, 2015). –así como de modalidades de relacionamiento específicas con las agencias policiales en la administración del territorio- y, en la última década, la Ley Nacional de Estupefacientes (AA.VV., 2016; Otrons, 2017; Lascano, 2019). Estas mutaciones se expresaron con sus propias singularidades en la ciudad de La Plata: desde comienzos de la década de 1990 hasta fines de los años 2000, la inmensa mayoría de las detenciones estuvieron motivadas en presuntas faltas y contravenciones asociadas al “travestismo” o al trabajo sexual callejero, apelando a figuras como la

5 Coincidimos con Blas Radi (2018) en que el uso de categorías paraguas como “personas trans” y la apelación equivalente e intercambiable entre los términos trans, travesti, transexual y transgénero en las narrativas de informes oficiales, organizaciones y académicas, puede homogeneizar biografías y experiencias de colectivos heterogéneos, obturando una multiplicidad de trayectorias posibles en el campo de la investigación. En este sentido, nos referiremos a la población de mujeres trans y travestis –y solo en otros términos cuando así lo hagan las referencias bibliográficas- teniendo en consideración que fueron éstas las categorías que utilizaron para identificarse con quienes nos vinculamos, reconociendo los riesgos de esencialismos y la inconveniencia de cristalizar una identidad sin comprender su carácter contingente y variable. Pese a esta aclaración, se respetarán las categorías identitarias referidas por la bibliografía utilizada.



“averiguación de identidad”, contenida en la ley orgánica policial de la provincia de Buenos Aires⁶ o simplemente por tareas de prevención policial y presuntos desórdenes urbanos o “escándalos” en la vía pública, particularmente, en la “zona roja”⁷ de la ciudad (AA.VV., 2016; Lascano, 2019).

En el año 2012, el movimiento trans-travesti avanzaba en el reconocimiento estatal de una demanda histórica: la consagración del derecho a la identidad de género a través de la sanción de la Ley 26.743 en el Congreso Nacional. Esta normativa, vanguardia a nivel mundial, anclada bajo los principios de autodeterminación, desjudicialización y despatologización⁸ de las identidades y corporalidades trans, travestis y no binarias, ha permitido desestabilizar el binarismo y el sexo como categoría jurídica (Radi, 2018), obligando al Estado al cumplimiento de una serie de obligaciones, entre ellas, garantizar el acceso a la salud integral y el respeto a la identidad de género, más allá de lo consignado en el documento nacional de identidad. En este contexto de reconocimiento formal de derechos, a partir del año 2013, diferentes agencias policiales comenzaron a llevar adelante una serie de procedimientos individuales y masivos -algunos con características de típicas *razzias*- dirigidos, sobre todo, contra las travestis y mujeres trans en la “zona roja” de la ciudad de La Plata por presunto microtráfico de drogas (OVG, Akahatá y Heartland Alliance for Human Needs and Human

6 El Decreto - Ley 8031/73 (Código Contravencional y de Faltas bonaerense) a través del artículo 92, inciso E, sancionaba a quien “en la vida diaria se vista y haga pasar como persona de sexo contrario” y, por intermedio del artículo 68, reprimía con multa y arresto a “la prostituta o el homosexual que se ofreciere públicamente, dando ocasión de escándalo o molestando o produjere escándalo en la casa que habitare”. Por su parte, el artículo 15, inc. C de la Ley 13.482 (Ley Orgánica de la Policía Bonaerense) permite las privaciones de libertad por “averiguación de identidad”.

7 En línea con lo señalado por Daich, Pita y Sirimarco (2007), creemos conveniente pensar a la “zona roja” no como un emplazamiento fijo, sino más bien definida a partir de los desplazamientos, las redes de sociabilidad y de las interacciones donde se producen y se sostienen las identidades y que habilita la vinculación de grupos policiales con sujetos y colectivos habitualmente definidos y tipificados por la misma agencia policial como objeto de su control y administración.

8 Entre otras cuestiones, garantiza el acceso al cambio registral de nombre y “sexo” a mayores de 18 de años mediante un ‘simple’ trámite administrativo y a procedimientos de ‘afirmación de sexo’ con el único requisito del consentimiento informado de la persona requirente, y con la cobertura del Plan Médico Obligatorio.

Rights, 2016; AA.VV., 2016; Lascano, 2019; Álvarez, 2019; Lascano y Vélez, 2020). Desde entonces, este proceso que fue mutando en sus características (Lascano, 2019) y sostenido en una importante participación y demandas de vecinos del barrio (Lascano y Vélez, 2020), se introdujo en una tendencia creciente de la tasa de encarcelamiento de mujeres trans y travestis por infracciones a la Ley Nacional de Estupefacientes⁹ (Ley 23.737, 1989) a partir de procesos penales en la ciudad de La Plata (Otrons, 2016, 2017, 2019; AA.VV., 2016) y también en otros centros urbanos del país (PPN, 2017, 2018; OTRANS, 2019) como Mar del Plata o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como señala Saín (2014, 2015), la seguridad pública en Argentina, específicamente en la provincia de Buenos Aires se caracterizó por el desgobierno político combinado con la estructuración de una conducción autónoma policial. En el año 2004, el ministro bonaerense de Seguridad y Justicia, León Arslanián, volvió a asumir en esta cartera -luego de haberlo hecho hacia fines de la década pasada- reinaugurando un proceso de reforma policial y del sistema de seguridad pública (2004-2007), comenzado durante su paso en la gestión anterior (1998-1999), que incluyó una reestructuración funcional, organizacional, profesional, educacional y doctrinaria, al menos en los planos normativos, organizacionales y en ciertos aspectos del funcionamiento institucional (Saín, 2014).

A mediados de la década pasada, nuestro país era escenario de iniciativas crueles e ineficaces que endurecieron al sistema penal y transformaron a las cárceles bonaerenses en un lugar técnicamente más difícil de salir. En ese contexto, la provincia de Buenos Aires era particularmente señalada como epicentro de una serie de conflictividades diversas como el aumento de los delitos contra la propiedad privada -y las violencias interpersonales asociadas a ellos-, los secuestros extorsivos y la falta de respuestas estatales adecuadas para abordarlos. Por aquellos años de alarma y tensión social, el Conurbano bonaerense, en particular, era foco de atención por operar como escenario para estos delitos en ascenso, pero también el

9 Mayoritariamente, estas infracciones tenían que ver con las figuras penales contempladas en los arts. 5 Inc. C (“tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”) y 14, 1° párrafo (“tenencia simple de estupefacientes”) de la Ley 23.737.



comercio de drogas ilegalizadas (Versión Taquigráfica de la Cámara de Diputados de la Nación, 4 de mayo de 2005; Lascano, 2019), un delito de competencia exclusivamente federal.

De esta forma, desde la gobernación de la provincia de Buenos Aires conjuntamente con el ministro Arslanián, sostenían que la administración de justicia penal federal no contaba con los recursos y la estructura suficiente para garantizar eficacia, celeridad e inmediatez para “combatir al narcotráfico”, que los jueces/juezas federales estaban lejos de los lugares donde se realizaban los allanamientos y de las seccionales policiales. Además, que la Policía Bonaerense no podía intervenir frente a hechos desarrollados delante de sus ojos. También explicaban que mientras la justicia federal se dedica a investigar y sancionar grandes operaciones, margina la persecución de la pequeña y cotidiana distribución de estupefacientes que se produce en los barrios y es la más perjudicial para la sociedad (Erbeta y Franceschetti, 2006). Luego de un proceso que involucró fuertes resistencias tanto en el ámbito del Congreso Nacional como fuera de él, en julio de 2005, se aprueba en el Congreso Nacional, la Ley 26.052, más conocida como “Ley de Desfederalización” o “Ley de Narcomenudeo”. La provincia de Buenos Aires fue la primera en adherir en diciembre de ese mismo año a través de la sanción de la Ley 13.392, motivando a que rápidamente se encargaran de readecuar sus estructuras judiciales e institucionales para la persecución de los “delitos menores” de la Ley 23.737 (1989), lo que mayormente se enfatizó en las construcciones jurídicas, “tenencia simple” (Art. 14, 1° párrafo), “tenencia para consumo personal” (Art. 14, 2° párrafo) y “tenencia con fines de comercialización de estupefacientes” (Art. 5, Inc. C).

Este régimen de desfederalización de estupefacientes aún vigente en la provincia de Buenos Aires, convive con importantes transformaciones en el orden formal que se han realizado en las políticas públicas tanto en nuestro país como a nivel global, vinculados sobre todo al cannabis y ciertos usos, que gozan de un estatuto diferencial respecto a otras sustancias ilegalizadas (Renoldi, 2014; Corbelle, 2018) pero también con una particular relevancia del problema en la provincia de Buenos Aires por el especial nivel de conflictividad criminal (Saín, 2015). En el próximo apartado, se intentará describir cómo se expresa esta política criminal en la provincia de Buenos

Aires a partir del caso de las mujeres trans y travestis junto con la administración de justicia penal del departamento judicial de La Plata.

III. Situando el giro punitivo

Cada una de las agencias que componen el sistema penal tienen espacios de acción, de producción discursiva y de ejercicios institucionales autónomos, que definen la singularidad de “lo policial, lo judicial y lo custodial” (Daroqui y López, 2012:101). Recuperando la metáfora de Sally Falk Moore (1977 en Eilbaum, 2006), la justicia penal, además de estar organizada por reglas y tener una estructura interna propia, es “un animal burocrático cuya comida son los casos” (Falk Moore, 1977 en Eilbaum, 2006:56) y, para ello, requiere establecer modalidades de relacionamiento con otras agencias y grupos, como las fuerzas de seguridad, que la alimenta con la materia que será procesada (Eilbaum, 2006). Sin embargo, la justicia penal no se relaciona solo con las agencias estatales para la gestión del castigo como la institución policial o penitenciaria, sino que también puede convivir con dinámicas externas como la presión de los medios de comunicación, de las dirigencias políticas o de grupos sociales específicos, como asociaciones vecinales que demandan respuestas a las problemáticas delictivas en sus barrios.

A partir de la adhesión a la desfederalización, el fuero penal bonaerense comenzó a readecuar sus estructuras judiciales departamentales en función de los lineamientos en materia de competencia criminal. En diciembre de 2005, la Fiscalía General del Departamento Judicial de La Plata dispuso la creación de la Ayudantía Fiscal de Estupefacientes, un órgano colaborador de las Unidades Fiscales de Instrucción y Juicio para llevar adelante las investigaciones, el cual es controlado por la fiscalía, con facultades más reducidas y con una menor estructura funcional y operativa, aunque con la conducción de las fuerzas policiales en función judicial. Si bien tienen relativa independencia y autonomía en cada uno de los diecinueve departamentos judiciales de la provincia, además de que en algunos de ellos existen Ayudantías Fiscales, Fiscalías especializadas o inclusive ambas, las pautas criminales y criterios de oportunidad de estas dependencias se establecen en función de los principios fijados por la



Procuración General Provincial. En la actualidad son determinados por la Unidad de Coordinación en materia de Estupefacientes que depende de la Secretaría de Política Criminal, Coordinación Fiscal e Instrucción Penal. Frente a una serie de datos y estadísticas que reflejaban que la persecución judicial a consumidoras/es de drogas ilegalizadas absorbía gran parte del quehacer de la administración de justicia bonaerense, el énfasis institucional de la Procuración se dirigió a la represión de la “comercialización al menudeo”: en la mayoría de los departamentos judiciales ha aumentado la persecución judicial y la representación porcentual de investigaciones por este delito (Memoria de Estupefacientes, 2018). Sin embargo, es necesario profundizar las indagaciones empíricas que busquen explicar cuáles son las condiciones que deben darse para que se configure este delito, cómo se expresa éste en las investigaciones, qué variaciones atraviesan éstas según los contextos en las que se desarrollan y las personas acusadas, como también qué clase de dimensiones hay que tener en consideración ante la autonomía policial bonaerense y el predominio de sus perspectivas en la definición de qué y cómo se investiga. Por otro lado, también cabe preguntarse cuál es el lugar que ocupa la justicia penal en la gestión de esta clase de conflictividades y en el control de las investigaciones llevadas adelante por las agencias policiales.

Un funcionario de la administración de justicia penal, que participa en la persecución de los delitos de estupefacientes en el departamento judicial de La Plata, describe el presupuesto general que atraviesa el abordaje judicial en las causas de mujeres trans y travestis en la “zona roja” que, mayormente, se traduce en los expedientes penales y en las actuaciones policiales sobrerrepresentadas en ellos:

Los procedimientos que se hacen directamente en zona roja son procedimientos habitualmente espontáneos o por un llamado al 911, el cual infiere “que se está comercializando drogas en la zona”. Va la comisaría que es, por lo general, la Novena, que le corresponde por jurisdicción, y realizan los procedimientos [...] Supuestamente estas personas están en esas esquinas ofreciendo sexo, pero se ha comprobado a lo largo de estos años que usan como pantalla la oferta de sexo para vender sustancias estupefacientes [...] En general, la cocaína es muy cortada. Inclusive en muchas oportunidades, ni

siquiera tiene casi nivel de cocaína, muy poquitos gramos y toda sustancia de corte (Entrevista a funcionario judicial, diciembre de 2017).

Esta premisa aparece cristalizada en los expedientes judiciales y achata lo que puede suceder en las interacciones entre las mujeres trans y travestis con las distintas fuerzas de seguridad que han intervenido en la “zona roja” como territorio. En la mayoría de los testimonios de mujeres trans y travestis, estuvieron presentes una multiplicidad de prácticas policiales que pueden brindar otra clase de explicaciones y desestabilizan este presupuesto monolítico trazado por el funcionario judicial entrevistado. La idea de causas armadas o imputaciones fabricadas ha sido una denuncia constante desde los activismos sexo-disidentes, algunos organismos estatales y organizaciones de derechos humanos. Esta hipótesis cobra forma de diferentes maneras en las modalidades de relacionamiento y gestión policial de mercados informales asociados al sexo o a las drogas ilegalizadas, que permanece oculta por el control del escenario en el que se produce la aprehensión inicial, el monopolio inicial de la información aportada en el expediente penal y una forma de considerar la perspectiva de las mujeres trans y travestis, delineadas por fronteras que no solo registran e invisibilizan acontecimientos y procesos, sino que también “instituyen relaciones de conocimiento y prácticas dentro del aparato legal e incluso establecen los límites de su propia realidad, esto es, de la realidad del saber jurídico” (Barrera, 2014: 78).

La forma de abordar las causas penales en la administración de justicia penal bonaerense está mayormente atravesada por el expediente penal, que concentra la intervención de actores judiciales, extrajudiciales y quienes se encuentran imputados o procesados, mediada por ciertas formas jurídicas: el juicio oral busca desestabilizar la matriz escrituraria que atraviesa la etapa investigativa (Eilbaum, 2006; Renoldi, 2008). Este escenario puede permitir introducir estrategias defensivas más efectivas, ante la dificultad durante el proceso judicial de exponer prácticas policiales ilegales y contextos de mayor o menor legitimación de ellas, según diferentes repertorios de acción de organizaciones (Otrans, 2019), activistas independientes sexo-disidentes, organismos de derechos humanos (AA.VV., 2016) y sus defensas técnicas (Lascano, 2019, 2020).



De esta forma, las imputaciones por “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización” –que impiden, en principio, el acceso a la encarcelación- se transforman en formas solapadas de criminalizar a usuarias habituales de drogas, a trabajadoras sexuales y a aquellas que optaron por participar de economías ilegalizadas para sobrevivir y dentro de una reducida gama de alternativas. No podemos reducir el accionar de las agencias policiales solo a la represión del delito, sino que también es necesario entenderlo a partir de una serie de verbos complementarios (Saín, 2015): regulan, reprimen, pautan, permiten, toleran, omiten, protegen, es decir, puede materializar diferentes acciones entre sí cuyo peso es variable y dinámico, según circunstancias particulares (Saín, 2015). En un trabajo de Darraidou, Tufró y García Acevedo (2019) que indaga en la expresión de la desfederalización en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se describió el uso judicial y la sobrecalificación a través de la figura de “comercialización”, como forma de criminalización a usuarias pobres y racializadas de drogas ilegalizadas. Esta clase de prácticas deben ser entendidas en un entramado más amplio, que valida esta forma de controlar el delito y gestionar el espacio público y sostiene diferentes márgenes de legitimidad policial.

El problema de las drogas construido como un asunto particularmente relevante e introducido en narrativas beligerantes contra el narcotráfico, es acompañado por una serie de conceptos y significados vinculados al delito, que pueden orientar los lineamientos de las instituciones del sistema penal y las prácticas de sus agentes en sus propios contextos, pero introducidos en procesos sociales, históricos y culturales referidos al mundo de las drogas ilegalizadas (Renoldi, 2008, 2014). Renoldi (2014) señala que no debe perderse de vista el uso de términos como tráfico, narcotráfico, traficantes de drogas o expresiones similares, en el tratamiento de los casos policiales y judiciales, ya que éstos, en primer orden, son expresiones acusatorias que señalan una diferencia moral con el objeto de las acusaciones y, en segundo lugar, revisten cierta relevancia en estos universos por operar como conceptos que presuponen tanto tipos de fenómenos como formas de acontecimiento (Renoldi, 2014).

Les expulsades del mercado de trabajo formal y estrategias criminalizadas de la supervivencia ilegalizada fueron objeto de una serie de políticas

específicas que endurecieron el sistema penal, durante los cuatro años de gobierno de Cambiemos en la provincia de Buenos Aires: la tasa de encarcelamiento por delitos de drogas con competencia y jurisdicción provincial ascendió notablemente tanto en varones cis como también aún más en mujeres cis, mujeres trans y travestis, formando parte del entramado preexistente que habilitó daños irreversibles para las personas alojadas en las unidades penitenciarias.

La desfederalización funciona como condición de posibilidad para la gestión, el control de territorios y el sostenimiento de “ilusiones represivas” por parte de la Policía Bonaerense. Por un lado, estadísticas que demuestran tanto la eficacia como la eficiencia en la investigación y represión de delitos, empleando estratégicamente variables engañosas para su estimación y exhibición como el número de detenciones o las cifras de incautaciones.

Por otro lado, la posibilidad de producir –o no– causas penales, según el contexto, a través de imputaciones fabricadas, junto con la combinación de prácticas como sembrar pruebas o exigir cánones para el silencio/ tolerancia de actividades ilegalizadas, hasta que se diga lo contrario. Esta forma de abordar las conflictividades criminales en las que pueden estar envueltas las mujeres trans y travestis debe entenderse a través de este complejo entramado político y social, que celebra el encarcelamiento de quienes ocupan los eslabones visibles, fungibles, riesgosos, no violentos y de mayor exposición en el mercado de drogas ilegalizadas.

La experiencia en prisión opera como marcaje no solo por las condiciones deplorables e inhumanas de detención sino también por contraer nuevas patologías en el encierro y/o profundizar problemas de salud preexistentes. En el caso de las mujeres trans y travestis que tienen que enfrentar patologías preexistentes crónicas o adquiridas por las dificultades en el acceso a la salud, en la cárcel aquella situación se vuelve un desafío por la precariedad en la que es prestado y el accionar penitenciario que bordea su alcance. En los relatos, fueron constantes las narrativas de las detenidas que responsabilizan a los modos de acceder y a la calidad de la atención sanitaria: expresando que no las atienden porque “no hay médico” o porque no quieren; si las atienden, les dan cualquier analgésico, y “que hacen lo que quieren” porque probablemente no haya consecuencias



inmediatas. A comienzos de este año, a Q., una mujer trans ecuatoriana con un cuadro avanzado de tuberculosis, le dijeron que tenía “problemas psicológicos” en la oficina de Sanidad, para posteriormente enviar un informe al órgano judicial, el cual negaba los signos de su enfermedad en camino, procediendo a enviarla nuevamente a su celda. No obstante, por la acción oportuna del activismo en articulación con la defensa pública y organismos de derechos humanos, Q. pudo salvar su vida y hoy en día se encuentra en su domicilio, tratando de sortear los obstáculos para sobrevivir.

IV. Reflexiones finales

Las trayectorias vitales de la inmensa mayoría de las mujeres trans y travestis suelen estar atravesadas inicialmente por la expulsión/exilio del hogar familiar, la discriminación en los ámbitos educativos, las barreras para el acceso y ejercicio de derechos básicos como a la salud, la educación y el trabajo, el trabajo sexual como alternativa informal y primaria de subsistencia económica y las dificultades para vivir una vida libre de violencias (Berkins y Fernández, 2005 – 2013; INADI e INDEC, 2012; MPD-CABA y Bachillerato Popular Trans Mocha Celis, 2017; Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, 2019).

La presencia de esta serie de indicadores en las trayectorias de las mujeres trans y travestis, singularizan el tránsito por los niveles diferenciados del sistema penal. El atravesamiento por estos circuitos institucionales y la interacción con policías, judiciales y penitenciarios por parte de las mujeres trans y travestis si bien puede compartir características con las experiencias de otros colectivos, ostenta modos y expresiones particulares.

La violación del derecho a la identidad de género, la disposición de prohibiciones reglamentarias cissexistas en el régimen de visitas (v.gr. que solo tienen en cuenta la familia tradicional y biológicamente constituida), en el uso de indumentaria o cosmética, en el esparcimiento; en los impedimentos para acceder al trabajo, la educación, la salud y el ejercicio de la violencia por parte del personal penitenciario en los traslados, ya sea en las requisas y/o durante la estadía en el encierro, son algunas de las

problemáticas que han sido denunciadas en el ámbito judicial provincial, nacional e internacional (OVG, Akahatá y Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights, 2016; AA.VV., 2016; Otrons, 2017; Lascano, 2019).

Es importante destacar, que tan solo durante el año 2017, fallecieron tres mujeres trans y travestis peruanas que se encontraban detenidas en la Unidad N°32 de Florencio Varela por la falta de acceso a la atención sanitaria y la pauperización de sus condiciones vitales en contextos de encierro (Otrons, 2017). Asimismo, a comienzos del año 2019, cobró repercusión pública la situación de Mónica Mego, una mujer trans peruana que reclamó atención médica durante seis meses y quedó parapléjica –en un estado irreversible–, luego de que el Servicio Penitenciario Bonaerense desoyó no solo sus pedidos (Comisión Provincial por la Memoria, 2019) sino también los reclamos de sus compañeras de la Unidad N°32 de Florencio Varela (Lascano, 2020). Probablemente, haya muchas otras que, en los últimos años, han atravesado situaciones similares, pero no han trascendido por el contexto y la ausencia de las características que convirtieron a los casos señalados como singulares.

La reforma introducida por el DNU 70/2017 a la Ley Nacional de Migraciones dificultó aún más el panorama de las mujeres trans y travestis procesadas o condenadas por delitos de drogas, justificando la imperiosa necesidad de tomar a la interseccionalidad como perspectiva y herramienta de intervención concreta. Las disposiciones introducidas por este DNU aún vigente, las cuales fueron ampliamente cuestionadas en el ámbito judicial nacional e internacional, permiten que quienes están imputadas o procesadas por esta clase de delitos, sean objeto conjunta o posteriormente al proceso judicial penal por drogas, de un procedimiento administrativo que examina su regularidad en el país por parte de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) y que puede devenir en expulsión judicial, luego de varios años. Este proceso ante la DNM suspende la posibilidad de mejorar el estatuto migratorio en nuestro país. Al mismo tiempo impide avanzar en términos de ciudadanía, accediendo al resto de los derechos de las mujeres trans y travestis argentinas. Esta alteridad entre argentinas y migrantes se evidenció con mayor claridad en el contexto de aislamiento social, preventivo y obligatorio y la agudización de problemas estructurales



de desigualdad. La interseccionalidad¹⁰ puede ser tan solo una forma de análisis, pero también puede ser una forma de abordaje en su versión más radical y potencialmente transformadora. Goikoetxea 2017) se pregunta si la interseccionalidad es un “neologismo a la moda”, explorando alguna de las tensiones que surgen al momento de usarla –como invisibilizar el racismo- y sugiere como camino, situarla en sus específicos contextos históricos, políticos, culturales y en relaciones de poder concretas.

Durante el año 2019, la Fiscalía en lo Criminal y Correccional Federal N°5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a cargo de Franco Picardi, sobreyó a seis mujeres trans y travestis en dos investigaciones diferentes por el delito de “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”, que merece destacarse por su excepcionalidad y pertinencia, pero cuyos argumentos también son susceptibles de ser debatidos.. Los fundamentos centrales fueron el estado de necesidad de las mujeres trans y travestis involucradas en estas infracciones, haciendo hincapié también en la situación de desigualdad estructural de quienes integran estos colectivos. Se sostuvo, además, que el Estado debe abordar el fenómeno criminal apuntando a su complejidad, a la criminalidad organizada y a los eslabones más altos de la cadena para atacar el problema de forma estructural, ofreciendo alternativas no punitivas a las personas que integran este colectivo y permitiendo un ejercicio de sus derechos que modifique su situación desaventajada.

En este sentido, es útil prestar atención a cómo puede estar contraindicado construir, avalar, lenguajes penales sostenidos sobre imágenes distorsionadas de la realidad. No es solo usar el lenguaje y la perspectiva de la justicia penal para la legibilidad de problemáticas sociales complejas, sino también, que estas perspectivas obturan las posibilidades de identificar que hay esquemas de participación, además de diferentes niveles bajos en el funcionamiento de estos mercados informales. En la mirada y desde la perspectiva de la justicia penal, predominan hermenéuticas deterministas y simplificadas que dificultan la introducción de coordenadas interpretativas

10 Durante la década de 1980, Kimberlé Crenshaw, una jurista negra estadounidense, incorporó la necesidad de una mirada interseccional desde la crítica racial feminista y en clave de activismo legal laboral, para reflexionar sobre las experiencias heterogéneas de las mujeres negras en cuyas vidas se conjuguen diferentes discriminaciones.

no normativas o simplemente algunos matices en las investigaciones de esta clase de delitos y las acciones de algunas mujeres trans y travestis.

Muchas veces, en el ámbito de la administración de justicia penal, se apela a criminalidad organizada o fórmulas similares como una suerte de paraguas, que introduce el pedido de prisiones preventivas, rechazos de excarcelaciones, la denegación de derechos como libertades condicionales o salidas transitorias de chicas trans y travestis criminalizadas por participar en los más bajos niveles de mercados ilegalizados. Esta categoría tiene origen anglosajón –particularmente, estadounidense- y sus usos primigenios se remontan a la explicación de fenómenos asociados a la delincuencia profesional y al funcionamiento de grandes organizaciones criminales y no, justamente, para describir el comportamiento de mujeres trans y travestis que pueden llegar a acudir al comercio de sustancias ilegalizadas como estrategia de subsistencia, frente a la discriminación y violencia estructural. Y además, como se visibiliza en el caso bajo examen como también en la inmensa mayoría de los casos, con una escasa cantidad de estupefacientes en su poder-. De esta forma, así como puede ser equivocado el uso de esta clase de categorías para justificar la razonabilidad de una medida de coerción excepcional, reducir al mínimo el régimen de progresividad de la pena e imprimir una serie de sentidos que producen alarma social y no ayudan a comprender lo sometido a su examen, también es necesario repensarla como estrategia absolutoria en tanto puede funcionar tan solo para confundir relevancia criminal con ampliar la punición un peldaño más en el mercado de drogas ilegalizadas.

La categoría de “crimen organizado” ha intentado definirse en varias oportunidades y no deja de estar en disputa, según quienes sean los interlocutores y los contextos en que se lo ponga en tensión. De esta forma, retomando perspectivas, que justamente ponen énfasis en la dimensión organizada del fenómeno y buscan explicar este concepto a través de atributos prácticos (Tokatlián, 2011; Abadinsky en Saín, 2017). Un ‘grupo de criminales constituye crimen organizado’ y, por lo tanto, se diferencia de “grupos de delincuentes convencionales” por la reunión de los siguientes elementos: no tener metas políticas; estar estructurado por jerarquías, estar compuesto por miembros limitados o exclusivos; constituir una subcultura



única; perpetuarse a sí mismo –permanecer en el tiempo–; disposición al uso de la violencia ilegal; su carácter monopólico –evita la competencia–; y por último, se rige por reglas y reglamentos explícitos entre sus miembros. Los dos principales objetivos del grupo criminal son “dinero y poder” (Abadinsky en Saín, 2017).

Son muchos los interrogantes posibles que se pueden realizar para el diseño de herramientas de intervención, pero también son necesarias la multiplicación y consolidación de redes activistas, afectivas y comunitarias, que acompañen los procesos de resistencia frente a los embates punitivos. Al mismo tiempo para construir otra clase de horizontes a través de acciones políticas, judiciales y legislativas concretas. Por lo tanto, es necesario preguntarse más allá de las condiciones en las que se encuentran encarceladas o la sofisticación de las formas en las que pueden ser detenidas por las agencias policiales a través de protocolos específicos. Por ello, implica no solo desconsiderar al sistema carcelario como destino, sino también, fortalecer las estrategias de debilitamiento de las condiciones que habilitan que cada vez más mujeres trans y travestis entiendan al pasaje por este circuito institucional como una posibilidad cercana en el desarrollo de sus vidas.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2016). *Informe sobre la situación de los derechos humanos de las travestis y trans en la Argentina*. Recuperado el 6 de Julio de 2021 de <https://bit.ly/2wyPDK0>

Álvarez, M. (2019). *Persecución penal de mujeres trans y travestis en la provincia de Buenos Aires. El caso de La Plata. Una aproximación sociológica* (tesina de grado), Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, La Plata, Argentina.

Barrera, L. (2014). *Burocracia y Derecho: reflexiones sobre el rol de los documentos en la construcción del conocimiento jurídico*. Revista Sociedad, 33, pp. 73-90.

- Berkins, L. y Fernández, J. (2005). *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*. Buenos Aires. Ediciones de las Madres de Plaza de Mayo.
- Comisión Provincial por la Memoria (2019). *El sistema de la crueldad XIII: sobre lugares de encierro, políticas de seguridad y niñez en la provincia de Buenos Aires*. La Plata. Comisión Provincial por la Memoria.
- Corbelle, F. (2018). *El activismo político de los usuarios de drogas: de la clandestinidad al Congreso Nacional*. Vicente López. Teseo.
- Crenshaw, K. ([1991] 2013). *Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color*. En Platero, R.L. (Ed.) *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada. Temas contemporáneos*, pp.87-122. Madrid. Ediciones Bellaterra
- Cutuli, M.S. (2015). *Entre el escándalo y el trabajo digno. Etnografía de la trama social del activismo travesti en Buenos Aires*. Tesis de Doctorado en Antropología. Universidad de Buenos Aires.
- Daich, D.; Pita, M.V. y Sirimarco, M. (2007). *Configuración de territorios de violencia y control policial: corporalidades, emociones y relaciones sociales. Cuadernos de antropología social*, 25, pp. 71-88.
- Daroqui, A. y López, A.L. (2012). *La cadena punitiva: actores, discursos y prácticas enlazadas*. En Daroqui, A.; López, A.L. y Cipriano García, R.F. (Coords.). *Sujeto de castigos. Hacia una sociología de la penalidad juvenil*, pp. 101-106. Rosario. Homo Sapiens Ediciones.
- Darraidou, V.; García Acevedo, M. y Tufró, M. (2019). *La desfederalización de la ley de drogas a la luz de la experiencia en la provincia de buenos aires*. En Defensoría del Pueblo de CABA (Coord.) *Una alerta para la ciudad de buenos aires. A pesar de los 30 años de la Ley 23737 de drogas. Desventuras y añoranzas*, pp. 18-26. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Defensoría del Pueblo de CABA
- Eilbaum, L. (2006). *Los “casos de policía” en la Justicia Federal Argentina en la ciudad de Buenos Aires. El pez por la boca muere*. Tesis de maestría. Universidad Federal Fluminense, Río de Janeiro.



- Erbetta, D. y Franceschetti, G. D. (2006). *Ley de Drogas: desfederalización parcial y a la carta*. Buenos Aires. La Ley. pp. 15-22.
- Fernández, J. (2004). *Cuerpos desobedientes: travestismo e identidad de género*. Buenos Aires. Edhasa.
- Garriga Zucal, J. (2017). *Algunos fiscales son antivigi. Un estudio sobre las interacciones entre funcionarios judiciales y policías en la provincia de Buenos Aires*. En Kostenwein, E. (Coord.) *Sociología de la administración de la justicia penal*, pp. 453-475. Buenos Aires. Ediar.
- Goikoetxea, I. G. (2017) *¿Un neologismo a la moda?: Repensar la interseccionalidad como herramienta para la articulación política feminista*. *Revista de Investigaciones Feministas*, 8 (1), pp. 73-93. Viscaya, España. Ediciones Complutense
- INADI e INDEC (2012). *Primera Encuesta sobre Población Trans 2012: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans*. Buenos Aires. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación
- Lascano, A. (2019). *La persecución penal a travestis y mujeres trans en la “zona roja” de la ciudad de La Plata. Trabajo Final Integrador. Especialización en el abordaje de las violencias interpersonales y de género*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.
- Lascano, A. y Vélez, J. (2020). *Circuitos Punitivos: Limitaciones del “populismo penal” a partir de las prácticas de criminalización de mujeres trans y travestis en una “zona roja” argentina*. *Revista CS. Revisitando la agenda de seguridad en América Latina*. Cali, 31, pp.187-216.
- Lascano, A, (2020). *¿Qué me revisas si sos igual que nosotras? Apuntes en torno a la incorporación de mujeres trans y travestis en las fuerzas de seguridad de Argentina*. *Delito Y Sociedad*, (49), pp. 80-107.
- Ministerio Publico de la Provincia Buenos Aires (2018). *Memoria de Estupefacientes*. Recuperado el 6 de Julio de 2021 de <https://bit.ly/3gPweet>
- Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Bachillerato Popular Trans Mocha Celis (2017). *La revolución de las mariposas: a diez años de la gesta del nombre propio*. Buenos Aires.

OTRANS (2016). *Impacto negativo desproporcionado de la Ley 23.737 sobre mujeres trans y travestis* [no disponible].

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2017). *Situación sobre el colectivo trans y travestis privadas de la libertad. Informe presentado al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* [no disponible].

OTRANS (2019). *Personas travestis y trans en situación de encierro*. Informe diagnóstico acotado periodo 2018 – 2019. Fondo Internacional Trans: Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 6 de Julio de 2021 de <https://bit.ly/373Khdk>

OVG, Akahatá y Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights (2016). *Información adicional para la consideración del Informe de Argentina*. Comité de Derechos Humanos. Recuperado el 6 de Julio de 2021 de <https://bit.ly/2DSRm18>

Procuración Penitenciaria de la Nación (2018) *Informe anual 2018: la situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas*. Ciudad de Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación.

Procuración Penitenciaria de la Nación (2017) *Informe anual 2017: la situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas*. Ciudad de Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación.

Radi, B. (2018). *De significados e insignificantes*. Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Género y Diversidad Sexual. Iguales de derecho y desiguales de hecho. 8 (14), pp. 288-293.

Renoldi, B. (2008). *Narcotráfico y justicia en Argentina: la autoridad de lo escrito en el juicio*. Buenos Aires. Antropofagia.

IDES (2014a). *Conceptos que hacen al Estado: crimen organizado y prácticas policiales en la Triple Frontera*. Exposición. Seminario en el Grupo de Estudio sobre Saberes de Estado y Elites Estatales



- Renoldi, B (2014b). *Los problemas de las soluciones: Una lectura antropológica de la política en las drogas ilegales. Apuntes de investigación del CECYP*, Año XVII, 24, pp.121-143.
- Sain, M. (2014). *Surfeando la ola de la inseguridad: la política de seguridad pública en la Argentina post-crisis de 2001*. En Acuña, C., (Comp.). *El Estado en acción: fortalezas y debilidades de las políticas sociales en la Argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 155.
- Sain, M. (2015). *La regulación del narcotráfico en la provincia de Buenos Aires*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo.
- Sain, M. (2017). *Qué es el crimen organizado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo
- Secretaría de Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires (2019). *Primer relevamiento sobre condiciones de vida de la población trans/travesti de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires. Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires.
- Tokatlián, J. G. (2011). *Anotaciones en torno al crimen organizado, la seguridad nacional y la política internacional en relación al tema de las drogas psicoactivas: una aproximación conceptual a partir de la experiencia de Colombia*. Recuperado el 6 de Julio de 2021 de <http://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/handle/10908/452>



IV

**Defensas penales
y litigios con perspectiva
de género**

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**IV. DEFENSAS PENALES
Y LITIGIOS CON
PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Mujeres que se defienden frente a la violencia machista: caso María Lescano

LUCIANA CAROLINA OYOLA¹

I. Introducción

En este trabajo voy a referirme a la legítima defensa de mujeres en contexto de violencia de género, poniendo especial énfasis en el caso de María Lescano, desde la mirada del litigio feminista. La ponencia tiene como objetivo, por un lado, exponer la relevancia de visibilizar en las sentencias la violencia de género y demostrar cómo puede variar una resolución cuando se aplica perspectiva de género. Asimismo, busca reflexionar sobre el rol como abogades defensores de una mujer que actuó en legítima defensa. Por último, plantea algunos desafíos e interrogantes sobre la temática.

La legítima defensa está prevista en nuestro Código Penal Argentino (Ley N° 11.179, Año 1984 actualizado) como una causal de justificación, y exige en su Artículo 34, Inciso 6, los siguientes requisitos: 1) existencia de una agresión ilegítima, 2) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, 3) falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende. Pero estos requisitos operan de manera diferente cuando quien se defiende es una mujer en un contexto de violencia de género.

¹ Egresada de la Carrera de Abogacía por la Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago del Estero, con Distinción Magna Cum Laude otorgada por la Universidad Católica de Santiago del Estero, en reconocimiento al desempeño académico. Ha realizado diversas especializaciones y cursos abocados al Derecho Procesal Penal y Civil, Mediación y Antropología Jurídica. Abogada litigante y asesora legal de la Provincia de Santiago del Estero. Integrante de la Red de Abogadas Feministas de Santiago del Estero.



II. Caso María Lescano: reseña y fallos

En este desarrollo, el centro de análisis será el caso de María Lescano quien es una mujer de 33 años de edad, que se separó en el año 2017 de Pey Ibáñez, quien era padre de 5 de sus 6 hijos. Durante la relación que duró más de 12 años, sufrió violencia de género. El día 12 de Noviembre de año 2017, su ex pareja ingresó al domicilio de María y le pidió mantener relaciones sexuales, a lo que ella se negó. Él extrajo un cuchillo con el cual la amenazó, se produjo un forcejeo, y María infirió una herida en el pecho de Ibáñez, que produjo su muerte. Esta plataforma fáctica no fue discutida en el juicio, sino que lo que estuvo en debate fue la intención de María.

Ella estuvo privada de libertad desde el día del hecho. Un año y medio después, fue enjuiciada y condenada a 13 años de prisión por homicidio agravado por haber existido una relación de pareja con circunstancias extraordinarias de atenuación (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, Santiago del Estero, 08/08/2019).

Una vez dictada la sentencia, desde la Red de Abogadas Feministas de Santiago del Estero asumimos la codefensa, defendimos a María en el recurso de alzada, y trabajamos la estrategia de litigio de manera colectiva con muchas organizaciones sociales y feministas. En 2020 obtuvimos una sentencia absolutoria por legítima defensa, y la inmediata libertad de María Lescano.

El contexto de violencia de género en este caso se encontraba acreditado porque además de que se trató de legítima defensa con confrontación, es decir, existió una agresión actual, había numerosas pruebas que acreditaban en el expediente las violencias sufridas durante todos los años de relación. Constaban por lo menos seis denuncias por parte de María en contra de su ex pareja, lo cual estaban plasmadas en la planilla de antecedentes de Ibáñez. La primera denuncia era del año 2007 por tentativa de homicidio, y la última, del año 2017 por abuso sexual con acceso carnal. Inclusive fueron agregados videos de medios periodísticos, donde María solicitaba ayuda mediante el noticiero local debido a las agresiones que recibía de su agresor. Pese a estas numerosas pruebas, la

sentencia condenatoria de primera instancia sostuvo la existencia de “agresiones mutuas” (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, Santiago del Estero, 08/08/2019).

Sin embargo, los jueces al momento de la determinación de la pena y decidir acerca de las circunstancias extraordinarias de atenuación, sostuvieron

La imputada sufrió por parte del occiso innumerables situaciones de violencia, habiendo llegado incluso al abuso sexual, hechos denunciados con anterioridad a esta causa, como asimismo las circunstancias en las que ocurrió el hecho, donde la inculpa fue atacada por Ibáñez con un arma blanca, intentando abusar sexualmente de ella, y se defendió de un ataque del mismo. (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, Santiago del Estero, 08/08/2019).

Es decir, no solo dejaron de manifiesto que se encontraban todos los requisitos propios de la legítima defensa, sino también la existencia de un contexto de violencia de género, sin embargo, no lo nombraron ni reconocieron como tal. Esta constituye la mayor contradicción de la resolución en primera instancia.

La sentencia exteriorizó que la aplicación del derecho nunca fue objetiva, porque estuvo marcada por una mirada androcéntrica histórica, del hombre blanco, de clase media, heteronormado. El sesgo se agudiza mucho más cuando la persona juzgada es una mujer que está atravesada por múltiples categorías de opresión. Pues María es una mujer con numerosas carencias económicas, que terminó la escuela primaria estando en prisión; no responde a los parámetros de la “buena víctima”, por lo cual prácticamente se presumió su culpabilidad e intención de matar. De manera que tal que los jueces ni siquiera fundaron de forma suficiente la construcción del dolo ni los motivos por los que negaron la legítima defensa. Ambas deficiencias de la sentencia constituyeron dos de los agravios planteados en el recurso de alzada.

Las distintas categorías de discriminación inciden a la hora del juzgamiento, y no sólo por el género, sino el nivel educativo, la dinámica familiar, la clase social, la situación laboral, etc. No es suficiente la igualdad jurídica -la establecida en el texto de la norma- sino que debemos buscar una igualdad de hecho que se acerque más a las distintas realidades. Roberto



Saba (2004) lo denomina “igualdad como no sometimiento”, y propone pasar de una visión individualista a una mirada estructural de las desigualdades, en la cual se reconoce que hay un grupo que ha sido sistemáticamente excluido.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal incumplió la normativa internacional, ya que a partir de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) -con jerarquía constitucional-; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do para” (1994) - con jerarquía supra-legal-, junto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -como por ejemplo el fallo de “Campo Algodonero” (2009)-, queda claro que el Estado argentino tiene el deber de debida diligencia en caso de violencia contra las mujeres, con la obligación de actuar de forma eficaz que incluye la obligatoriedad de actuar con perspectiva de género.

En este sentido, fallos como “Cesados vs. Perú” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), plantean que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad *ex officio*. Es decir, esta función no queda limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes, sino que los jueces deben ejercer ese control de la normativa y las convenciones aplicables al caso concreto, aún de oficio.

Entonces, mientras que en primera instancia se habló de “agresiones mutuas”, y fue invisibilizada la violencia de género, la sentencia absolutoria de la Cámara de Apelaciones la dejó en evidencia. Por ejemplo, afirmó: “Existe el riesgo de emitir resoluciones injustas si se entiende que la violencia machista es una violencia neutra obviando su base: la existencia de una relación de poder.” (Cámara de Apelaciones y Control, Tribunal de Alzada en lo Penal, Santiago del Estero, 17/06/2020).

En este sentido, la sentencia en Cámara siguió las recomendaciones del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, en cuanto indicó:

Se debe incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no pueden ser medidas con los mismos estándares tradicionalmente utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, ya que la violencia a la que se ven sometidas por el agresor en razón de su género, tiene características específicas que deben permear todo el razonamiento judicial de juzgamiento. (Recomendación General N. 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará, 2018).

III. Rol del Ministerio Público Fiscal

Ahora bien, otra cuestión a la que me gustaría referirme es al rol del Ministerio Público Fiscal en estos supuestos, y concretamente, el rol que ha cumplido en el caso de María Lescano. La estrategia fiscal fue la de sostener que entre las partes existieron violencias mutuas, y requirió prisión perpetua en el juicio, y al plantear el recurso de alzada.

El Ministerio Público Fiscal, si bien lleva adelante la investigación penal y la acusación, ello no implica la obligatoriedad ciega de acusar y pedir pena máxima siempre. Por el contrario, le comprende la obligatoriedad de actuar conforme a lo establecido por la normativa y jurisprudencia nacional e internacional con perspectiva de género.

Es oportuno citar aquí el dictamen realizado por el Procurador General de la Nación en el fallo “R. C. E’ s/ recurso. Extraordinario” del año 2019, al que se remitió la Corte Suprema, por el cual se dejó sin efecto la condena a una mujer víctima de violencia de género que había lesionado a su ex pareja. En el dictamen el procurador destacó que “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en diversos precedentes que la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer, debe incluir la perspectiva de género” y citó diversos fallos como el de “Veliz Franco y otros Vs. Guatemala”.



IV. El rol de la defensa

En cuanto a la defensa, les abogades debemos bregar por incorporar todas las medidas probatorias posibles, hacervaler la amplitud probatoria establecida como garantía por la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ley N° 26.485), y buscar acreditar el contexto de violencia de género. Así por ejemplo son importantes las denuncias previas realizadas por las mujeres, los testigos de situaciones de violencia, las pericias psicológicas, etc. Y tal como lo prevén las recomendaciones del Comité de Expertas “la declaración de la víctima es crucial”.

En nuestro país, se puede resaltar a modo de ejemplo la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, que es pionera en este sentido, establece que: “es un deber de la defensa pública, promover una defensa legal con perspectiva de género” (Ley N° 27.149, año 2015).

Asimismo, resulta importante que como abogades litigantes prestarle atención a nuestros propios prejuicios, que tenemos porque somos parte de una sociedad machista, con una formación en derecho que generalmente no incluyó la cuestión de género. De esa manera, tal como lo explican Julieta Di Corleto y María Lina Carrera (2019) “Uno de los desafíos iniciales de la defensa será desplegar un diálogo empático que transite de las preguntas más generales a las más particulares”, y de esta manera desandar la historia de violencia y obtener la información que sirva a nuestra estrategia.

Como defensa en estos casos y aún más en este contexto histórico, es importante asumir un rol activo en el proceso y bregar por la aplicación del derecho con perspectiva de género.

Un ejemplo de la relevancia del rol activo que propongo, es la sentencia dictada en marzo del 2020 por la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional, que a pedido de la defensa, apartó a dos jueces del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 8 de la Ciudad de Buenos Aires, porque consideró como causal de recusación la falta de perspectiva de género manifestada por la posición personal que manifestaron los jueces públicamente de forma judicial y extrajudicial (CNCC, causa n° 41112/2018, “D.,L.A.”, rta: 10/3/2020)

V. Desafíos e interrogantes: la importancia del trabajo colectivo

La constitución de la defensa de mujeres para mujeres trae consigo múltiples implicancias. El derecho en general es desde sus orígenes machista, pero más aún lo es el derecho penal. Cuesta pensar socialmente en que las mujeres podamos asumir una defensa penal, hacerlo eficazmente y además desde el feminismo. Entonces, un desafío tiene que ver con hacernos preguntas como: ¿qué tipo de abogadas penalistas queremos ser?, ¿Vamos a usar las mismas armas patriarcales o estamos dispuestas a construir otras formas?.

Creo que una defensa feminista es colectiva, y es momento de entender que necesitamos otras herramientas que tienen que ver con la interdisciplinariedad, el trabajo colectivo con organizaciones sociales y los feminismos.

En el caso de María Lescano existió un trabajo de estrategia litigante y otro consistente en la organización de una mesa integrada por distintas organizaciones sociales y feministas de la Provincia. Resultó necesario un trabajo de militancia a partir de un caso judicial.

Tal como expresa Soledad Deza, en base al trabajo efectuado para el Caso Belén:

Acelerar los tiempos de la (in)justicia requería de presión social y de actores que interpelen desde otros lugares a un Poder Judicial que no acostumbra a verse interpelado por sus propias prácticas. Para eso se inició una estrategia que vinculaba activismo con dos caras: litigio y movilización social. (Soledad Deza, 2017).

VI. La opinión pública ante la legítima defensa

Si hablamos de una justicia democrática, la sociedad debería poder conocer y comprender lo que sucede en tribunales. Para ello, los medios de comunicación son los que suelen actuar de mensajeros y generadores de opinión pública. Es un desafío, a la hora de asumir un caso de estas características, sabernos también como comunicadores y exigir un tratamiento responsable de la información. De manera que la mayor cantidad de personas posibles entiendan por qué es importante incorporar la



perspectiva de género en un caso determinado, cómo cambia esa mirada la situación de una persona privada de su libertad, por qué es diferente un caso de legítima defensa común y uno en contexto de violencia de género.

En el caso de María fue necesario reescribir la historia judicial, cambiar la idea que habían instalado los medios de comunicación, para contar la historia de violencia vivida, que la convertía en la verdadera víctima.

Por ello, es relevante preguntarnos: ¿Qué sucede después de la absolución?. Es momento de buscar nuevos mecanismos para que el Estado se haga responsable de la situación de una mujer que logra su libertad. A los fines de la reparación del daño, o al menos en la generación de nuevas oportunidades para una mujer que fue violentada por su agresor de forma inmediata y por el Estado de forma mediata. A la violencia institucional se suman generalmente muchas carencias económicas preexistentes.

Por último, en un desafío asumir el ejercicio de la profesión como una actividad política-militante, entendiendo que lo se debate y decide en tribunales, puede ser factor de cambio social.

BIBLIOGRAFÍA

Comité de Expertas del MESECVI. *Recomendación General N. 1 del sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres.* (5/12/2018)

Deza, S. (2017). *El caso Belén bajo una mirada feminista*, Buenos Aires, Diario DPI, Suplemento Género N° 3 , recuperado el 6 de Julio de 2021 de <https://www.dpicanico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/04/comentario-a-fallo.pdf>

Di Corleto, J. y Carrera, M. L. (2019). *Mujeres infractoras víctimas de violencia de género: bases para la construcción de una defensa técnica eficaz.* Buenos Aires. Revista Sistemas Judiciales N°22.

Saba, R. (2004). *(Des)igualdad Estructural* En Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004* pp. 479-514. Buenos Aires. UCES.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**IV. DEFENSAS PENALES
Y LITIGIOS CON
PERSPECTIVA DE GÉNERO**

De la cárcel al Congreso: una investigación para que se escuchen las voces de las mujeres criminalizadas

MARÍA LINA CARRERA¹

GLORIA ORREGO HOYOS²

NATALIA SARALEGUI FERRANTE³

I. Introducción

En el año 2018, en el marco del debate parlamentario por la aprobación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), un argumento fue repetido hasta el hartazgo por los sectores anti derechos: la ilegalidad del aborto no tiene costos punitivos, no hay nadie que sufra la persecución penal y la cárcel por motivos ligados a su capacidad de gestar. Esta afirmación se contradecía con una realidad que había puesto de relieve el caso de Belén, la joven tucumana presa veintinueve meses por un aborto espontáneo. Pero también planteaba una serie de preguntas: ¿cuántas más como Belén son criminalizadas por abortos y eventos obstétricos en nuestro país?, ¿cómo se persiguen estos hechos que son, por definición, no punibles?, ¿qué características comunes poseen estos procesos penales?

Luego de la derrota en el Senado en 2018, se nos planteó la necesidad de investigar para dar respuestas a estos interrogantes, con la certeza de que

1 María Lina Carrera, abogada y docente de la Universidad de Buenos Aires. Integrante del DeCyT Doctrina Penal Feminista.

2 Gloria Orrego Hoyos, abogada, profesora de las universidades de San Andrés y Torcuato Di Tella.

3 Natalia Saralegui Ferrante, feminista, abogada y docente de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del DeCyT Doctrina Penal Feminista.



el proyecto de IVE volvería a tratarse. Para ese momento, pretendíamos tener contruidos datos empíricos respaldados con una investigación jurídica feminista y de enfoque cualitativo, que pudiera ser utilizada para el debate. Fue así como durante dos años nos dimos la tarea de ahondar en las historias de las mujeres criminalizadas por eventos obstétricos, jerarquizando sus relatos y sus vivencias y amplificando las voces de quienes de forma sistemática habían sido invisibilizadas.

El primero de los borradores del relevamiento⁴ que esbozamos fue presentado en 2019 en uno de los encuentros llevados a cabo con las integrantes del proyecto Decyt “Doctrina Penal Feminista” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Las preguntas, los comentarios y las reflexiones que nos hicieron llegar nuestras compañeras, amigas y colegas nos abrieron un abanico de interrogantes sobre los que deseábamos profundizar: ¿cómo eran las historias personales de estas mujeres?, ¿qué fue lo que vivieron cuando transitaron los eventos obstétricos?, ¿cómo sintieron el proceso judicial?

Finalmente, en octubre de 2020, de forma simultánea con la exposición realizada en el marco de las jornadas conjuntas del proyecto Decyt “Doctrina Penal Feminista” e INECIP, publicamos el libro “Dicen que tuve un bebé” (Siglo XXI) en el cual relatamos siete de estas historias. Meses más tarde, la investigación realizada y las mesas de trabajo que construimos en torno a ella se meterían de lleno en el debate parlamentario que, finalmente, el 30 de diciembre de 2020, finalizó con la aprobación del derecho al aborto legal, seguro y gratuito.

A continuación, buscaremos introducir los principales problemas a los que nos enfrentamos a la hora de desarrollar la investigación y algunos de los rasgos comunes identificados en los procesos penales estudiados. Asimismo, mostraremos el impacto posterior de estas indagaciones, traducido en nuevos trabajos elaborados junto con organizaciones feministas y de derechos humanos, y en la incidencia de esta investigación en el debate parlamentario a propósito de la ley de IVE.

4 Ver más en Carrera, M. L., Orrego-Hoyos, G. y Saralegui Ferrante, N. (2020b).

II. Los desafíos del problema de investigación

El problema trabajado apuntó a relevar el modo en que los múltiples eventos obstétricos posibles en la Argentina contemporánea son criminalizados mediante una diversidad de tipos penales y no de forma exclusiva con la calificación de aborto propio. En ese terreno, ante el reproche penal de eventos por definición no voluntarios ni punibles, se identificó como problema subsidiario el uso de estereotipos de género para fundamentar múltiples maneras de criminalización. El desafío estaba puesto en dar luz a situaciones que originalmente no debían entrar en la órbita del derecho penal, pero que se encontraban en los registros judiciales con carátulas en muchos casos fuera de las calificaciones del Código Penal, nombrándolos como “aborto seguido de homicidio agravado por el vínculo”, “aborto espontáneo” u “homicidio agravado cometido contra bebé varón”. Es decir, carátulas con calificaciones legales inexistentes para hechos que de ninguna manera debieron interesar al poder punitivo del estado. En ese marco, nos encontramos con diversos desafíos.

Por un lado, el hecho de que la producción de estadísticas oficiales en Argentina es deficiente, o por lo menos insuficiente para la elaboración y desarrollo de políticas públicas en materia de criminalidad. En el caso de contar con datos, la información se encuentra limitada en su acceso y condiciones de publicación (Bazano y Pol, 2010). La relación de las mujeres con el sistema penal no es una excepción y el tema del aborto en particular, al haber sido ilegal hasta diciembre de 2020, no ofrecía datos cuantitativos certeros que permitieran dimensionar y dar marco a estos acontecimientos.

Sin embargo, sí fue posible encontrar análisis cualitativos de la relación de las mujeres en el sistema penal en general, tanto de forma histórica como actual⁵. Siguiendo la premisa cualitativa, nuestro plan de investigación pretendió indagar en esa ausencia de información certera sobre mujeres criminalizadas por abortos provocados e ir un poco más allá al relevar casos en los que las mujeres hubieran sido perseguidas por el sistema penal por “eventos obstétricos”, es decir, abortos espontáneos, partos prematuros, en avalancha o en los que los bebés nacieren sin vida.

5 Tal es el caso de las obras Di Corleto, J. (2018), Di Corleto, J. (2017) y Hopp, C. (2017), entre otras.



Por otra parte, para identificar los casos en estudio, se tomó como base el discurso judicial en las sentencias. No obstante, encontrar estos pronunciamientos se vio obstaculizado por la múltiple y poco uniforme denominación de las imputaciones penales. Adicionalmente, se relevaron y analizaron noticias a través de la búsqueda en medios periodísticos en línea. Los resultados variaron en número de acuerdo con el sitio especializado a pesquisar y en todos los casos fueron revisados de forma exhaustiva.

Los materiales periodísticos y decisiones judiciales presentaban una clasificación no estandarizada efectuada al margen de las tipificaciones que prevé el Código Penal. Esto en muchos casos dificultó la búsqueda, lo cual, en definitiva, atravesó la problemática analizada en este trabajo. Por esa razón, la ausencia de terminología adecuada para describir los diferentes eventos obstétricos, el uso de palabras estigmatizantes y estereotipadas y los pocos datos disponibles en las noticias policiales generaron sospechas al determinar si los casos reseñados por la investigación no constituían sólo una muestra de prácticas actuales del sistema penal.

En cuanto al recorte espacial de la investigación, el objetivo de relevamiento se desarrolló en todo el territorio nacional. Vale destacar, de todos modos, que a los fines de desarrollar un diseño metodológico se tomaron en consideración otras experiencias de la región sobre este mismo tópico. En cuanto al límite temporal, se tuvieron en consideración los episodios sucedidos hasta el 2020. Al momento de iniciar la investigación, por su carácter exploratorio, no se determinó una fecha límite de corte retrospectivo. De todos modos, los resultados se remontaron a sentencias dictadas desde el año 2006.

III. Estereotipos de género: la piedra angular de los procesos analizados

El propósito de la investigación estuvo dirigido a mostrar, a través de casos judiciales reales, el modo en que las mujeres son criminalizadas bajo parámetros que afectan considerablemente el derecho a ser juzgadas en igualdad y sin discriminación por agentes imparciales. Es por ese motivo que la

identificación de estereotipos de género se tornó un eje central del estudio. Al respecto, identificamos su utilización para perseguir penalmente conductas no punibles de mujeres por eventos obstétricos, el ejercicio de la maternidad y la capacidad de gestar. Si bien la ley penal se presenta como un mandato neutral e indistinto a los diferentes géneros, dentro de estas causas judiciales fue común encontrar estereotipos de género mediante los cuales se les exigió a las imputadas conductas ideales ajenas al texto legal. Estas conductas demandadas se presentan como exigencias naturales a la esencia misma de las mujeres, pero tienen componentes morales, religiosos y culturales.

Por otra parte, no puede soslayarse la severa violencia institucional a la que fueron sometidas las mujeres en este tipo de procesos. En los casos en análisis se advirtió la construcción de una matriz esencialista que les impuso responsabilidades ajenas a la ley y las castigó cuando no las cumplieron. Visibilizar esta información no sólo es importante sino urgente: actualmente en nuestro país una gran cantidad de mujeres se encuentran detenidas por eventos obstétricos no punibles y, lo que es aún más grave, varias de ellas se encuentran condenadas a la pena de prisión perpetua.

En el escenario actual, luego de la aprobación de la ley de IVE, se encuentra vigente la necesidad de plantear mecanismos de monitoreo y seguimiento de las causas que todavía están abiertas o de las mujeres actualmente en prisión. Sin embargo, sabemos que el carácter discontinuo e incidental de la información estadística disponible se erige como un obstáculo para realizar diagnósticos certeros. Como en cualquier otro fenómeno social, la violencia y las diversas vulneraciones de derechos vinculadas a la persecución de mujeres por abortos y eventos obstétricos afectan de forma disímil a los distintos grupos y en los diferentes lugares de nuestro país. Por eso es fundamental contar con información que acompañe el diseño de estrategias y permita evaluar no sólo las posibles intervenciones en los casos sino, también, las diversas dimensiones del problema.

Esperamos que en el escenario actual, con la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, se reconozca la necesidad de producir estadísticas fiables que visibilicen los diversos problemas. El no registro de determinadas situaciones o la omisión de determinadas categorías puede



contribuir a la invisibilización de una problemática. La consecuencia más inmediata es la dificultad para efectuar diagnósticos y para cuantificar y dimensionar el problema.

IV. Investigar para incidir: “la cocina” de la construcción de mesas de trabajo interdisciplinarias y regionales

Las preguntas de investigación que nos planteamos tuvieron un importante impacto en los debates sobre los derechos sexuales y (no) reproductivos en nuestro país. Asimismo, la lectura integrada del contexto regional permitió también intercambiar balances, diagnósticos, estrategias y perspectivas con los feminismos jurídicos latinoamericanos. En ese marco es que conformamos distintos espacios de colaboración interdisciplinaria e investigación conjunta para profundizar en estas indagaciones. A continuación, detallaremos algunos de los trabajos que produjimos a raíz de estos intercambios, en los que se ve una suerte de mapa que permite reconstruir “la cocina” de una investigación orientada a incidir.

1. A raíz de la muerte en prisión de Patricia -la primera de las mujeres entrevistadas en el marco del libro “Dicen que tuve un bebé”- comenzamos una labor en conjunto con el CELS, la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto y profesoras del Centro Universitario San Martín (CUSAM), en donde Patricia era estudiante. Desde 2019 construimos una mesa de trabajo que realizó una primera publicación en noviembre de 2020. En esa oportunidad, lanzamos un comunicado con los resultados del primer tramo de la investigación, focalizada en la búsqueda y sistematización de noticias emitidas por cincuenta medios de comunicación nacionales y provinciales que dieran cuenta sobre la criminalización de eventos obstétricos. En ese comunicado, suscripto luego por decenas de organizaciones feministas y de derechos humanos, se reclamó la aprobación del proyecto de ley de la IVE tomando en consideración el registro mediático de 73 casos de mujeres criminalizadas por abortos u otros eventos obstétricos. Asimismo, se señaló que a las mujeres “se las estigmatiza como asesinas, y para construir esas figuras se invisibilizan las situaciones de vulnerabilidad en la

que se encuentran” (CELS, 2020a), poniendo de relieve la práctica judicial de endilgar el delito de homicidio a las mujeres que atravesaban eventos obstétricos. Dentro de los rasgos comunes identificados a partir de un enfoque cualitativo, las personas criminalizadas pertenecían a sectores sociales vulnerables, sin trabajo remunerado, con condiciones habitacionales precarias y con una o más hijes. Otro aspecto que se destacó fue la violación al debido proceso y que una gran cantidad de procesos penales se iniciaron por denuncias del personal de salud, en violación al secreto médico profesional (CELS, 2020a).

2. En diciembre de 2020, desde la misma mesa de trabajo hicimos público el informe *La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina*, actualizando y ampliando la información relevada de forma previa. En esta oportunidad se incorporaron como fuentes las respuestas emitidas por los poderes judiciales provinciales ante pedidos de acceso a la información. Asimismo, se incluyeron eventos obstétricos identificados con tipos penales distintos al delito de aborto, seleccionando aquellos en los que en los hechos investigados se hacía referencia a la muerte de recién nacidos de forma inmediatamente posterior al parto. De esta manera, el informe incluyó un enfoque cuantitativo sobre la criminalización. En particular, fueron diecisiete las jurisdicciones que respondieron e informaron un total de 1532 causas por aborto y 37 por eventos obstétricos. De los datos relevados se desprendieron cifras alarmantes, como los 402 procesos penales por el delito de aborto informados por la provincia de Tucumán y los 14 referidos a eventos obstétricos en la provincia de Formosa. Sin embargo, jurisdicciones como CABA y Buenos Aires también se destacaron por una gran cantidad de casos, sumando entre ambas 726 procesos penales por aborto (CELS, 2020b).

3. Luego de la aprobación de la ley de IVE, en diversos países de la región se plantearon debates sobre las estrategias de acceso al aborto, el cese de la criminalización de los eventos obstétricos y la libertad de las mujeres que aún se encuentran en prisión por estos hechos. En ese marco, reviste gran importancia el caso de “Manuela vs. El Salvador” que se encuentra ante la Corte IDH y cuyo tratamiento en audiencias públicas tendrá lugar en marzo de 2021. En este caso se observaron numerosas violaciones a los derechos



humanos a una mujer producto de su criminalización ante una emergencia obstétrica. Algunas de ellas son el derecho a ser oída, a la igualdad, a la no discriminación, a gozar de la presunción de inocencia y a ser juzgada conforme las normas del debido proceso. Estas circunstancias no son excepcionales, sino que reflejan prácticas del estado salvadoreño producto de políticas prohibicionistas contra el aborto, creadoras de un régimen de maternidades forzadas y mujeres criminalizadas por eventos obstétricos. El estudio del caso de Manuela fue central para comprender las lógicas de persecución penal que subyacen en distintos países de la región y construir el problema de investigación.

A partir de la publicación y difusión del libro “Dicen que tuve un bebé” fuimos invitadas por colegas de la región a presentar ante la Corte IDH un *amicus curiae* a los fines de aportar los resultados de nuestra investigación. Uno de nuestros objetivos de la presentación fue resaltar el potencial que puede tener en el contexto latinoamericano el pronunciamiento de la Corte. En particular, planteamos que la criminalización de mujeres por eventos obstétricos no es sólo una práctica del estado salvadoreño sino un comportamiento estatal que se repite en Argentina y otros países de la región como Ecuador, Colombia y Honduras. Las imputaciones por delitos como homicidio agravado, la violación al derecho de las garantías constitucionales, el uso de estereotipos de género y las imposiciones de condenas y castigos ejemplificadores son prácticas comunes. Por este motivo, el litigio de “Manuela vs. El Salvador” constituye un caso testigo de estas formas de criminalización. Gracias a las redes latinoamericanas con colegas de El Salvador y América Latina pudimos poner nuestra investigación al servicio de este proceso.

V. Impacto de la investigación en el debate ante el Congreso

El libro “Dicen que tuve un bebé” y el informe *La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina* fueron recogidos por las personas que expusieron tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara de Senadores en oportunidad de debatirse nuevamente la Ley de IVE, a fines del año 2020. Resulta necesario aclarar que para que el libro y la idea central de la investigación llegara a manos de estas personas se requirió

de un trabajo minucioso que implicó el tejido de redes feministas en diferentes espacios académicos, sociales y políticos. En ese marco se llevaron a cabo numerosas presentaciones en diferentes universidades ubicadas en distintos puntos del país, como así también reuniones con organizaciones de derechos humanos, asociaciones y espacios culturales. Además, se realizaron innumerables reuniones con integrantes de sectores políticos diversos y se llevaron a cabo entrevistas con medios de comunicación tanto de alcance masivo como de pequeñas localidades. Dada la situación de emergencia sanitaria declarada por la pandemia mundial, resta aclarar que todas las reuniones fueron realizadas de manera virtual.

En lo que respecta al impacto que la investigación -plasmada tanto en el libro como en el informe- tuvo en el debate parlamentario, identificamos que durante esta nueva oportunidad se indagó sobre la criminalización de las mujeres acusadas de haberse realizado un aborto o de haber transitado un evento obstétrico con una mirada más amplia y reflexiva que aquella que se había escuchado en 2018. Para mirar de cerca este recorrido se relatarán en primer lugar las exposiciones dadas ante la Cámara de Diputados, para luego pasar a las prestadas ante la Cámara de Senadores, cuyos integrantes terminaron por confirmar que la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, finalmente, fuera ley.

Por un lado, en el Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados, Soledad Deza⁶ fue categórica al señalar que la penalización del aborto era “una inmoralidad que se cobra vidas”.

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

Para finalizar, Deza sentenció:

6 Segunda jornada de exposiciones ante el Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados, 2/12/2020.



Se trata de pensar en la inmoralidad de una penalización que se cobra vidas y muertes, todas evitables. Se trata de aceptar que nadie merece estar presa o exponer su vida y su salud por no ser capaz de gestar, parir y cuidar en determinado momento. La penalización del aborto es insalubre.

Por su parte, la diputada Karina Banfi⁷ recordó que en el debate del año 2018 se había dicho que más allá de que la práctica del aborto estuviera legislada en el Código Penal, no existían presas por ese delito.

Eso yo lo escuché y vi que muchos expositores lo repetían casi como un mantra. Ahora por suerte me encontré con un libro que me llegó a mis manos de siete historias en que el sistema encarcela mujeres y a casi nadie le importa y habla de siete casos de mujeres que han sido encarceladas por haberse practicado el aborto.

Después de mencionar las cifras oficiales recogidas en el libro, Banfi sostuvo que aun cuando el Código Penal preveía una pena “bastante baja en lo que refiere a aborto”, por la creatividad de los jueces y juezas argentinas avanzaban en la criminalización y condenaban no por la figura del aborto sino “que las carátulas están consignadas en ‘aborto seguido de homicidio agravado por el vínculo’ o directamente ‘homicidio agravado por el vínculo’, en algunos casos ‘cometido contra bebé’. Por lo tanto, esa pena tiene prisión perpetua”. En ese sentido, la diputada Banfi concluyó: “las mujeres en Argentina por abortar sí van presas”.

Luego, en la jornada en que se debatió la ley ante la Cámara de Diputados⁸, la diputada Estela Hernández retomó el argumento de 2018:

Escuché decir que no se encarcelaban a muchas mujeres. Tengo en mi poder un libro que acabo de leer y que también presenté en la Cámara. El libro se titula ‘Dicen que tuve un bebé’ y habla de siete historias que dan cuenta de que el Poder Judicial encarceló mujeres, y esto a nadie le importa. Este libro habla de cuestiones que se ocultan, que se tapan. Estas cosas sí pasan, son historias verídicas.

En ese sentido, el diputado Benedetti reflexionó sobre el “trauma que se

⁷ Cierre del debate ante el Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados, 4/12/2020.

⁸ Cámara de Diputados, sesión del 10/12/2020.

suma por el temor a ser descubiertas, denunciadas o detenidas. En efecto, más allá de que aquí se diga que no ha habido muchos de estos casos, sobrevuela la sensación de ilegalidad y de delito”.

Por último, la diputada Silvia Lospennato⁹, en una de las exposiciones que cerró el debate ante la Cámara de Diputados, señaló que la criminalización del aborto no afectaba sólo a las mujeres que abortaban, sino que también desplegaba un manto de sospecha sobre cualquier mujer que atravesaba un evento obstétrico y sobre el que se posaba la mirada del prejuicio.

Ese prejuicio provocó en nuestro país que mujeres que sufrieron partos en avalancha fueran juzgadas e injustamente encarceladas. Este prejuicio también provoca que otras miles de mujeres que pierden de manera natural sus embarazos sean maltratadas en los centros de salud, sumando más dolor a su pérdida.

Luego de que el proyecto de ley lograra media sanción en la Cámara de Diputados, su trámite pasó a la Cámara de Senadores. En una de las primeras jornadas expuso Paula Litvachky¹⁰, cuyo eje central fue el de la criminalización.

Hemos escuchado muchas veces que la ley penal se usa poco para criminalizar el aborto, pero esto no es cierto. La persecución penal existe y expande efectos terribles. Lo mostramos en una investigación federal que hicimos con el Centro Universitario de San Martín, la campaña nacional y las investigadoras Gloria Orrego-Hoyos, María Lina Carrera y Natalia Saralegui.

Paula expuso las cifras recogidas en el informe *La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina*, el que para ese momento había recogido información de trece provincias y la CABA. Sólo esas jurisdicciones, entre 2012 y 2020, habían sumado 1.388 causas judiciales por aborto y 33 por eventos obstétricos.

Además, hizo hincapié en otras circunstancias que rodeaban y conformaban esas criminalizaciones: todas las mujeres tenían menos de 30 años, pertenecían a sectores sociales vulnerables, tenían bajo nivel de instrucción formal,

9 Cámara de Diputados, sesión del 10/12/2020.

10 Plenario de Comisiones de la Banca de la Mujer, Salud y Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores, 15/12/2020.



vivían en condiciones habitacionales precarias, y ninguna tenía trabajo remunerado. Por otra parte, señaló que el 33% de las mujeres había sido denunciada por personal de salud; es decir, por personas que violaron su deber de confidencialidad.

Muchas mujeres sufren en sus cuerpos y en sus vidas estas dos respuestas a la vez [...]: la cárcel y la muerte. Esto es así, incluso, cuando el aborto no es una decisión que surge del deseo de no maternar, sino de problemas de salud o de la imposibilidad de asumir la crianza de otro hijo.

Finalmente, en una de las jornadas previas a la votación, el Plenario de Comisiones de la Banca de la Mujer, Salud y Justicia y Asuntos Penales escuchó la exposición de Ana Correa¹¹, quien comenzó su relato recordando cómo había transcurrido el debate del 2018.

Sentí -como tantas otras mujeres- mucha impotencia porque en el recinto del Senado se faltó a la verdad: se dijo que no había mujeres presas por aborto, cuando todos sabían que Belén [...] había estado presa, injusta y arbitrariamente, por un aborto espontáneo. [...] Sabemos que hay muchos casos como el de Belén. Ya no van a poder usar este argumento.

En ese marco, Ana Correa relató la entrevista a Patricia que luego fue plasmada en “Dicen que tuvo un bebé”: “Allí, contó lo que nadie había querido escuchar: que ella no sabía que estaba embarazada, que una noche se había sentido descompuesta y que, luego, tuvo una hemorragia en la que perdió mucha sangre”. Luego de comentar su historia, Correa invitó a escuchar la voz de Belén. La transmitió para todo el recinto. Por primera vez en la historia, una mujer que había sido criminalizada, detenida, condenada y luego absuelta por haber transitado un evento obstétrico, tuvo la oportunidad de ser escuchada en el Congreso.

En la histórica sesión ante la Cámara de Senadores, el caso de Belén fue retomado. La senadora Catalfamo reflexionó sobre los casos que aún se desconocen mientras las mujeres siguen presas. La senadora Sacnunc señaló que la penalización y criminalización las condena a morir en la

¹¹ Plenario de Comisiones de la Banca de la Mujer, Salud y Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores, 17/12/2020.

clandestinidad o “esposadas en sus camas, en los hospitales públicos, o con una faja de seguridad en las puertas de esas salas, donde terminan internadas con presencia policial o, muchas de ellas, en comisarías”.

Del mismo modo, el senador Lousteau también hizo referencia al problema de la criminalización. La senadora Duré manifestó, luego de rechazar los abortos clandestinos practicados en soledad, que “[no] queremos ir más presas” y la senadora Verasay agregó: “las mujeres no deben ir presas cada vez que deciden abortar”. Además, el senador Doñate manifestó que era un error creer que se disuadía de la práctica del aborto juzgando a las mujeres, castigándolas, imponiéndoles una pena de cárcel o encuadrando su actuar en una acción de tipo penal antijurídica. Dicha circunstancia, apuntó, “es justamente lo que las lleva a buscar soluciones marginales, extremas, intervenciones en la clandestinidad, donde no existen las mínimas condiciones de higiene ni de salubridad”.

En ese sentido, la senadora Durango recuperó los datos que se desprendían del informe *La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina* y expresó: “No sigamos condenándolas a la clandestinidad, expuestas al oscuro negocio del aborto clandestino”. A su vez, la senadora González consideró que no estaba de acuerdo con condenar a las mujeres que decidían interrumpir un embarazo.

En último lugar, la senadora Crexell hizo referencia a “Dicen que tuve un bebé” y fue terminante al sostener que:

La estrategia punitiva fracasó. Y peor aún, castigó duramente a mujeres por condenarlas injustamente. Es la historia de Yamila, de Eliana, de Inés, de Paloma. Es la historia de muchas mujeres que sufrieron la aplicación de una justicia injusta.

VI. Reflexiones finales sobre la investigación y el trabajo de incidencia

Nuestro estudio y problematización de las prácticas y patrones de comportamiento de criminalización de mujeres por eventos obstétricos se valió tanto de los feminismos jurídicos como de los aportes del movimiento



feminista en su conjunto. Las ideas y los planteos que desarrollamos se encuentran intrincados en un mapa de construcción colectiva basado en debates jurídicos sobre el acceso al aborto, en los fundamentos de los feminismos antipunitivistas y asociado a las experiencias de las personas que se encuentran privadas de su libertad.

No seremos las primeras en decirlo, pero tampoco las últimas: nuestra investigación y nuestro accionar se inscribe en el vínculo ya trazado desde el sufragismo que vincula derecho y feminismos. Desde el comienzo nos guio la idea de que los feminismos jurídicos aportan insumos académicos a debates y planteos vigentes en la realidad social de nuestra región y nuestra época. El corolario de ello, sin lugar a dudas, fue la posibilidad de haber logrado incidir en el debate por la aprobación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo en diciembre 2020. Asimismo, la intervención ante el sistema internacional de derechos humanos también se desarrolló gracias a los vínculos históricamente trazados en los feminismos de América Latina y el Caribe por los derechos de las personas gestantes y la vigencia de los derechos humanos.

La construcción de conocimiento para esta investigación fue con las organizaciones feministas y sus redes. El Proyecto Decyt de la Facultad de Derecho de la UBA “Doctrina Penal Feminista”, la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto, La Revuelta-Socorristas en Red, la Red de Profesionales por el Derecho a Decidir y espacios como los Encuentros Plurinacionales de Mujeres, Lesbianas, Travestis y Trans nos ayudaron a mapear territorios y profundizar contactos sin los cuales la investigación realizada no hubiese sido igual. Es en la praxis de los feminismos jurídicos que se inscribió esta investigación que continúa en construcción.

BIBLIOGRAFÍA

Bazzano, M. M.; Pol, L. (2010). Condiciones de producción de las estadísticas criminales en Argentina. *VI Jornadas de Sociología de la UNLP, 9 y 10 de diciembre de 2010*. La Plata: Memoria Académica,

recuperado el 06 de julio de 2021 de http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.5455/ev.5455.pdf

Carrera, M. L., Orrego-Hoyos, G. y Saralegui Ferrante, N. (2020b). Mujeres presas por eventos obstétricos: los costos de la razón punitiva. En Herrera, M., De La Torre, N. y Fernández, S. (Comps.), *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia, Derecho Penal y Sistema Judicial*, Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

CELS (2020a). *Es urgente terminar con la criminalización del aborto*, recuperado el 06 de julio de 2021 de <https://www.cels.org.ar/web/2020/11/es-urgente-terminar-con-la-criminalizacion-del-aborto/>

CELS (2020b). *La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina*, recuperado el 06 de julio de 2021 de <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/12/La-criminalizaci%C3%B3n-por-aborto-y-otros-eventos-obst%C3%A9tricos-en-la-Argentina20201228.pdf>

Di Corleto, J. (2018). *Malas madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Didot.

Di Corleto, J. (2017). Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género. En Di Corleto, J. (Comp.), *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.

Hopp, C. (2017) 'Buena madre', 'buena esposa', buena mujer'. En Di Corleto, J. (Comp.), *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**IV. DEFENSAS PENALES
Y LITIGIOS CON
PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Maternidades enjuiciadas: criminalización de las madres por delitos de omisión y (des)protección de la niñez

CECILIA MARCELA HOPP¹

I. Introducción

La presentación, discusión y sanción conjunta en el Congreso Nacional de los proyectos de ley de “Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo” (Ley n° 27.610) y de “Atención y cuidado integral durante el embarazo y primera infancia” (conocida como “ley de los mil días”, Ley n° 27.611) pone de manifiesto el vínculo entre la maternidad y las políticas públicas para apoyar el cuidado de hijas e hijos. De esta forma, se abandona la concepción de la maternidad como un suceso de la vida de las mujeres en el que la autonomía femenina no resulta un factor legalmente decisivo, y el paradigma del cuidado como responsabilidad privada asignada legalmente a madres y padres, pero culturalmente cargada únicamente sobre las mujeres. A partir de estas leyes, por el contrario, se fomenta la voluntariedad en la asunción del embarazo y la maternidad y se redistribuyen las responsabilidades de cuidado, al asumir el Estado parte de sus cargas.

El cuidado de la niñez entra, definitivamente, en la esfera de lo público y las decisiones reproductivas son devueltas a la esfera de la que no deberían haber salido: la autonomía de las personas que tienen capacidad de gestar. Ambas leyes contienen, además, una concepción de la autonomía que

¹ Profesora adjunta int. Del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la UBA, integrante del DECyT Doctrina Penal Feminista. Abogada (UBA), Especialista en Derecho Penal (UTDT) y Master en Derecho (NYU).



comprende la necesidad de contar con opciones aceptables, información y apoyo social para llevar a cabo la decisión de maternar o de no hacerlo.

Las formas en que se criminaliza a las madres por no haber impedido daños contra sus hijos e hijas evidencian una desconexión entre la responsabilidad social sobre el cuidado de niñas y niños y la función de garante atribuida a las mujeres sobre sus hijas/os. En este breve trabajo, expongo parte del resultado de mi investigación sobre cuarenta y un casos en los que una mujer fue enjuiciada por no haber cumplido adecuadamente con el rol maternal. En treinta y seis de estos casos, el daño se produjo por violencia en el ámbito intrafamiliar. En los otros cinco, se reprochó a la madre no haber evitado las lesiones o el fallecimiento de un hijo o hija, producto de situaciones de extrema pobreza o vulnerabilidad. Todos fueron juzgados en Argentina, en el transcurso de los últimos veinte años.

En la primera sección relato uno de los casos estudiados, con la finalidad de mostrar en forma concreta y contextualizada la disociación entre la responsabilidad maternal y la comunitaria/institucional. En los siguientes apartados, reflexiono sobre otros ejemplos que evidencian fallas en las intervenciones institucionales dirigidas a proteger a niñas y niños. En efecto, de las cuarenta y una sentencias analizadas, se observa que en veintitrés casos existieron intervenciones del sistema judicial, administrativo, sanitario, educativo u otras instituciones comunitarias especializadas que podrían haber advertido el peligro que amenazaba a las niñas y niños pero dejaron pasar la oportunidad de protegerlos/as.

II. El caso de María Luz

María Luz fue madre a los dieciséis años. Apenas veinticinco días después del parto, mientras ella se encontraba en el baño, preparándose para concurrir al control médico de la cicatriz de su cesárea, su hija sufrió un primer episodio de violencia. María Luz escuchó una queja de la niña y salió a ver qué había ocurrido, la encontró inconsciente en brazos del padre, su pareja de dieciocho años de edad. El joven le dijo a María Luz que se había golpeado con su hombro cuando él intentó atajarla para evitar que se le

cayera de los brazos. Ambos progenitores llevaron a su hija a la guardia. Durante la espera, el padre de la beba sugirió que dijeran que se había caído de un futón para que la atendieran más rápido. En esa oportunidad, se realizaron estudios diagnósticos para evaluar la magnitud y las consecuencias del golpe, permaneció unas horas en observación y fue dada de alta. Sin embargo, al día siguiente, María Luz llevó a su hija a la pediatra porque vio conductas y gestos extraños que le llamaron la atención. La especialista ordenó una nueva visita al hospital porque observó síntomas de daño neurológico.

Efectivamente, la niña debió quedar internada durante un extenso período. Se realizaron nuevos estudios y se comprobó que las lesiones que presentaba no eran compatibles con el mecanismo de producción indicado por los progenitores, sino que eran consecuencia de un zamarreo. Teniendo en cuenta que este tipo de daños se producen por maltrato intencional, desde el hospital se dio intervención al organismo de protección de la niñez, el Consejo de niñas, niños y adolescentes, la entidad administrativa que debe analizar y prevenir situaciones de riesgo y, en caso de existir un delito contra una niña o niño, realizar la denuncia penal correspondiente. Fue a partir de ese anuncio que se comenzó a dialogar con la madre y el padre de la niña, como también con la familia más próxima, con la finalidad de determinar las medidas necesarias para preservar el bienestar de la pequeña. En ese contexto, se determinó que María Luz, junto con su pareja y la hija de ambos dejarían la vivienda de la madre de María Luz, debido a que existía un conflicto entre la dueña de casa y el padre de la beba. Concretamente, la madre de María Luz había manifestado que el padre de la niña consumía drogas y era agresivo. A pesar de estos dichos y del hecho de que las lesiones habían sido causadas por una conducta violenta, el Consejo acordó el alta de la niña y mantuvo su cuidado a cargo de la madre y el padre, con supervisión constante de la abuela de María Luz y dos tíos mayores de edad que residían en la misma casa. El órgano administrativo mantuvo su intervención y debía controlar la situación, pero no lo hizo.

Pocos días después, mientras María Luz se encontraba en la escuela, el padre de la niña la llamó para avisarle que llevaría a la beba al hospital nuevamente. En el transcurso de una nueva internación, se comprobó que la niña había sido sacudida y finalmente murió.



Tanto María Luz como el padre de la niña fueron acusados y condenados por el homicidio de la beba (Tribunal Oral de Menores n° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, causa n° 8019, CCC 17765/2014/TO1, caratulada: “L.R.M. y M.L.N. s/ homicidio agravado por el vínculo”, 22/11/2016). La imputación fue conjunta e indistinta: la madre y el padre tenían el deber de proteger a su hija, uno de los dos la habría agredido y el o la otra no lo habrían impedido.

Sobre este caso se destacan tres cuestiones. En primer lugar, la referencia en la sentencia a la intervención del sistema de salud y del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes se realiza con la finalidad de plantear la existencia de un contexto de violencia conocido por María Luz. Fue de esta manera que se afirmó su dolo omisivo. Por otro lado, se dio por sentada la previsibilidad del ataque mortal para esta madre no experimentada de dieciséis años, a pesar de que el organismo especializado en protección de la niñez no lo había advertido, sino que había atribuido el episodio a la torpeza propia de una pareja parental muy joven. Por ese motivo, las medidas adoptadas se limitaron a establecer una supervisión y no estimaron necesario hacer una denuncia penal. En tercer término, ni la imputación ni la condena consideraron relevante distinguir la situación de la madre de la niña, quien al momento de la agresión mortal estaba en la escuela y la del padre. Ni siquiera se estimó necesario afirmar lo obvio: el padre había sacudido a la recién nacida y el reproche sobre la madre se basó en que en la primera oportunidad estaba en el baño y en la segunda en la escuela.

El caso de María Luz, y tantos otros, abren preguntas sobre la distribución de las expectativas sociales, sobre la conveniencia de concentrar la responsabilidad en las madres que ya han acudido al Estado o al sistema de salud para la protección de sus hijas e hijos y sobre las implicancias de la criminalización en los derechos fundamentales de las madres.

III. Revisión cuantitativa de los casos

Las sentencias estudiadas permiten observar las formas en que las madres pueden acudir a los sistemas de protección. Un dato notorio es que

diecisiete de las víctimas eran menores de dos años, quince tenían entre dos y cinco años y doce eran mayores de cinco años. De estos últimos, ocho fueron víctimas de abuso sexual.

Los daños graves que llegaron a juicio se produjeron en la mayoría de los casos durante los primeros años de vida, antes de la edad escolar. Esto sugiere que, más allá de la mayor fragilidad de los niños y niñas muy pequeñas frente a las agresiones y las carencias derivadas de la vulnerabilidad social extrema, la escolarización obligatoria tiende a prevenir daños porque habilita intervenciones institucionales tempranas en situaciones de peligro. A partir de la escolarización, las familias y especialmente las madres comparten en alguna medida el cuidado de sus hijas e hijos y tienen mayor acceso a recursos que facilitan intervenciones oportunas frente a la violencia o necesidades básicas insatisfechas. En los casos en que las niñas y niños damnificados superaban la edad escolar, la enorme mayoría sufrieron violencia sexual. Estos delitos no se previenen satisfactoriamente por las deficiencias en la educación sexual integral que permiten el mantenimiento de tabúes vinculados a la sexualidad y favorecen la indefensión infantil frente a abusos que no son nombrados, discutidos ni imaginados por parte de las personas a cargo de su cuidado².

Como mencioné anteriormente, en veintitrés casos se produjo una intervención institucional previa, en la que se evidenció una situación de peligro y, aun así, no se impidió la continuación de ese riesgo.

En efecto, en siete casos existía una intervención judicial vigente, dirigida a la protección de niños y niñas, derivada de situaciones previas de violencia. En otros dos casos, el organismo administrativo de protección de niñas, niños y adolescentes se encontraba a cargo de la supervisión de la familia, en virtud de episodios de agresiones ya verificadas. En nueve de los casos, el sistema de salud había atendido al niño o niña por lesiones sufridas o por problemas de salud derivados de la misma situación de peligro que

2 Según un estudio del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, aproximadamente un 80% de los niños, niñas y adolescentes de entre 12 y 14 años que efectuaron denuncias de abuso sexual, lograron comprender y verbalizar los abusos sufridos luego de haber recibido clases de Educación Sexual Integral (Romero, 2020).



luego se consumó en el daño que dio lugar al enjuiciamiento de la madre por su omisión de impedirlos. En cuatro de los casos, el sistema educativo advirtió el peligro, pero no alcanzó a intervenir eficazmente. Finalmente, en un caso hubo asistencia de un centro comunitario especializado en violencia de género y familiar, donde se advirtió una situación de peligro, pero no se la dimensionó como alarmante.

Todo esto demuestra que existen oportunidades para apoyar a las madres en el propósito de proteger a sus hijos e hijas, pero suelen pasar desapercibidas o son subestimadas. Asimismo, cuando los daños son graves, la respuesta penal establece responsabilidades individuales y sólo valora estas intervenciones institucionales como prueba de que la madre conocía el peligro; es decir, para concentrar toda la responsabilidad en ella.

IV. El cuidado infantil como cuestión privada

La literatura que se ocupa de estudiar la organización social del cuidado ha destacado que la satisfacción de las necesidades infantiles se asigna a las familias, que se trata como una cuestión privada (Faur, 2014). Asimismo, estos estudios dan cuenta de que dentro de los núcleos familiares son las madres las responsables de proveer el cuidado, ya sea personalmente o pagando por que una institución u otra persona lo realice (*ibidem*).

Esto es especialmente cierto para la primera infancia, ya que el Estado se ha obligado mediante ley 26.206 a proveer educación obligatoria desde los cinco años y se planteó el objetivo de expandir la cobertura de sala de cuatro. Así es que la maternidad transcurre con escasas intervenciones institucionales durante los primeros años de vida de los niños y niñas. En consecuencia, las madres que tienen dificultades para mantener a sus hijas e hijos a resguardo de peligros derivados de la vulnerabilidad social, falta de acceso al sistema de salud o violencia, no necesariamente entran en contacto con organismos que puedan reforzar su capacidad de proveer lo esencial para el bienestar de las niñas y niños.

Correlativamente, esta misma privatización de la responsabilidad sobre el bienestar infantil se refleja también en los alcances del deber de garante de

las madres. Cuando una sentencia advierte que la mujer acudió a alguna institución y expuso la situación de peligro y solamente valora esa intervención como un dato que corrobora su conocimiento acerca del deber de impedir el daño, afirma que la responsabilidad solamente le atañe a ella y desgrava a los sistemas de protección de los deberes de protección que constituyen su misión institucional.

En este sentido, el foco que pone la “Ley de los mil días” intenta cubrir los tres años de mayor desprotección y ofrecer a las madres el apoyo que necesitan. En particular, se refuerzan las transferencias monetarias y la protección alimentaria tanto de la madre como de sus hijos e hijas pequeñas. Además, el artículo 18 menciona específicamente la necesidad de articulación con centros de salud comunitarios para una oportuna intervención relativa al cuidado de la salud materna e infantil y para situaciones de violencia de género. Asimismo, en el artículo 19 se dispone que debe brindarse capacitación para las mujeres en diversas áreas y se menciona específicamente la prevención de la violencia como uno de los temas a discutir. También en el artículo 24 se dispone que los organismos que intervengan en las políticas implementadas en virtud de esta ley deberán informar a las mujeres sobre su derecho a una vida libre de violencia física, psicológica, obstétrica e institucional. También deben ser asesoradas sobre las alternativas de denunciar estas violencias y de recibir asistencia. Se indica la obligación de los servicios de salud de intervenir en situaciones en las que se advierte que la mujer, niña u adolescente es víctima de violencia de género y de afrontar la situación ofreciendo ayuda.

La consideración de la violencia contra la madre en una ley dirigida a proteger la maternidad y la niñez pone de manifiesto aquello que las condenas a las madres víctimas de violencia pasan por alto: la violencia contra la madre afecta a sus hijas e hijos, no sólo porque en muchos casos pueden sufrir las mismas agresiones, sino porque la violencia condiciona severamente la capacidad de las madres de proteger a sus hijas e hijos (Laurenzo Copello, 2020).



V. Luchas feministas y pérdidas en la traducción

Los movimientos feministas tienen presencia y persistencia en Argentina desde el regreso de la democracia. Las luchas por los derechos de las mujeres han abarcado un amplio espectro de demandas vinculadas a la igualdad, la opresión y la no discriminación (Trebisacce, 2018). Demandas sobre derechos civiles básicos como el divorcio vincular, la patria potestad compartida y el aborto libre estaban presentes ya en los años ochenta (Daich y Tarducci, 2018). La articulación de la agenda feminista en torno a la violencia es más reciente, sin embargo, fue la que más éxito tuvo para poder convocar la movilización masiva a partir de 2015 y la que logró más resonancia en términos de respuestas institucionales.

Desde 2006 el sistema judicial comenzó a implementar instituciones especializadas para responder a la violencia de género. Ese año se instaló la Oficina de Violencia Doméstica, orientada a recibir denuncias y derivarlas a los tribunales correspondientes. Al año siguiente se creó, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, la Comisión sobre temáticas de género para capacitar a sus agentes y generar materiales teóricos, prácticos e investigaciones que permitan visibilizar la violencia de género y mejorar su abordaje. Ya en 2009 se creó en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la Oficina de la Mujer, encaminada a sensibilizar y capacitar a quienes trabajan en el Poder Judicial en materia de género, como también para monitorear la participación de las mujeres en ese poder del Estado. En 2012 se creó en el ámbito del Ministerio Público Fiscal el Programa de Políticas de Género, dirigido a promover la perspectiva de género en el trabajo de este organismo. Posteriormente, en 2015 se creó la UFEM, una Unidad Fiscal Especializada en delitos que involucran violencia de género.

Si bien la jurisprudencia de la CSJN no abunda en precedentes referidos a la violencia de género, dos son los hitos más importantes en la materia. En primer lugar, el fallo “F.,A.L.” (CSJN, 13/03/2012) sobre el derecho de las mujeres a acceder a los abortos permitidos por la ley desde 1921. Allí se destacó que la obstaculización de la práctica constituye violencia institucional y es contraria a los derechos humanos de las mujeres. Asimismo, el fallo “Góngora” (CSJN, 23/04/2013) marcó el camino de una jurisprudencia

que interpreta la Convención *Belém do Pará* en forma tal que se da preeminencia a la obligación de sancionar la violencia contra las mujeres, por encima de las medidas de prevención o reparación, también contenidas en ese texto normativo (Arduino, 2020).

Desde el ámbito legislativo, en 2008 se sancionó la primera ley sobre trata de personas, cuya implementación se enfocó fuertemente en el fenómeno de la explotación sexual. En 2009 se sancionó la ley n° 26.485, que define las distintas clases de violencia contra las mujeres y establece la necesidad de implementar políticas públicas para prevenirlas y combatirlas. A pesar de ser una norma sobre violencia, su perspectiva no es punitiva, sino que se enfoca en medidas de acceso a la justicia. A partir de la instalación de la discusión social de los femicidios como un problema con características específicas, se derogó la figura del avenimiento, contenida en el art. 132 CP, que permitía la extinción de la pena por delitos contra la integridad sexual en los casos en que el agresor y la víctima tuvieran una relación sentimental. En 2012 se sancionó también la ley n° 26.791, que agravó la sanción del homicidio en los supuestos reconocidos como casos de femicidio. A fines de ese mismo año, se aprobó la segunda ley de trata, n° 26.842, que eliminó el consentimiento de la explotación como causa de atipicidad y agravó las penas por este delito. Así se reforzó el perfil abolicionista de la ley y se intensificaron los esfuerzos de implementación.

Como se observa, muchas de estas medidas se encaminaron a reforzar la penalización de las violencias contra las mujeres. Sin embargo, los reclamos feministas que abrió la masividad del movimiento “Ni Una Menos» a partir de 2015 no se centraron en el endurecimiento de las leyes penales, sino en la implementación correcta de las leyes ya existentes y en la creación de políticas públicas dirigidas a la prevención de las violencias (Ni Una Menos, 2015; 2017).

Paralelamente, la jurisprudencia de los tribunales penales fue incrementando su detección de la violencia contra las mujeres como fenómeno específico y planteando el endurecimiento de las condiciones de la persecución penal. También en el ámbito legislativo se justificó el endurecimiento de la ejecución penal sobre la base de la indignación social por los femicidios, dando lugar a la ley n° 27.375, que restringió el régimen de progresividad en delitos considerados graves.



Frente a esta tergiversación y simplificación de los reclamos, Ni Una Menos se pronunció en contra: lo que exigimos desde los movimientos de mujeres es prevención, libertad, políticas públicas que promuevan nuestra autonomía y prevengan las violencias (Ni Una Menos, 2017). De esta forma, los movimientos feministas argentinos comprenden que el sistema penal nunca fue nuestro aliado hasta ahora y que su valor simbólico no va a modificar la situación de las mujeres ni protegernos.

En este contexto, las investigaciones feministas comienzan a explicitar la idea del feminismo no punitivista para contraponerse a las traducciones institucionales que nos devuelven como respuestas a nuestras demandas (Daich y Varela, 2020). Es desde esta perspectiva que podemos observar el fenómeno de las maternidades criminalizadas como una consecuencia no deseada del abordaje penal de la violencia en los vínculos interpersonales.

La idea de que la violencia en las relaciones familiares es un problema eminentemente penal lleva a que las políticas se enfoquen en la intervención de policías, fiscalías y tribunales que todavía comprenden poco sobre las dinámicas y los efectos de la violencia de género. De esta forma, la intervención punitiva en las familias en las que hay violencia conduce a ver víctimas indefensas y victimarios monstruosos (Pitch, 2003). Así, al intervenir en casos en que una niña o niño fue agredido/a, el ideal de la buena madre que debe mantener a salvo a sus hijos e hijas ubica a las mujeres que no logran evitar daños en el lugar de la “mala madre” y genera su posicionamiento como victimaria, a la vez que la invisibiliza como víctima de la misma situación. El derecho penal impone simplificaciones y genera descontextualizaciones, recortes de hechos, para poder delimitar delitos. Estas características del derecho penal, que asigna responsabilidades individuales, favorece la criminalización de las madres e impide ver que, en muchos casos, lo que falló fueron las políticas de apoyo y prevención.

El enfoque penal sobre la violencia familiar no permite comprender las formas en que la incapacidad del sistema de salud, educativo, judicial y de protección de la niñez de abordar las dificultades estructurales que tienen las mujeres para mantener a sus hijas/os a salvo afectan su capacidad de protección.

La ley que legalizó el aborto en Argentina y la “Ley de los mil días” retoman

la senda de lo que reclaman los movimientos feministas. Las mujeres que no deseen la maternidad, las que tengan dudas y las que enfrenten dificultades podrán encontrar en el Estado, en el sistema de salud y en las redes comunitarias el apoyo y la información necesarias para decidir si desean emprender la maternidad o no y en caso de que lo hagan, permanecerán acompañadas durante el embarazo y la crianza.

La maternidad pertenece al ámbito de lo público. Las nuevas leyes erosionarán los estereotipos que nos penalizan por no desear maternar o por no poder hacerlo según los estándares del ideal de las “buenas madres”. Esta nueva perspectiva, promete dar lugar a la responsabilidad colectiva de apoyar a las mujeres que quieran criar hijas e hijos y cuidar a las que cuidan para proteger la niñez.

BIBLIOGRAFÍA

- Arduino, I. (2020). *Violencias de género y el proceso penal: entre la promesa de la sanción y la gestión de los conflictos*. Herrera, M., De la Torre, N. y Fernández, S. (dir.), Videtta, C. (coord.), *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Derecho Penal y Sistema Judicial*, T. I, Rubinzal- Culzoni: Santa Fe.
- Daich, D. y Tarducci, M. (2018). *De feminismos y violencias: recuperar la historicidad de las luchas para enfrentar nuevos desafíos*, en *Mujeres y feminismos en movimiento. Politizaciones de la vida cotidiana*, comp. Mónica Tarducci y Deborah Daich, Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Buenos Aires: Buenos Aires.
- Daich, D. y Varela, C. (2020), *En la encrucijada: feminismos y poder punitivo*, en *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*, Biblos: Buenos Aires.
- Faur, E. (2014). *El cuidado infantil en el siglo XXI. Mujeres malabaristas en una sociedad desigual*. Siglo XXI: Buenos Aires.
- Laurenzo Copello (2020). *La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema*.



AAV, *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Eurosocial: Madrid.

Ni Una Menos (2015 y 2017), *Manifiestos*, recuperado el 6 de julio de 2021 de <http://niunamenos.org.ar/manifiestos/no-en-nuestro-nombre/>.

Pitch, T. (2003). *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, Ad Hoc: Buenos Aires.

Romero, N. (9 de enero de 2020). *La ESI permitió que el 80 por ciento de los niños y niñas abusados pudieran contarlo*. Página12. Recuperado el de julio de 2021 de: <https://www.pagina12.com.ar/240771-la-esi-permitio-que-el-80-por-ciento-de-los-ninos-y-ninas-ab>.

Trebisacce, Catalina (2018). *Violencia y derechos en la agenda feminista de los años ochenta*, en *Mujeres y feminismos en movimiento. Politizaciones de la vida cotidiana*, comp. Mónica Tarducci y Deborah Daich, Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras: Buenos Aires.



**Garantías judiciales
y juicio por jurados**

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**V. GARANTÍAS JUDICIALES
Y JUICIO POR JURADOS**

Violencia de género y justicia imparcial

MARÍA LUISA PIQUÉ¹

I. Introducción

Cuando pensamos y leemos la doctrina tradicional sobre la garantía de imparcialidad judicial, aprendemos que los jueces y las juezas no tienen que estar involucradas o tener un interés en la controversia que resuelven. La distancia hacia el conflicto y las partes es lo que supuestamente les permite decidir con justicia e imparcialidad. La representación típica de la justicia es una mujer, con balanzas (para dar a cada persona lo suyo), una espada (el poder de ejecutar sus decisiones) y una venda en los ojos.

Para lograr ese ideal, las personas que juzgan no tienen que tener intereses personales o económicos en los procesos. No tienen que tener ningún compromiso con el caso, ni obtener ninguna ganancia de él. En palabras de Luigi Ferrajoli, el juez o jueza “no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa” (Ferrajoli, 2000: 580).

II. Violencia de género y Justicia imparcial

La doctrina y la jurisprudencia suelen hacer hincapié en dos aspectos de la imparcialidad judicial. La imparcialidad en sentido subjetivo se vincula con actitudes o intereses particulares que pueda poseer el tribunal o jurado con el resultado de un pleito o con las personas involucradas en él. Según la jurisprudencia internacional y nacional, la imparcialidad subjetiva se

¹ Docente en la UBA y en la UdeSA. Fiscal de la Procuración General de la Nación.



presume y es la parte que alega una afectación a ella quien debe probarla, demostrando intereses o motivaciones personales del juez o jueza en un determinado caso o hostilidad o animadversión.

La imparcialidad en sentido objetivo o institucional implica que el juez o jueza “no tenga en la causa ni siquiera un interés público o institucional” y, en especial, “que no tenga un interés público o acusatorio y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de acusación” (como ocurre en el proceso inquisitivo e incluso en el mixto) (Ferrajoli, 2000: 582)². A diferencia de la subjetiva, no se presume. Por el contrario, en tanto existan indicios objetivos de que quien juzga ha realizado actos dirigidos a avanzar con la hipótesis acusatoria, ya se pone en tela de juicio su imparcialidad en sentido objetivo. No importa si el juez o la jueza vaya a ser efectivamente imparcial. Se protege el mero temor de que lo sea.

A medida que ciertos conflictos se empezaron a visibilizar y a llegar a los tribunales y que se judicializaran demandas de grupos con especiales dificultades para acceder a la justicia, esta noción tradicional de imparcialidad empezó a ser cuestionada (Clérico, 2018; Fernández Valle y Piqué, 2020). Para empezar, se pusieron en tela de juicio los propios presupuestos de los que parte esa concepción. Pero, además, surgió la pregunta de si esa noción de imparcialidad es posible y deseable.

Esta noción presupone partes que están en un pie de igualdad y que si tienen algún temor de parcialidad lo pueden hacer valer a través de una recusación, remedio que aportan los códigos de procedimiento. Es decir, es una noción que no contempla la situación de desigualdad estructural en la que están algunas partes de estos conflictos. No contempla por ejemplo que uno de los obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres y del colectivo LGBTI son los estereotipos discriminatorios que están en toda la sociedad y que permean tanto en jueces/as profesionales como en integrantes de un jurado.

2 Una concepción similar de la imparcialidad en sentido objetivo es la que ha tomado nuestra Corte Suprema en precedentes como “Llerena” (Fallos 328:1491, rta. 17/5/05) y los que vinieron después.

Los estereotipos son “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir” (por ejemplo, Corte IDH, González y otras, “Campo Algodonero” vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009 -Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, entre muchos otros). Implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales. A veces operan de forma descriptivas y a veces prescriptivas: pueden ser utilizados para describir las características de un grupo en particular, prescribir su comportamiento y también para asignar ciertas diferencias. Cuando operan para establecer jerarquías entre grupos y asignar categorizaciones peyorativas o desvalorizadas en ciertas personas, los estereotipos tienen efectos discriminatorios.

Estos estereotipos afectan particularmente a las mujeres y los colectivos LGBTI. Las mujeres solemos estar relacionadas con la maternidad y el cuidado y con ciertos rasgos de personalidad negativos, como el desequilibrio, la manipulación o la “tendencia a fabular”. Los grupos LGBTI padecen especialmente estereotipos de peligrosidad o anomalía (Cf. Comisión IDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12/11/15 par. 35 y ss, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>).

Cuando en la práctica judicial se usan razonamientos estereotipados se toman decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en esas creencias y mitos preconcebidos.

La versión más tradicional de la garantía de imparcialidad presenta dificultades para capturar esta situación porque está pensada para pensar abordajes individuales, para situaciones que hagan al posicionamiento de una persona respecto de una persona en particular. Cuando se decide sobre la base de estereotipos, quien toma la decisión no necesariamente tiene una animosidad contra una persona, sino que tiene un sesgo en relación con todo un colectivo. Por eso, si nos encasillamos en la versión tradicional, es difícil visibilizar los abordajes estereotipados como una vulneración de la garantía de imparcialidad.

Estas limitaciones de la concepción tradicional de la garantía se ven en las decisiones de la Corte IDH que a la par que ha considerado que ciertos



razonamientos judiciales fueron estereotipados y violaron por lo tanto el principio de igualdad y no discriminación, rechazó que hubiera habido una vulneración al principio de imparcialidad (Piqué y Fernández Valle, 2020).

Recientemente, el presidente de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional ha ido más allá de la versión tradicional de la garantía en el marco de la recusación planteada por la defensora Luciana Sánchez de Luz Aimee Díaz, contra dos jueces por violación a su identidad de género autopercibida y por manifestaciones que habían hecho sobre la temática de género en otras sentencias y en los medios de comunicación (cf. Reg. n° S.T. 286/2020, rta. 10/03/2020). Allí, el juez Daniel Morín se basó en la jurisprudencia del Comité CEDAW que, a diferencia de la Corte IDH, considera que la utilización de estereotipos discriminatorios en las decisiones judiciales vulnera el derecho a un juicio imparcial (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW, 2015. Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33 y 2017 Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general N° 19).

Pero además de estas limitaciones, ¿es esta noción de imparcialidad posible? Hace muchos años que convivimos con la idea de que los jueces y las juezas no son robots, ni algoritmos, ni una tábula rasa, sino que nacieron, se criaron y viven en un determinado contexto que influye en sus decisiones (Maier, 2004: 629). Ya en 1921, un juez inglés, Lord Justice Scrutton, en un discurso muy famoso en la Universidad de Cambridge, decía:

Nuestros hábitos, las personas con las que nos juntamos, nos lleva a tener ideas de una naturaleza tal que, cuando hay que lidiar con otras ideas, no podemos hacer el juicio acertado y correcto que nos gustaría hacer. Esta es una de las grandes dificultades que enfrentan los trabajadores. Ellos se preguntan, ¿dónde están los jueces imparciales? Todos se mueven en los mismos círculos que los empleadores, todos son criados y educados en las mismas ideas que los empleadores. ¿Cómo puede un trabajador o gremialista obtener una justicia imparcial? Es muy difícil a veces estar seguros de que nos hemos puesto en una posición imparcial entre dos ideas, una de nuestra propia clase y otra que no la es (Omatsu, 1997: 6).

Entonces, si consideramos a la imparcialidad como una total ausencia general o particular de interés, ningún juez/a puede ser imparcial, al menos en el sentido de no tener ningún preconcepto o pre-juicio sobre los hechos que va a juzgar, porque no existe el juzgamiento sin sesgos. Hay sesgos que son deliberados o que están basados en prejuicios discriminatorios y hay otros que son más inconscientes y que provienen de ciertas experiencias vitales en la vida de los/as jueces (o la ausencia de esas experiencias), que los/as priva de cierta información relevante para emitir sus fallos, y los sesga no solo en cuanto a los hechos sino también en cuanto a las normas en juego. Esos sesgos podrán ser minimizados o neutralizados en parte, pero nunca desarraigados.

Pero, además, cuando pensamos en el acceso a la justicia de las mujeres, en tanto colectivo históricamente discriminado, tenemos que partir de cómo la pretendida imparcialidad nos ha afectado, disimulando el hecho de que todas las decisiones tienen una perspectiva, no solo aquellas que tienen perspectiva de género.

La retórica de la imparcialidad como la venimos repitiendo ha enterrado la realidad de los sesgos, y de esa manera ha invisibilizado los obstáculos que impiden el acceso a la justicia de las mujeres y del colectivo LGBTI.

Seguir repitiendo entonces la noción tradicional de la imparcialidad no hace otra cosa que reforzar una mitología. La imparcialidad no es algo dado. No existe en la realidad ni está tallada en piedra. No hay “una” forma de ser imparcial. Si insistimos con esa mirada, institucionalizamos la mirada sesgada que está pero no se muestra.

Esto no significa que debemos claudicar por completo. Abandonar la mitología no nos impide pensar qué tipo de abordaje es compatible con una noción robusta de la idea de igualdad. Pensar cómo vamos a construir esa noción de imparcialidad, esa que nos parece interesante e igualitaria, que podemos defender.

Por supuesto, queda entonces pendiente la discusión de cómo vamos a construir esa noción de imparcialidad y sobre todo, ante la evidencia de que no existen enjuiciamientos sin sesgos, cuáles son las perspectivas que



sí vamos a admitir Martha Minow, hablando sobre el litigio ante la Corte Suprema norteamericana, dice que las sentencias judiciales bendicen (*endow*) con poder ciertas perspectivas por sobre otras. Pero ese poder es más difícil de controlar cuando los jueces y las juezas no explicitan (y toman como dada) la perspectiva que eligen. Al sacar a la luz estas perspectivas “y al aceptar el desafío a la versión de la realidad que, de otra manera, los jueces/zas hubieran dado por sentada, la Corte fomenta el compromiso constitucional fundamental que exige que se den razones antes de ejercer el poder, público o privado. Nacida de nuestra historia y forjada de nuestras múltiples luchas, esta es la tradición que hemos inventado, y es la tradición que declara que el statu quo no puede ser inmune a las demandas de justificación.” (Minow, 1987: 94).

Quizás de lo que se trata es de que jueces y juezas desarrollen una habilidad para ver desde una perspectiva diferente de la propia y contraria a los estereotipos y asunciones sociales

Quizás la verdadera imparcialidad no es una mirada distante o desapegada del conflicto y de las partes. Exige un intento de ver el mundo desde la perspectiva de las personas que están siendo juzgadas y con una mirada escéptica de la doctrina construida en áreas donde los preconceptos discriminatorios han sido operativos.

BIBLIOGRAFÍA

- Clérico, L. (2018). *Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad*, en *Revista Derecho Estado*, nro. 41, pp. 67-96
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Buenos Aires, Ed. Del Puerto.
- Minow, M. (1987). Foreword: Justice engendered. *Harvard Law Review* 101(1)
- Omatsu, Maryka “The Fiction of Judicial Impartiality”, *9 Can. J. Women & L.* 1, 1997.

Piqué, M. L. y Fernández Valle, M. (2020). “La garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género” en *Géneros, Derecho y Justicia*, Herrera M. y De la Torre N. (Eds.), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**V. GARANTÍAS JUDICIALES
Y JUICIO POR JURADOS**

Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho

SIDONIE PORTERIE Y ALDANA ROMANO¹

I. Introducción

El presente artículo tiene por finalidad poner en perspectiva los nuevos desafíos que plantea la implementación de los juicios por jurados en la enseñanza del derecho y las exigencias que se derivan de la adopción de una mirada transversal feminista. ¿Por qué hablar ahora sobre el juicio por jurados? ¿Cómo funciona el sistema? ¿Cómo deciden los jurados? ¿Pueden los jurados resolver casos de violencia de género? ¿Cómo impacta el juicio por jurados en los roles y por ende en la enseñanza del derecho?² Estas preguntas guían el análisis aquí desarrollado.

II. La ola juradista

Durante los últimos años hemos asistido a una nueva ola juradista: ocho provincias argentinas han avanzado en la puesta en marcha del juicio por

1 Las autoras son licenciadas en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires, maestrandas en Gobierno por la misma universidad e integrantes del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, donde llevan adelante diversas investigaciones empíricas sobre juicio por jurados.

2 Desde el INECIP, junto a la Universidad de Cornell de los Estados Unidos y a las Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias de Neuquén, Mendoza, Chaco, Entre Ríos y Río Negro, estamos desarrollando investigaciones empíricas que buscan justamente, conocer cómo se está implementando el sistema de juicio por jurados. En el presente artículo compartimos algunos datos preliminares de la investigación desarrollada en Neuquén donde ya se encuestaron a casi 300 personas que participaron como jurados, se entrevistaron a 17 operadores judiciales que se desempeñaron en la fiscalía, la defensa y la conducción técnica de los juicios, y se realizaron 6 focus group con más de 40 jurades populares. También se recogen aquí datos e ideas correspondientes a investigaciones desarrolladas en la provincia de Buenos Aires, un estudio todavía en curso, y otro ya publicado y disponible en: <https://inecip.org/wp-content/uploads/El-poder-del-jurado-October-2018.pdf>.



jurados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre su constitucionalidad y validez (CSJN, Fallos 342:697)³, y el Consejo Consultivo convocado por el actual presidente Alberto Fernández para la reforma de la justicia, ha sugerido enfáticamente la necesidad de su implementación a nivel nacional⁴. No es objeto de este trabajo desarrollar los motivos de este resurgimiento (Porterie y Romano, 2018, pp. 17-35), sino antes bien reflexionar en torno a las exigencias que plantea el nuevo sistema de enjuiciamiento para quienes deban ejercer el derecho.

Aún en ámbitos especializados del derecho, subsisten todavía algunos desconocimientos profundos sobre el sistema de juicio por jurados. De allí que resulta pertinente atender muy brevemente a sus principales características.

El juicio por jurados es un mandato de nuestra Constitución Nacional que deja en manos de la ciudadanía la decisión de la culpabilidad de las personas sometidas a procesos penales. El motivo por el cual fue introducido como exigencia por nuestros constituyentes, reside en que la decisión por la habilitación del poder punitivo no podía quedar solo en manos de la justicia profesional. Por el contrario, debían ser los jurados populares, representantes del pueblo, quienes decidieran habilitar la respuesta más grave y sería que disponen los Estados en democracia.

Para ello, un jurado compuesto por 12 personas de la comunidad - 6 hombres y 6 mujeres- debe deliberar en forma secreta y autónoma para emitir un veredicto. Lo único que se le exige al jurado es que atienda a las pruebas presentadas en el juicio y utilice su sentido común para arribar a una decisión. El sistema clásico, que ya ha sido adoptado por varias provincias del país, requiere además que la decisión sea unánime.

Son ocho las provincias que han decidido instaurar el modelo de juicio por jurados para resolver los casos más graves: Neuquén fue la pionera en dar

3 Para mayor información ver: <https://www.cij.gov.ar/nota-34299-La-Corte-Suprema-de-Justicia-confirm--que-es-constitucional-que-las-provincias-establezcan-el-juicio-por-jurados-para-juzgar-los-delitos-cometidos-en-su-jurisdicci-n.html>

4 Las recomendaciones están contenidas en el capítulo IV del informe, cuarto eje: Juicio por jurados, páginas 55-60.

inicio al modelo clásico, siguió Buenos Aires, Chaco, Mendoza, Río Negro y Entre Ríos. San Juan y Chubut han sancionado sus leyes, pero aún no han iniciado la implementación.⁵

III. El jurado, la imparcialidad y el entendimiento de las violencias de género

Los feminismos han permitido poner en debate una de las principales preocupaciones en torno a los sistemas de administración de justicia: cómo lograr decisiones judiciales imparciales, que estén basadas en las pruebas y no en estereotipos. En este sentido, es bueno señalar que el sistema de jurados ofrece una serie de herramientas para garantizar decisiones basadas en las pruebas.

En primer lugar, la imparcialidad en el juicio por jurados es una premisa básica del sistema que se fundamenta en dos de sus principales características: su accidentalidad y su representatividad. El jurado es accidental, nace de un sorteo sobre el padrón electoral donde se encuentran todas las personas en condiciones de ejercer los derechos políticos en Argentina. Esto garantiza, al mismo tiempo, que el jurado sea representativo de su comunidad. El número 12 asegura, en sociedades heterogéneas como las nuestras, que todos los sectores de la comunidad estén igualmente representados.

En segundo lugar, el sistema ofrece otro resguardo a la imparcialidad que es la audiencia de selección o audiencia de *voir dire*. En ella las partes tienen la posibilidad de utilizar sus recusaciones para excluir del jurado a aquellas personas que tengan prejuicios manifiestos que impiden juzgar el caso con imparcialidad (Harfuch, 2013).

Si la audiencia de selección cumple con su objetivo, es posible alcanzar un jurado que no tenga prejuicios manifiestos con el caso y por ende esté

5 La provincia de Córdoba fue la primera en incorporar la participación ciudadana en la administración de justicia, pero no lo hizo bajo un sistema de jurados clásico, sino por medio de un tribunal mixto. Las conclusiones que ofrece el artículo están proyectadas sobre el modelo de jurados clásico, las características del modelo cordobés difieren en puntos neurálgicos que impiden, por los objetivos que aquí nos planteamos, ser puestas en consideración.



en condiciones de producir una decisión imparcial⁶. Esto no significa, claro está, que las doce personas que integren ese jurado estén exentas de prejuicios. Todas las personas, en tanto seres emocionales somos portadores de prejuicios y valores. Ello constituye un *a priori* epistemológico que no puede soslayarse; siempre observamos la realidad a partir de nuestros conocimientos y experiencias previas (Murillo, 2012; Chalmers, 2005; Kuhn, 1990). Sin embargo, lejos de significar un problema, en el juicio por jurados constituye uno de sus principales aportes y una de sus principales fortalezas. El sistema de jurados ofrece mediante la deliberación la posibilidad de construir decisiones fundadas en argumentos y miradas compartidas.

Las investigaciones clásicas sobre el jurado -y posiblemente las más citadas- como las de Kalven y Zeisel (1971), desestimaban el peso de la deliberación para la toma de decisión del jurado, argumentando que muchas de las personas que integraban los jurados tomaban su decisión luego de los alegatos de apertura. Sin embargo, investigaciones más recientes de Shari Diamond (2016), Valerie Hans (2007, 2014), John Gastil (2013, 2014), Paula Hannaford-Agor (2002), demuestran otra cosa.

Uno de los últimos estudios del National Center for State Courts con 3500 integrantes de jurados demostró que, contrariamente a lo que se piensa, el jurado delibera antes de emitir su preferencia por un veredicto: sólo 2 de cada 10 integrantes del jurado manifestaron que realizaron sus primeras votaciones justo al inicio de la deliberación (Hannaford-Agor, Hans, Mott y Musterman, 2002). Allí también se explica lo que hoy quienes nos dedicamos a la investigación del juicio por jurados sabemos con claridad, y es que si queremos intentar pronosticar un veredicto del jurado no hay nada mejor que evaluar la fortaleza de la prueba que le fue presentada.

Los primeros años de funcionamiento del sistema de jurados en la

6 De acuerdo con los resultados de las investigaciones empíricas realizadas hasta el momento, podemos afirmar que la audiencia de selección está cumpliendo correctamente con su objetivo de alcanzar jurados imparciales. En eso coinciden tanto quienes han estado al frente de la conducción técnica del juicio como quienes han integrado el panel de jurados. Para el 74% de éstos últimos, la audiencia de selección fue bastante o muy efectiva para lograr conformar un jurado imparcial. Vale señalar que ninguna de las personas que estuvo a cargo de la conducción técnica de los juicios señaló que la audiencia fue poco o nada efectiva.

provincia de Buenos Aires y en la provincia de Neuquén demuestran que al igual que se ha observado en las diversas investigaciones desarrolladas en Estados Unidos, los jurados deciden sus veredictos en función de la prueba presentada en el juicio. Según hemos podido conocer a través de las investigaciones, las decisiones de los jurados de la provincia de Neuquén se explican centralmente por la prueba presentada en el juicio. El 76% de los jurados señaló que la prueba presentada favoreció a un veredicto de culpabilidad, datos que son consistentes con los resultados que arrojaron los juicios: de los 25 juicios analizados, 21 de ellos concluyeron con veredictos de culpabilidad. La valoración que realizaron los jurados sobre la prueba presentada coincidió con la mirada que tuvieron sobre ésta los jueces a cargo del debate. Para la mayoría, también la prueba favoreció a un veredicto de culpabilidad. No hubo ningún caso donde el veredicto emitido por el jurado fuera considerado arbitrario o contrario a las pruebas por parte de quienes condujeron técnicamente los juicios.

El sistema necesariamente descansa en la confianza de la capacidad ciudadana y en el compromiso y responsabilidad con los que se ejercerá su tarea. De acuerdo con la experiencia acumulada, en nuestro país los jurados demostraron estar en condiciones de cumplir responsablemente su función. Las casi 300 personas que participaron como jurados populares en Neuquén, no manifestaron tener problemas para comprender la prueba presentada en el juicio. De hecho, para el 84% de éstas la prueba presentada no revistió grandes dificultades. De igual forma, más del 86% de quienes integraron los jurados dijeron no haber tenido dificultades para comprender los testimonios. Asimismo, más del 90% señaló no haber tenido dificultades para comprender a las partes y a los jueces. Es importante señalar que quienes participaron en los juicios como representantes de la fiscalía y la defensa, y quienes fueron responsables de conducir técnicamente los juicios, también opinaron en su enorme mayoría que los jurados entendieron bien o muy bien la prueba.

El jurado delibera atendiendo a las instrucciones impartidas por los jueces a cargo del juicio. A partir de las investigaciones sabemos que al igual que sucede en otros países del mundo, el jurado presta especial atención a las instrucciones. Conforme a las respuestas de quienes integraron los



jurados neuquinos sabemos que una abrumadora mayoría (94%) considera que fueron útiles o muy útiles. En las instrucciones se explica al jurado conceptos generales de la ley -principio de inocencia, carga probatoria, duda razonable- y definiciones particulares de la ley aplicable al caso. Más allá de los debates válidos y necesarios sobre cómo se explican estos conceptos -y las discrepancias y divergencias que priman incluso entre profesionales del derecho-,⁷ el punto que quizás más reparos suscita es la remisión de las instrucciones al sentido común. El sentido común refiere a un juicio compartido, pero al mismo tiempo está plagado de prejuicios y estereotipos contra los que día a día los movimientos feministas luchan. No se trata de negar esta dimensión ineludible del juicio por jurados -y de cualquier decisión que se tome bajo el sistema que sea, también por profesionales del derecho-, sino de plantear los mecanismos que ofrece el sistema para procurar alcanzar decisiones objetivas. Es justamente la deliberación, ese ejercicio de puesta en común entre doce personas que tienen distintos conocimientos, distintas edades, que provienen de distintos sectores sociales, con diversas trayectorias y experiencias de vida, la que garantiza que no se impongan construcciones u opiniones individuales ni simplemente mayoritarias. La deliberación y la regla de la unanimidad, promueven y exigen la construcción de sentidos compartidos, la elaboración de explicaciones intersubjetivas, compartidas por las doce personas del jurado. Es un ejercicio bastante similar al estándar de objetividad que exige y promueve siempre la ciencia. Al exigir un consenso pleno, la unanimidad aleja el debate de las cuestiones secundarias y disipa los prejuicios preexistentes, “que pueden llevar a los jurados mayoritarios a llegar a veredictos prematuros” (Gastil, 2021, p.6).

En estos seis años de funcionamiento de los juicios por jurados en nuestro país, diversos jurados populares han tenido que decidir sobre casos atravesados por distintas violencias de género. Muchas de sus decisiones han estado en el ojo del debate público, han generado controversia y en algunos casos disconformidad. Pero, más allá de los cuestionamientos -con

7 Para mayor desarrollo sobre este punto en particular ver: Stoffelmayr y Diamond (2016, pp.165-187). Y también: Porterie y Romano (2018, pp. 137-151).

o sin fundamento- que se han vertido en casos particulares, lo cierto es que, en la provincia de Buenos Aires, donde ya se realizaron 396 juicios por jurados, los jurados demostraron no tener temores para condenar en casos de femicidios y especialmente en casos de abuso sexual.

Aunque todavía no tengamos suficiente volumen de casos e información para plantear explicaciones concluyentes, los datos disponibles permiten realizar algunas primeras lecturas⁸. Si se analizan las tasas de condenas y absoluciones se advierte que el jurado ha condenado con mayor firmeza en los casos en los que existen situaciones de violencia de género que en otro tipo de casos. Según pudo reconstruirse a partir de las estadísticas oficiales de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires⁹, entre el año 2015 y el año 2019, la tasa de condena en casos de homicidios es del 67%; mientras que en casos de abusos sexuales la misma asciende al 81%. En el caso neuquino, los jurados han condenado los 5 femicidios que han sido llevados a juicio en los últimos años e inclusive un femicidio transversal.

Resulta pertinente analizar también los datos generales en los casos de mujeres imputadas. Pareciera que el jurado es capaz de comprender cómo inciden los contextos de violencia de género en determinadas circunstancias. En los 22 casos en los que hubo mujeres imputadas en la provincia de Buenos Aires, el jurado condenó en el 55% y absolvió en el 45%. Solo en 7 de esos 22 casos se acreditó o se discutió un contexto de violencia de género, y en esos casos mayoritariamente el jurado absolvió.

IV. Desafíos a la enseñanza del derecho

Este artículo tenía por objetivo reflexionar sobre los desafíos que impone el juicio por jurados a la enseñanza del derecho, abordados desde una mirada feminista. En primer lugar, hay que señalar que el juicio por jurados ha puesto

8 El INECIP cuenta con una investigación en curso destinada a ahondar sobre estas dimensiones de análisis.

9 Para mayor desarrollo sobre las estadísticas actuales de la SCPBA, ver: Porterie y Romano (2018, pp. 105-122).



al descubierto la necesidad de determinados conocimientos y destrezas profesionales que en los juicios ante jueces profesionales tienden a pasar desapercibidos, aún en las provincias con regímenes procesales acusatorios. Esta desatención vale tanto para el poder judicial y sus áreas de capacitación, como para las universidades de nuestro país. De 27 universidades nacionales que cuentan con carreras de derecho, sólo 9 tienen materias obligatorias de litigación -otras 8 cuentan con seminarios optativos de litigación- y ninguna de las universidades ofrece materias obligatorias sobre juicio por jurados. Sólo 5 universidades tienen materias optativas o seminarios de extensión sobre juicio por jurados. En consonancia con ello, no puede sorprendernos que, en un estudio realizado en la provincia de Buenos Aires, un 92% de las personas encuestadas que intervinieron en un juicio por jurados -ya sea en la acusación, defensa o en la conducción técnica del juicio- respondieron que veían muy o bastante necesario que las universidades adecuen sus currículas, para que quienes en un futuro ejerzan el derecho cuenten con herramientas de litigación oral (Porterie y Romano, 2018, pp. 37-48).

En ese mismo estudio, se preguntó a las personas encuestadas, cuál de las instancias del juicio por jurados les resultaron más desafiantes. Como era de esperar, porque se trata de un momento del proceso completamente nuevo, la audiencia de selección de jurados fue la instancia que más desafío les representó a quienes ejercieron la acusación y la defensa en los juicios. Ahora bien, es llamativo que la preparación de las instrucciones, que también es una labor completamente novedosa, no haya sido identificada con el mismo nivel de dificultad. Por el contrario, ejercicios que de alguna manera debieran ya formar parte de los procesos penales actuales aún sin jurados, como la preparación de la teoría del caso y el contraexamen, fueron evaluados con un nivel de dificultad relativamente alto.

Para que un jurado pueda alcanzar un veredicto, las partes deben ofrecer un relato lógico y apoyado en las pruebas. En otras palabras, es necesario que construyan una teoría del caso, que decidan qué historia van a contar. Esto obliga a una preparación y un análisis del caso al que, según manifiestan, no se encuentran acostumbrados ni suficientemente preparados. Quienes enfrentan un juicio por jurados deben aprender nuevas prácticas, no se trata simplemente de aplicar un nuevo método. Parafraseando a Alberto Binder, se

impone un giro copernicano en la enseñanza del derecho, salir de la construcción de hechos en base a teorías para empezar a teorizar sobre los hechos. El centro de la enseñanza de la litigación debe ser el tratamiento de lo fáctico: debe enseñarse a narrar los hechos. Ahora bien, narrar los hechos no implica pensar el juicio como una puesta en escena. Los jurados son mayormente reticentes a dejarse conducir por teatralizaciones y oratorias grandilocuentes. Se les pide que miren la prueba, y eso es lo que esperan de las partes, sobre todas las cosas, que ofrezcan pruebas suficientes¹⁰. El juicio es una disputa profunda sobre hechos controvertidos. Identificarlos es el objetivo de la audiencia preliminar. Este tipo de audiencias busca que los juicios sean serios y fundados y que no se desgasten esfuerzos en realizar un juicio cuando no están dadas las condiciones mínimas para que se pueda desarrollar con normalidad -o para que el debate de fondo tenga contenido-. El sentido de esta instancia procesal es justamente poder “discutir” previamente si están presentes esas condiciones “de fondo” (Binder, 2012, p.185). En Buenos Aires, por ejemplo, estas audiencias no se hacían o se hacían de compromiso (o por teléfono). A la vista de la experiencia, el juicio por jurados le devolvió un valor estratégico a la audiencia preliminar, en la medida en que obliga a una depuración de hechos y pruebas, “limpiando” el debate y permitiendo que el juicio se concentre en la controversia principal. A ello contribuye la utilización de convenciones probatorias, otro aspecto novedoso de la litigación que se vuelve una herramienta fundamental en el juicio por jurados.

Por otra parte, y como ya se mencionó, la necesidad de que el jurado comprenda la presentación de los casos exige que las partes simplifiquen el lenguaje, logrando que todo lo que suceda en la sala de audiencia sea comprendido por el jurado, el público, la víctima y la persona imputada.

10 Ello se ve reflejado, por ejemplo, en las encuestas desarrolladas en la provincia de Neuquén. A la pregunta abierta sobre sugerencias para las partes, las personas que participaron en el jurado dijeron: “Sugiero trabajar bien a fondo todo tipo de pruebas.” “A los fiscales que mejoren su investigación en las pruebas, más profundo.” “Al fiscal le sugeriría aportar más pruebas sobre los hechos para simplificar la tarea del veredicto.” “Que presente más pruebas concretas en la hora del juicio y más contundente (fiscal).” “Noté que hubieron testigos que no aportaban, solo repetían los testimonios de otros. Debería considerarse esto.” “Que tomen y den más pruebas para que el jurado esté más convencido.” “Presentar más pruebas y testigos que favorezcan al juicio como psicólogos de niños o médicos según el caso.” “Sugiero más pruebas, más testimonios, hacer rendir más los días en que se desarrolla el juicio.”



Dirigirse a un jurado lego obliga a allanar un lenguaje críptico plagado de tecnicismos y artimañas.

Todos estos aspectos del juicio por jurados reflejan las carencias de una formación profesional orientada al debate académico, a la dogmática penal y al ejercicio de la argumentación -más bien teórica- a través del expediente.

V. Mas allá del jurado

Estos desafíos a la formación profesional adquieren otra complejidad cuando se introduce transversalmente la mirada feminista. En muchos de los casos que se someten a juicio es especialmente necesario una reconstrucción del contexto de las condiciones estructurales de producción y reproducción de las violencias. Si las partes no ofrecen esta contextualización, ni aportan pruebas que permitan sostenerla, difícilmente los jurados puedan alcanzar decisiones que reflejen una visión comprensiva de las violencias de género. No se trata de educar al jurado, sino de asegurar que el juicio brinde toda la información y evidencia necesaria para que el jurado adopte una buena decisión. No podemos esperar que un jurado cumpla con su función correctamente si no tiene acceso a todas las pruebas relevantes, o si las pruebas que les son presentadas son confusas, engañosas, o sesgadas. En todo esto, quienes juegan un rol trascendental para evitar en el juicio interpretaciones que reproducen desigualdades en razón de género son los jueces, que deben tener especial cuidado en admitir pruebas estrictamente relevantes, confiables y fundamentalmente que no provoquen una interpretación indebida¹¹.

Las preocupaciones en torno a que los jurados reciban la información pertinente en materia de igualdad de género deben centrarse en las instrucciones. Es allí donde es importante garantizar que se expliquen

¹¹ Se evidencia, una vez más, la importancia de la audiencia preliminar para la admisibilidad de la prueba, evitando que se introduzcan pruebas basadas en prejuicios y estereotipos. Existen en este sentido varias herramientas disponibles como por ejemplo las reglas de evidencia de los Estados Unidos, o incluso el Estatuto de Roma, que prohíben, aún con matices, introducir prueba sobre los antecedentes sexuales de las víctimas en casos de abuso sexual. Para mayor desarrollo ver Alfie, J., Dinard, M. y Freije, J. (Noviembre de 2020).

correctamente al jurado los conceptos centrales con perspectiva de género, exigiéndole que atienda a estos criterios a la hora de tomar su decisión. Esas instrucciones son obligatoriamente litigadas por las partes frente a los jueces, tal como exige la ley. Por eso es imprescindible que las personas que participan del sistema (por la fiscalía, defensa y conducción técnica de los juicios) estén capacitadas en materia de género. Sería un error entender que es a las personas que participan del jurado a quienes se debe dar tal capacitación. No se le exige al jurado conocimientos especiales sobre ninguna materia, ya que de hacerlo se estaría atentando seriamente contra su naturaleza y su legitimidad.

Así y todo, que se brinden a los jurados instrucciones con perspectiva de género tampoco inclina el juicio en una determinada dirección. Los jurados tienen una expectativa sobre la prueba que es mayor a la que tienen los jueces profesionales (Diamond, 2016, pp.51-58). Los jurados buscarán la prueba prometida y la analizarán con base en una teoría del caso que, si las partes así lo quisieron, se sustentara -o no- en una mirada de género.

Como señala John Gastil (2014), la calidad del veredicto está condicionada por la calidad del juicio. Y un buen juicio no depende de los jurados, sino de quienes se desempeñan en la función de la defensa, la acusación y la conducción. El juicio por jurados aumenta las exigencias para el conjunto de los actores del sistema judicial; mientras que la perspectiva de género sacude, al mismo tiempo, las bases interpretativas sobre la forma en que nos relacionamos entre los géneros. Es tiempo de que las universidades revisen sus currículas y pedagogías a la luz de estos desafíos, porque la enseñanza ha quedado atrás de los cambios institucionales y sociales que han sido, gracias al jurado y los feminismos, muy radicales.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfie, J., Dinard, M. y Freije, J. (2020). Reglas de evidencia o derecho probatorio: problemas de la admisibilidad de la prueba en causas fraguadas y delitos de violencia sexual en Rúa, G. (Dirección), Seminario



de derecho probatorio y litigación adversarial. Seminario virtual organizado por el Centro de Litigación Penal de la Universidad de Buenos Aires.

Binder, A. (2012). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ciudad de México: Ed. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal.

Chalmers, A. (2005). *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*. Madrid: Siglo XXI Editores.

Diamond, S. (2016). *Las múltiples dimensiones del juicio por jurados*. Buenos Aires: AdHoc.

Gastil, J. (2021). *Las virtudes democráticas de la unanimidad en los juicios criminales: Una perspectiva desde la Teoría Política*. En edición.

Gastil J. y Sprain, L. (2013). What Does It Mean to Deliberate? An Interpretative Account of Jurors' Expressed Deliberative Rules and Premises, *Communication Quarterly*, 61(2), 151-171.

Hannaford-Agor, P., Hans, V., Mott, N. y Musterman, G., T. (2002). *Are Hung juries a problem?*. National Institute of Justice. http://www.ncsc-jurystudies.org/__data/assets/pdf_file/0018/6138/hung-jury-final-report.pdf

Hans, V. y Gastil, J. (2014): *El Juicio por Jurados: Investigaciones sobre la Deliberación, el veredicto y la democracia*. Buenos Aires: AdHoc.

Hans, V. (2007). Deliberation and Dissent: 12 Angry Men Versus the Empirical Reality of Juries. *Cornell Law Faculty Publications*. 307. <http://scholarship.lawa.cornell.edu/facpub/307>

Harfuch, A. (2013). *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: AdHoc.

Kalven H. y Zeisel, H. (1971). *The American Jury*. University of Chicago Press.

Kuhn T., S. (1990). *La estructura de las Revoluciones Científicas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Murillo, S. (2012). *Prácticas científicas y procesos sociales*. Buenos Aires: Biblos.

Porterie, S. y Romano, A. (2018), *El poder del jurado. Descubriendo el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires: INECIP.

Stoffelmayr, E. y Diamond, S. (2016). El conflicto entre la precisión y la flexibilidad al explicar 'más allá de toda duda razonable'. En Diamond S. *Las múltiples dimensiones del juicio por jurados* (pp.165-187). Buenos Aires: AdHoc.



VI

**Diálogos sobre enseñanza
del derecho y enfoque
de género**

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**VI. DIÁLOGOS SOBRE
ENSEÑANZA DEL DERECHO
Y ENFOQUE DE GÉNERO**

Género y enseñanza del derecho. Contribuciones verde violetas para transformarlo todo

DANIELA HEIM¹

I. Introducción

Los estudios críticos más tradicionales indican que la enseñanza del derecho hegemónica en nuestro país es formalista, dogmática y basada en el estudio de los textos legales (Cardineaux, 2015; Lista y Begala, 2005). Desde perspectivas feministas, se sostiene, en general, que es patriarcal, sexista, heteronormativa y familista (Facio, 2008); en tanto los temas de género se vinculan sobre todo a las mujeres y se refuerzan los estereotipos en su rol de esposas, madres y trabajadoras. También se afirma que el género aparece explorado muy provechosamente en los ámbitos ya “clásicos” de los feminismos jurídicos (Mackinnon, 2005): las violencias por razón de género, las desigualdades en el ámbito del trabajo formal y reproductivo, la criminalización del aborto y las propuestas para su despenalización y legalización, etc., mientras existe un escaso o un nulo desarrollo de la transversalidad de género en la educación jurídica en su conjunto, esto es, falta desarrollar una perspectiva de género integral del derecho.

Si tenemos en cuenta los análisis de los feminismos de(s)coloniales, se puede agregar que la enseñanza del derecho hegemónica en Argentina tiene un fuerte sesgo colonial, que está presente en múltiples sentidos. Por ejemplo, cuando se reproducen de manera acrítica las características de los sistemas jurídicos globales de opresión y sumisión, que se ejercen desde los países hegemónicos del norte global sobre los del sur global (Zaffaroni,

¹ Universidad Nacional de Río Negro. Instituto de Investigación en Políticas Públicas y Gobierno



2015); cuando se defienden los intereses de los feminismos hegemónicos, sin dejar margen para los feminismos periféricos y sus propuestas, y se intentan acallar los reclamos más radicales y contra-hegemónicos (Federici, 2014); cuando se presentan ideas que sostienen solamente algunos sectores del movimiento como si expresaran su totalidad, sin mencionar siquiera, que existen posturas en tensión, esto es, cuando se reproduce la paradoja *pars pro toto* que se le atribuye a la cosmovisión androcéntrica del mundo, etc.

Sobre la base de estas caracterizaciones, el presente texto revisa las obligaciones estatales en materia de igualdad y no discriminación por motivos de género en la enseñanza universitaria del derecho; se detiene en la recepción de los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en la normativa nacional sobre educación superior y en los contenidos mínimos de acreditación de las carreras de abogacía. Luego, se exploran algunos datos que arroja una investigación empírica situada en la Universidad Nacional de Río Negro y, finalmente, se aportan reflexiones sobre este momento de ebullición feminista y cambio cultural que se está instalando en el campo jurídico como resultado de las incipientes discusiones de una agenda feminista en las facultades y otros centros de enseñanza del derecho.

II. Las obligaciones estatales sobre la igualdad y no discriminación por motivos de género en la educación universitaria

Las obligaciones del Estado en la materia que nos ocupa derivan, en primer lugar, de la “Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW, según sus siglas en inglés (ONU, 1979), especialmente de su artículo 10, que establece la necesidad de eliminar las discriminaciones en la esfera de la educación. Por ello, uno de los impactos inmediatos de la CEDAW fue la incorporación de las mujeres en las políticas educativas a nivel mundial.

En 1981 la UNESCO recomendó la incorporación de cátedras e

investigaciones sobre las mujeres en los currículos universitarios de América Latina y El Caribe. Desde entonces, y coincidentemente con el período de transición democrática en nuestra región, se incrementó año a año la participación de las mujeres en todos los niveles educativos y, en especial, en el universitario (Bonder, 1994). El mencionado proceso, junto con un lento pero incesante avance de una agenda de políticas de igualdad de géneros en el campo de la educación tuvo un impulso renovado a finales de la década de 1990, coincidiendo con un período que se caracterizó, sin embargo, por el aumento de las desigualdades, la pobreza y la consolidación de un modelo de democracia y derechos ligados al mercado (Molyneux y Razavi, 2002, p.2).

En otro claro avance, en 1998, la categoría de género fue reconocida en la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: visión y acción, aprobada por la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior (UNESCO, 1998). En un apartado específico dedicado al fortalecimiento de la participación y la promoción del acceso de las mujeres a la educación, la declaración de referencia establece, entre otros aspectos, que hacen falta más esfuerzos para:

“eliminar todos los estereotipos fundados en el género en la educación superior, tener en cuenta el punto de vista del género en las distintas disciplinas, consolidar la participación cualitativa de las mujeres en todos los niveles y las disciplinas en que están insuficientemente representadas e incrementar, sobre todo, su participación activa en la adopción de decisiones”. (artículo 4, inc. b).

Aunque no fue incorporada en la redacción original de la CEDAW, la violencia contra las mujeres es considerada una de las formas más comunes de discriminación y así fue reconocida en la Recomendación General N° 19, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 1992. En el año 2017 se aprobó la Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualizó la mencionada Recomendación General N° 19. La Recomendación General N° 35 expresa que:

“La integración de contenidos sobre la igualdad de género en los planes de estudios a todos los niveles de la enseñanza, tanto públicos como privados,



desde la primera infancia, y en los programas de educación con un enfoque basado en los derechos humanos. El contenido debería centrarse en los papeles estereotipados asignados a cada género y promover los valores de la igualdad de género y la no discriminación, en particular la masculinidad no violenta, y garantizar una educación sexual integral para niñas y niños, apropiada en función de la edad, con base empírica y científicamente exacta” (apartado “Prevención 30.i)

En síntesis, mientras que en el terreno normativo y en el contexto de las iniciativas de políticas universitarias, en general, se han producido notorios progresos en la materia que nos ocupa, cabe señalar que son también notorias las estructuras de las desigualdades y violencias de variada índole que prevalecen en el entramado del campo de la educación universitaria, así como de la ciencia y la tecnología en general. Según los datos publicados en febrero de este año por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la Nación, el 86% de las autoridades de los organismos de Ciencia y Tecnología son hombres y también lo son quienes integran el 87% de los cargos titulares de gobierno de las Universidades en nuestro país (Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, 2020).

Estas asimetrías, expuestas en gran cantidad de investigaciones y documentos institucionales, también se presentan en el interior de las universidades, donde existen diferencias y sesgos de género muy marcados en los diferentes campos disciplinares (Rodigou, Burijovich y Domínguez, 2011; Heim, Arcos y Piccone, 2019). Además, y por citar otro ejemplo ilustrativo de los trabajos pendientes, son escasas las universidades que han adoptado la paridad de género en sus órganos de gobierno.

Mientras tanto, la oferta académica de género mantiene su carácter marginal. Las iniciativas de transversalización de la perspectiva de género, tanto en los contextos de capacitación profesional continua como en la educación universitaria de grado y post grado, cuentan con una mayor oferta que en los años previos y muchísima mayor demanda y participación, pero siguen teniendo un estatus minoritario²: prevalece la oferta

2 Un análisis más detallado de la situación se encuentra en Heim y Piccone (2020).

específica de cursos de género en grado, en general, con carácter de asignatura no constitutiva de la malla curricular obligatoria, en muchos casos directamente son ofrecidos como materias electivas. Como se anticipó, citando a Mackinnon:

“Lo que no se ha hecho es volver a pensar los cursos y los programas académicos convencionales a la luz de las implicancias de estas investigaciones para las premisas nucleares de los cursos y áreas. La tarea, construyendo sobre las contribuciones existentes, es abrir el camino hacia cambios más amplios y profundos en los programas académicos de estudio del Derecho, formando a los abogados para trabajar en pos de la igualdad social bajo el Derecho, todo el Derecho” (Mackinnon, 2005, p. 162).

La citada autora lo ejemplifica de una forma muy clara: “una cosa es ver los daños sufridos por las mujeres como tales en un área especial del Derecho de Daños; otra es ver el Derecho de Daños desde una perspectiva de género” (Mackinnon, 2005, p. 163).

III. La Ley de Educación Superior y los contenidos mínimos de las carreras de abogacía en Argentina

La LES (Ley N° 24.521,1995) no hizo referencia específica alguna a temas de igualdad de género. Tímidamente los incorporó en sus recientes modificaciones, cuando estableció que es responsabilidad del Estado (a nivel nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) la promoción de “políticas de inclusión educativa que reconozcan igualitariamente las diferentes identidades de género y de los procesos multiculturales e interculturales” (artículo 2), así como el deber de “Profundizar los procesos de democratización en la Educación Superior, contribuir a la distribución equitativa del conocimiento y asegurar la igualdad de oportunidades” (artículo 4).

La LES dispone que las instituciones universitarias son responsables exclusivas de otorgar los títulos de grado y a su vez especifica que los títulos relativos a profesiones reguladas por el Estado cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público, poniendo en riesgo de modo directo la



salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes (art. 43), entre los que se encuentran los de las carreras de Abogacía, deben cumplir una serie de estándares establecidos por el Ministerio de Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades, así como el sometimiento periódico al proceso de acreditación por parte de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU).

Como hemos advertido en otros estudios (Heim y Piccone, 2020), el proceso de acreditación ante la CONEAU busca discernir un determinado nivel de calidad educativa, de acuerdo con criterios debatidos a lo largo de varios años, por lo que pueden ser considerados como producto de un relativo consenso, a nivel nacional, entre las distintas personas e instituciones responsables de la gestión universitaria de las escuelas y facultades de Derecho. No obstante, encontramos marcados déficits en la calidad que se busca, en términos de garantía de la igualdad y no discriminación por motivos de género, entre ellos, que el título habitante sigue siendo el de “Abogado”, en masculino, lo que expresa el sexismo de un lenguaje que reproduce una persistente ginopía que no sólo sufrieron las primeras abogadas graduadas en nuestro país, sino que desconoce la creciente feminización de la matrícula universitaria, en general, y de las carreras de Derecho, en particular (Pérez y Zaicoski Biscay, 2020).

A su vez, son sumamente escasas las referencias a temas de igualdad de géneros/violencias de género, que aparecen dentro de los contenidos mínimos de la materia Derechos Humanos y en los asociados al Derecho de Familia, en donde se enuncia solamente el tema de la “violencia doméstica”. Esta forma de incorporar el tópico reproduce el paradigma “familiarista”, que circunscribe y reduce las violencias contra las mujeres al ámbito familiar (Facio, 2008; Bodelón, 2008) y no contempla la legislación vigente en nuestro país, que regula diversos tipos y modalidades de violencias por motivos de género en ámbitos que van más allá de la familia (Ley 26.585 y Convención de Belem do Parà).

El artículo 43 de la LES, que ha sido elogiado desde muchos sectores porque tiene la vocación de intensificar la enseñanza práctica, a la hora de su reglamentación no ha incorporado un enfoque de género, en tanto no

menciona la integración específica de los saberes de las mujeres y personas LGBTQ+ ni sus aportes al desarrollo de la profesión. Tampoco establece criterios orientadores para la composición igualitaria e inclusiva de los equipos docentes, ni parámetros para evaluar si se promueve la utilización de bibliografía o cualquier otro material de estudio sobre temas referentes a los estudios de género y no discriminación de las mujeres, entre otros.

IV. La perspectiva de género en el currículum de las carreras de abogacía

Uno de los primeros diagnósticos existentes sobre género y enseñanza del derecho en nuestra región se realizó en un encuentro de profesoras de Derecho de diferentes universidades de Latinoamérica celebrado en Buenos Aires, en el mes de agosto de 2004. Como hemos advertido en otras ocasiones (Heim, 2020), en ese encuentro se concluyó que nos encontramos ante problemas de diversa índole, caracterizados por la “escasez, des-coordinación, aislamiento, legitimación, resistencia e incomunicación” (pocas mujeres feministas en las escuelas y facultades de derecho, un activismo feminista que no iba de la mano con la academia jurídica, el trabajo en temas de género en las facultades de derecho se reducía a unas pocas facultades en el país y en la región, una oferta marginal de cursos de género, todos electivos, con poca demanda y, a la vez, con mucha resistencia ideológica de la mayoría del estudiantado frente a esos cursos, mucha dificultad para incorporar temas clásicos del feminismo legal como el aborto en las asignaturas de las carreras de abogacía, la ausencia de temas vinculados a las disidencias sexuales, etc. (Red Alas, 2005, p.353).

Somos conscientes de que en el análisis de género de los currículums conviven varias tensiones. Tenemos, por un lado, las que resultan de establecer en qué consiste esta perspectiva (Pautassi, 2020) y la necesidad de su permanente revisión (Di Corleto, 2020); por otro lado, las que derivan de indagar y evaluar, tanto a través de su ausencia como de su presencia, en qué medida se encuentra incluida la perspectiva de género y, finalmente, se trata de diseñar estrategias para su efectiva incorporación. Ninguna de



estas tareas resulta sencilla, no solamente porque exigen incluir conocimientos, experiencias y sujetos de saber tradicionalmente excluides, sino porque se trata de saberes, experiencias y sujetos que han sido históricamente deslegitimados por la comunidad científica y porque, a su vez, dichos saberes y experiencias resultan sumamente diversos, del mismo modo que lo son las mujeres y disidencias de las que provienen.

Con algunas compañeras, en la Universidad Nacional de Río Negro estamos utilizando la expresión “epistfemicidio” (Heim y Piccone, 2020; Heim, Piccone y Vercelino, 2020), que simplifico aquí para dar cuenta de la ausencia de las mujeres en los currículos y los procesos educativos en su conjunto (no sólo la ausencia de mujeres concretas, sino también, de sus conocimientos, vivencias y formas propias de estar, sentir y ver el mundo). El “epistfemicidio” se inspira en las reflexiones de Boaventura de Sousa Santos, que habla de “epistfemicidio” (De Sousa Santos, 2010) y de Ramón Grosfoguel, que advierte el racismo/sexismo epistémico, para poner de manifiesto la destrucción de las formas diversas y no hegemónicas del conocimiento (Grosfoguel, 2013).

A mi entender, el “epistfemicidio” implica, en esencia, no solamente la exclusión de las mujeres de los proyectos educativos (que podemos denominar “patriarcado epistemológico”), sino también su subordinación y/o negación como productoras y transmisoras de un conocimiento científico propio (lo que sería el colonialismo patriarcal epistemológico). Por consiguiente, el análisis de los currículos universitarios desde una perspectiva de género, junto con muchas otras, debe también servir para desarrollar estrategias que permitan erradicar el “epistfemicidio” del sistema educativo en, al menos, esas dos dimensiones: la patriarcal y la colonialista.

V. Para muestra basta un botón. La situación en la UNRN

En la Universidad Nacional de Río Negro (UNRN), la investigación sobre Género y Currículum que llevamos adelante con María Verónica Piccone y cuyos resultados parciales se publicaron recientemente (ver Heim y Piccone, 2020), arroja que, en la Carrera de Abogacía, hasta la aprobación

del nuevo plan de estudios (UNRN, 2019), que entró en vigencia a comienzos de este año, todas las asignaturas que trataban temas específicos de género, eran electivas. La citada reforma del plan de estudios introdujo la perspectiva de género como transversal, sin embargo, en los contenidos mínimos tenemos que poco más de un tercio de las materias mencionan expresamente temas vinculados con los géneros, las disidencias y/o las discriminaciones por razones de género, de manera que estamos ante una transversalidad sesgada a menos de la mitad de la currícula. En cuanto a la bibliografía, el estudio de los programas vigentes da cuenta de que, hasta el año 2018 inclusive, sobre la totalidad de las asignaturas troncales u obligatorias de la carrera, el 90% de los textos obligatorios estaban escritos por varones, mientras que en la bibliografía recomendada, ese porcentaje desciende en un punto, esto es, el 89% está escrita por varones.

La investigación de la UNRN también analiza las desigualdades del equipo docente. En tal sentido, cabe indicar que el plantel docente se distribuye en tres cargos jerárquicos, que desde la inferior a la posición más alta son: adjunto; asociado y titular, respectivamente. El 63% de docentes adjunto/as está compuesto por mujeres; de los 5 cargos de profesores/as asociados/as, sólo uno pertenece a una mujer y ninguna mujer ocupa el cargo de profesora titular, lo que expresa una fuerte segregación vertical en favor de los varones (Heim y Piccone 2020).

VI. ¿Estamos construyendo una cultura jurídica feminista?

La perspectiva de género en los currículos de educación superior es una deuda pendiente de nuestra democracia, cuya ausencia o insuficiente implementación en la enseñanza del Derecho constituye un déficit de ciudadanía universitaria, un indicador del estado de la democracia, la sensibilidad social y la justicia existente en nuestras universidades. Los sostenidos esfuerzos que se vienen realizando hasta ahora no han logrado todavía desarticular el patriarcado y el colonialismo que caracterizan la enseñanza del derecho en nuestro país. Existen, a su vez, pocas investigaciones en materia de Género y Enseñanza del Derecho y la categoría de



colonialidad no está presente de forma explícita en ninguna de ellas.

Es de esperar que en la medida en que se vaya allanando el camino para despatriarcalizar y descolonizar el derecho se hará lo propio con su enseñanza, y viceversa. De este modo iremos encontrando la voz propia que necesitamos, como feministas, como académicas, como estudiosas, practicantes, creadoras y artífices del derecho, para poder ser como realmente somos y no como el patriarcado y el colonialismo nos ha representado hasta ahora. Construiremos un derecho que no sólo se limite a la resistencia, sino que nos dará la posibilidad (como ya lo está haciendo en algunos ámbitos), de crear nuevos espacios para la vida, para una mancomunidad libre de jerarquías y opresiones por razón de género y de sus intersecciones, muchas de nosotras ya lo estamos enseñando de ese modo.

Con mucha perseverancia, la militancia feminista en las universidades y en las calles, en nuestros reclamos de justicia, en nuestras vidas, nos llevó a tensar los límites del derecho. Nos falta para alcanzar la amplitud que necesitamos, ese punto de expansión que nos permita, a las mujeres y las disidencias, no ser más representadas como un estereotipo, como una imagen de lo que quieren que seamos, sino como de verdad somos. Por lo tanto, nos falta también llegar a tener el derecho y la enseñanza del derecho que nos merecemos, esto es, que contemplen, respeten y respondan cabalmente a las diversidades, necesidades e intereses plurales que nos incumben. No me resulta posible afirmar cuán cerca o lejos estamos de construir una cultura jurídica feminista, pero ese objetivo guía e ilumina nuestro trabajo desde hace tiempo; cada día somos más; las resistencias que buscan obturarnos continúan siendo importantes, pero la marea verde violeta sigue avanzando.

BIBLIOGRAFÍA

- Bodelón, E. (2008). La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. En P. Lorenzo, M.L Maqueda y A. Rubio (Coords.), *Género, Violencia y Derecho*, (pp. 275-299), Valencia, Tirant lo Blanch.

- Bonder, G. (1994). Mujer y educación en América Latina: hacia la igualdad de oportunidades. *Revista Iberoamericana de Educación*, Volumen 6 (1994), Género y Educación, (pp. 9-48). <https://doi.org/10.35362/rie601206>.
- Cardineaux, N. (2015). Las investigaciones sobre educación legal universitaria en la Argentina: diagnósticos y perspectivas. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Universidad de Chile, (pp. 13-39), disponible en formato digital en <https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/36701>.
- CEDAW, (2012), 46º período de sesiones, del 12/07/2010 al 30/07/2010 disponible en formato digital en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8408.pdf>
- De Sousa Santos, B. (2020). *Descolonizar el saber, reintentar el poder*, Montevideo, Ediciones Trilce.
- Di Corleto, J. (2020). Doctrina penal feminista. En L. Ronconi y M. Ramallo (Eds), *La enseñanza del derecho con perspectiva de género. Herramientas para su profundización*, (pp. 57-61). Colección de Publicaciones de Resultados de Proyectos de la Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Facio, A. (2008). Accés a la justícia, dret i familisme. En E. Bodelón y P. Giménez, *Construint els drets de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, (pp. 185- 218), Barcelona, Diputació de Barcelona, Àrea d'Igualtat i Ciutadania.
- Federici, S. (2014). Rumbo a Beijing ¿Cómo las Naciones Unidas colonizaron el movimiento feminista?. *Contrapunto. Feminismos. La lucha dentro de la lucha*, (5), 87-97. Publicación del Centro de Formación Popular con Organizaciones Sociales. Comisión Sectorial de Extensión y Actividades en el Medio. Universidad de la República. Uruguay.
- González, M. (2019). El género como recurso de la enseñanza legal. En M. González, M. Miranda y D. Zaicoski Biscay, *Género y Derecho* (pp. 271-292). Santa Rosa, EdUNLPam.
- González, M., Miranda, M. y Zaicoski Biscay, D. (2019), *Género y Derecho*, Santa Rosa, EdUNLPam.



- Grosfoguel, R. (2013). Racismo/sexismo epistémico, universidades occidentalizadas y los cuatro genocidios/epistemicidios del largo siglo XVI. En *Tabula Rasa*, (19), 31-58, Bogotá, Colombia.
- Heim, D., Arcos, V. y Piccone, M., V. (2020): “Plan de Igualdad de Género, UNRN”, aprobado por Resolución del Consejo Superior de Programación y Gestión Estratégica por Resolución 056/2019, del 11/06/2019, disponible en <https://www.unrn.edu.ar/noticias/La-UNRN-aprobo-su-Plan-de-Igualdad-de-Genero-915>
- Heim, D. y Piccone, M., V. (2020). Epistfemicidio y transversalidad de género. Avances en la reforma del curriculum de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Negro. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, (34), 253-295.
- http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/academia-34.pdf
- Heim, D., Piccone, M., V. y Vercellino, S. (2020): “Del “epistfemicidio” a la transversalidad de la perspectiva de género en la educación superior. Haciendo camino al andar, en *Actas de las 3eras. Jornadas sobre las prácticas docentes en la Universidad Pública*. Universidad Nacional de La Plata, 28 y 29 de mayo de (2020, <https://rid.unrn.edu.ar/bitstream/20.500.12049/5473/3/Heim%20Piccone%20Vercellino.pdf>
- Lista, C. y Begala, S. (2005). El discurso regulativo de la enseñanza jurídica: tensiones entre lo instrumental y lo normativo, en *Actas del VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, Buenos Aires, Argentina.
- Mackinnon, C. (2005). Integrando el feminismo en la educación práctica. *Academia*, 3(6), 157-174.
- Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (2020): Diagnóstico sobre la situación de las mujeres en ciencia y tecnología. Documento de trabajo N° 1. Febrero de (2020), Buenos Aires.
- Molyneux, M. y Razavi, S. (2002). Introduction. En M. Molyneux y S. Razavi (Eds), *Gender Justice, Development and Rights* University Press, (pp.1-44). London, Oxford University Press.

- Pautassi, L. (2020): “Prólogo”, en Ronconi, L. y Ramallo, M. (editoras), *La enseñanza del derecho con perspectiva de género. Herramientas para su profundización*, Colección de Publicaciones de Resultados de Proyectos de la Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Pérez, A. y Zaicoski Biscay, D. M.J. (2020). Mujeres en profesiones jurídicas: género, roles familiares y estrategias de inserción laboral. En D. Maffia, P. Gómez, P. A. Moreno, C. Moretti y D. Suárez Tomé (compiladoras), *Intervenciones feministas para la igualdad y la justicia* (pp. 76-96), Buenos Aires, Editorial Jusbaire.
- Red Alas (2005). “El impulso de género en la enseñanza latinoamericana del derecho”, en *Academia*, Año 3, Número 6, pp. 351-353.
- Rodigou, M., Blanes, P., Burijovich, J. y Domínguez, A. (2011). *Trabajar en la Universidad (des)igualdades de género por transformar*. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.
- Zaffaroni, E., R. (2015). El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. En *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, 7(2), 182-243.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**VI. DIÁLOGOS SOBRE
ENSEÑANZA DEL DERECHO
Y ENFOQUE DE GÉNERO**

Sobre la enseñanza del derecho con perspectiva de género y la necesidad de una mirada estructural de la/s violencia/s

LILIANA RONCONI¹

I. Introducción

En Argentina, e incluso en la región, las universidades no han sido ajenas al contexto de fuertes movilizaciones de mujeres y otros colectivos, marchas “NiUnaMenos”, por la legalización del aborto, “MeToo” y denuncias públicas de situaciones de abuso o acoso. Así, ha existido una “inflación” de normas que pretenden regular o ponerle fin a actos de violencia que se dan, entre otros, en el marco de las universidades (identificados, en general, como protocolos).² Sin dejar de resaltar la relevancia de estas normas como medidas urgentes que se están tomando en las instituciones educativas, y como forma de nombrar e identificar las violencias dentro de las universidades, se busca aquí presentar una “mirada estructural” a las situaciones de violencia. Esta mirada estructural es necesaria a fin de lograr el robustecimiento de la enseñanza del derecho

1 CONICET/UBA. El presente fue publicado en forma más extensa y con datos concretos respecto de la Facultad de Derecho de la UBA como Ronconi, L. “La violencia de género en las universidades. Análisis de las respuestas institucionales en la Facultad de Derecho de la UBA. ¿Hacia un cambio de mirada?” en Jaramillo Sierra, I. y Buchely Ibarra, L. (2020). *Perspectivas de género en la educación superior: una mirada latinoamericana*, Red ALAS/ICESI. Forma parte del trabajo realizado en el proyecto de Investigación DECYT 1829 “La transversalización del enfoque de género en la enseñanza del derecho, una mirada al currículum oculto en la Facultad de Derecho de la UBA”. Al respecto, v. Jaramillo Sierra, M. y Buchely Ibarra, L. (2020).

2 Los protocolos son guías de actuación para atender y resolver problemas de violencia(s). Para finales de 2019, eran cuarenta y cinco las universidades que contaban con protocolos o procedimientos de este tipo, lo que representaba el 73,8% del sistema universitario, mientras que el resto se encontraba diseñando herramientas similares (RUGE/ CIN, 2020, p. 66).



con perspectiva de género. En este sentido, las respuestas institucionales no pueden ser aisladas o apuntar solo a los casos de violencia o acoso sexual en particular, sino ir más allá buscando erradicar las causas que originan esa violencia en el contexto universitario.

Para esto, presentaré algunas breves críticas que, en términos generales, pueden aparecer ante la aplicación de los protocolos cuando esta se convierte en la única respuesta institucional. Luego buscaré mostrar por qué es importante comprender las situaciones de violencia que se dan en el marco de una institución, no como casos concretos y aislados, sino como manifestaciones de lo que identifico como una “atmósfera de violencia”. Así, postularé algunas posibles acciones que, más allá de la identificación y sanción de la violencia en casos particulares, deben realizar las universidades para erradicar la violencia de género, en especial me referiré a la situación de las mujeres docentes.³

3 Me refiero en particular a las mujeres sin dejar de desconocer que el género es el conjunto de características sociales, culturales y económicas que la sociedad asigna a las personas de forma diferenciada como propias de hombres y mujeres. De esta manera, “en una sociedad caracterizada por la heteronormatividad y el binarismo, estas diferencias que les corresponden a los distintos géneros suelen derivar en la asignación de privilegios a unos por sobre otros, en concreto, a hombres por sobre mujeres, personas trans y otras personas de identidad diversa. Entendemos a esto como discriminación por género, lo que abarca no solo la discriminación que sufren las mujeres sino también aquella sufrida por toda persona por su condición de género, por ejemplo, personas con orientación sexual o identidad de género no dominante” (Ronconi y Ramallo, 2020, p. 15). Así, “en este punto, es importante considerar los desarrollos teóricos que han complejizado la idea de que las mujeres son exclusiva o mayoritariamente receptoras de las violencias sexistas. Las relaciones interpersonales están atravesadas por la construcción heteronormada de nuestras sociedades y las violencias pueden ejercerse tanto sobre las mujeres como sobre todos aquellos cuerpos que no se adecuan a los modelos hegemónicos de feminidad y masculinidad” (RUGE y CIN, 2020, p. 62).

Sobre los avances que se han dado en la UBA más allá del protocolo v. Blanco y Spataro, 2019. Respecto de la Facultad de Derecho de la UBA, es necesario destacar: la Creación del Área de Igualdad para estudiantes, el robustecimiento del Programa Género y Derecho, el establecimiento de cuotas para mujeres en cuerpos colegiados y Consejo Directivo. Asimismo, se han dado otras respuestas no formales. Al respecto, Ronconi, L., 2020.

II. Algunas reflexiones sobre los Protocolos

Muchas críticas pueden realizarse respecto de los protocolos como herramienta adecuada para dar respuesta a las situaciones de violencia. En lo que sigue reflexionaré sobre algunas de ellas:

La principal es que generalmente ponen el foco en las acciones de denuncia y posible sanción y no en las campañas de concientización o prevención. Esto conlleva diversos problemas, como por ejemplo la falta de denuncia de las mujeres. Ello puede deberse a diversas razones,⁴ pero especialmente en el contexto de las universidades es dable pensar que en la mayor cantidad de los casos ni los estudiantes ni los docentes ni el personal está informado e instruido para identificar que está viviendo o provocando una situación de violencia, acoso o discriminación.

La falta de identificación de sanciones claras para los responsables⁵ y de medidas urgentes que menos afecten a la víctima. En este sentido, en algunos casos y antes de llegar a la denuncia, se toman medidas que permiten dar una solución rápida al problema. Por ejemplo, cambio de aula de cursada para alejar a la persona del acosador. No sancionar a los responsables más allá de la mirada individual al problema propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de los que se trata.⁶

4 Debe tenerse presente que los datos enunciados por el informe “Us Too? Bullying and Sexual Harassment in the Legal Profession” (IBA, 2019) muestran que las personas pueden identificar las situaciones de abuso sexual sin embargo estas no se denuncian por diversos motivos, principalmente porque la persona a ser denunciada es un superior jerárquico y de esta manera se pone en riesgo el lugar de trabajo. Lo mismo es trasladable a las situaciones de acoso sexual y discriminación en el ámbito administrativo de la Facultad y también para las situaciones de docentes jóvenes y/o estudiantes donde quien puede resultar denunciado es un profesor con el cual “colabora” y es su única vía para avanzar en la carrera docente, o es el único profesor de la materia, o está cursando esa materia para poder recibirse, entre otras. Debo aclarar que uso el masculino para hablar de posibles acosadores es intencional ya que, en general, se ha informado que son varones que acosan a mujeres u otros sujetos.

5 Corte IDH, Caso “González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Cons. 378).

6 Por ejemplo, en lo que respecta al Protocolo de la UBA la normativa sancionatoria vigente para docentes, no docentes y estudiantes no contempla, en general, formas adecuadas para la solución de estos casos. Al respecto, recientemente se hicieron modificaciones en el Reglamento de Investigaciones Administrativas de la Universidad Nacional de Córdoba para ajustarlo a las situaciones discriminación y/o violencia de género.



- a.** El enfoque regulativo respecto de la violencia puede ser sub-inclusivo o sobre-inclusivo. Es sub-inclusivo ya que muchas veces se pasan por alto diversas formas de sexismo y acoso que no se parecen a los avances o abusos sexuales “clásicos”. Se trata de acciones “micro” que están normalizadas. Son aquellas que configuran lo que llamo la “atmosfera de violencia”.

En muchos casos pueden implicar una superposición de regulaciones (sobre-inclusivo). Por ejemplo, si las conductas reguladas por los protocolos son distintas en relación con las que regula la ley penal, ¿qué se entiende por violencia sexual?⁷ ¿Es lo mismo hablar de los delitos regulados en el Código Penal (arts. 118- 133, delitos contra la integridad sexual) y de las acciones que regula el Protocolo? Entonces, ¿se torna necesario tener un protocolo? O ¿las conductas que regula son distintas? Por esto es posible afirmar que las conductas que busca desalentar y sancionar el protocolo son sobre-inclusivas respecto de las regulaciones existentes en el Código Penal, entendiendo por violencia sexual acciones más amplias como, por ejemplo, la emisión de piropos en el aula⁸ u otro tipo de manifestaciones.⁹ Así, nos encontramos ante la dificultad de definir qué entraría dentro de una acción prohibida por el Protocolo y una que no (y en todo caso que sea una acción penal). Por ejemplo, ¿es violencia sexual que un profesor pida a sus estudiantes que “vayan a su estudio jurídico o a su oficina en tribunales a revisar

7 Conforme el art. 4 de la Ley de Protección Integral “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”. Definiendo en el art. 5 los distintos tipos de violencia.

8 Por ejemplo, manifestaciones típicas como “vos la de ojitos claros”, “que lindas están las chicas, están para casarse” (frase emitida por un profesor de derecho de una universidad pública al comenzar su discurso en un acto de entrega de diplomas).

9 Por ejemplo, “vos, la morochita”. Sobre esto, creo que es importante mencionar que no todo tipo de violencia contra las mujeres amerita la creación de una figura penal. Por ejemplo, la Ley Nro. 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, 2009). contempla la violencia psicológica como un tipo de violencia y sin embargo no hay un tipo penal sobre este tipo de violencia (independientemente de que alguna conducta que se enmarque en una situación de violencia psicológica pueda configurar un delito, como las amenazas). Son conductas que configuran situaciones de violencia, pero no necesariamente deben ser un delito penal. Al mismo tiempo, porque no sean un delito tampoco es que no ameritan respuesta alguna.

las notas”¹⁰?, ¿que un docente busque a un estudiante por redes sociales y posterior a la conclusión del curso se contacte con ella, es una acción que cae dentro del Protocolo? Probablemente lo que nos indique si es o no una situación de violencia es el análisis del contexto. ¿Que una estudiante denuncie a un compañero a quien conoció en la Facultad y con quien tuvo una relación por un tiempo pero que, al terminarla, está siendo acosada por él de diversas formas, entre ellas en los pasillos de la Facultad? Y así pueden seguir los ejemplos.

b. Además, existe una baja confianza en el accionar institucional. En este sentido, la aplicación del protocolo recae sobre las mismas autoridades de la institución. De esta manera:

“la metonimia entre institución y gestión (o autoridades) en casas de estudio con culturas políticas sobredeterminadas por las posiciones de los partidos políticos nacionales —más que por lógicas de politización atentas a la especificidad universitaria, (...)—, redundante en que la aplicación del ‘Protocolo’ está envuelta en una incredulidad que repliega el accionar”. (Blanco y Spataro, 2019: 179)

c. Las respuestas pueden no tomar en cuenta que el acoso entre pares (por ejemplo, estudiantes) no es igual al acoso que puede darse entre otros grupos (por ejemplo, docente y estudiante). En este sentido, la situación de vulnerabilidad no se da solo por la situación de ser mujer sino también por la situación de autoridad que se verifica en el vínculo.¹¹ Se trata de situaciones de desigualdad interseccional.¹²

10 Debe tenerse presente que, en la Facultad de Derecho de la UBA, y en general en las universidades públicas del país, la gran mayoría de los/as profesores no son profesores con dedicación a tiempo completo sino a tiempo parcial, esto hace que ejerzan la profesión de abogados/as litigantes o trabajen en el Poder Judicial u otro organismo público como principal fuente de trabajo.

11 Lo mismo es trasladable a las situaciones de acoso sexual y discriminación en el ámbito administrativo de la Facultad y también para las situaciones de docentes jóvenes y/o estudiantes donde quien puede resultar denunciado es un profesor con el cual “colabora” y es su única vía para avanzar en la carrera docente, o es el único profesor de la materia, o está cursando esa materia para poder recibirse, entre otras. Debo aclarar que uso el masculino para hablar de posibles acosadores es intencional ya que, en general, se ha informado que son hombres que acosan a mujeres u otros sujetos.

12 Al respecto, véase Crenshaw, 1991.



- d.** Otra situación que se torna difícil de resolver es la cuestión de la prueba y en todo caso las garantías de debido proceso, ¿deben aplicarse en los casos que aquí se denuncian? ¿Cómo se valora la prueba?¹³ ya que en general pueden entrar en consideración diversas cuestiones. De esta manera, ante una denuncia pública (por ejemplo, pintadas en los baños contra uno o más docentes) ¿puede o debe la facultad iniciar una investigación de oficio?, entre otras.
- e.** Por último, al momento de analizar los protocolos y sus impactos es necesario tener en cuenta que estas posibles inoperancias o críticas no son ingenuas ni menores. Implican una toma de posición que da cuenta del temor de quienes lo operan, en su mayoría autoridades masculinas, hombres atravesados por lo que ubico como un temor inconsciente a las mujeres que cuestionan y hablan; a las mujeres que no se dejan y que se rebelan, y que remite a un temor primigenio que nace de la confrontación subjetiva de la diferencia que encarna el sexo femenino, en tanto es así como se le ha culturalmente construido, como la alteridad radical. Esta diferencia se traduce subjetivamente en una amenaza que representa para los sujetos masculinos verse resquebrajados en el dominio que ejercían hacia las mujeres en territorios como el universitario, que poco a poco y con mucho esfuerzo político y desgaste anímico éstas han venido conquistando, apelando al derecho de igualdad que les asiste jurídicamente. “El territorio universitario (...) había sido de exclusividad varonil para el ejercicio de un poder y control vertical que hoy está en duda. Y esa duda angustia” (Gamboa Solís, 2019, p. 217).

Teniendo presente estas críticas, considero que los protocolos —si bien como medida para dar respuesta a corto plazo, pese a las dificultades que implican— pueden ser eficaces y necesarios como forma de poner fin a situaciones de violencia individual. Sin embargo, como desarrollaré en lo que sigue, tomarse en serio el mandato de erradicar la violencia contra las mujeres y diversidades implica mucho más que esto. Así, si ya sabemos que el derecho penal es el último recurso para responder a las situaciones de abuso y violaciones sistemáticas, lo que se debe hacer en primer lugar

13 ¿Debe aplicarse el principio de amplitud probatoria de la ley 26.485?

(Miller y Roseman, 2019, p. 14) es la creación de programas de prevención y remediales que busquen erradicar las situaciones que causan, fomentan o permiten esa violencia. De esta manera, se requiere:

“un cambio profundo en la cultura patriarcal que está estructurada en las universidades, pues es en el desmontaje de los lenguajes, los símbolos, los estereotipos, los discursos y los significados con los que se habla, piensa y actúa la diferencia sexual, que se acercará la efectividad de las movilizaciones feministas en contra de la violencia de género en aras de la emancipación de las mujeres” (Gamboa Solís, 2019, p. 219).

III. La atmósfera de violencia

La violencia de género tiene como principal herramienta de perpetuación esa desigualdad que las mujeres padecen en el ámbito de las familias, pero también en la comunidad, en los espacios públicos y en los medios de comunicación (Gherardi, 2016). De esta manera, no pueden analizarse las situaciones de violencia en forma aislada con respecto a las situaciones de dominación a las cuales son sometidas las mujeres en su cotideaneidad (tareas de cuidado, distribución de las cargas en el hogar, entre otras) (Pautassi, 2011).¹⁴

El vínculo entre la discriminación que padecen las mujeres y el acoso sexual parece claro. Suele identificarse que el acoso sexual es un problema causado por actores individuales “malos” que quieren perjudicar a las mujeres y por esto deben ser castigados (Schultz, 2006).¹⁵ Sin embargo, reconocer las experiencias compartidas revela que la violencia de género es un problema social, resultado de la desigualdad sistemática y estructural que padecen las mujeres, más que un problema individual, resultado de diferencias de poder azarosas (Sundari y Lewis, 2018, p. 233).

¹⁴ Esta asimetría de poder puede ser verificada también en el derecho, al respecto v. Olsen (2001).

¹⁵ Los protocolos parecen seguir dos posturas que son erróneas: a) De proteger a la víctima- como sujeto débil- entonces reproduce un estereotipo- o b) de sancionar al victimario, no da respuesta al problema de fondo.



De esta manera, las críticas al Protocolo vienen de considerar que no se toman en serio las causas que originan, mantienen o reproducen las situaciones de desigualdad que padecen las mujeres, que se convierten en la herramienta que permite perpetuar situaciones de violencia. Por esto, es necesario mirar más allá del caso puntual y entender la estructura donde esas situaciones se producen.

Poner fin a las situaciones de violencia requiere entender las razones de su producción. La violencia es producto de relaciones de poder desiguales. La violencia que padecen las mujeres es producto del estatus subordinado al que han sido sometidas durante años por la estructura de dominación patriarcal.

Además, es necesario tener presente que, en ciertos espacios, la violencia contra las mujeres no aparece en la forma clásica y burda, sino que aparece en forma sutil. Se trata entonces de entender que la violencia se genera en el estatus subordinado de las mujeres, y que en muchas situaciones se trata de “micro” violencias en el trato que en forma cotidiana se brinda a las mujeres. Entiendo por micro violencias aquellas situaciones de violencia que en forma aislada se tornan casi irrelevantes o no posibles de ser catalogadas como situaciones de “violencia” clásica. Por ejemplo, que no haya mujeres en un panel de expertos, que un docente diga algún comentario sobre una alumna en el curso, que una autoridad le pida favores a su secretaria¹⁶ ...entre otras. Estas situaciones de violencia micro, son también estructurales pues son padecidas en general por casi todas las mujeres en los distintos roles que ocupan.

Es necesario tener en cuenta que los procesos de desigualdad en el nivel micro funcionan junto con aquellos en el nivel macro para crear patrones de desigualdad mutuamente sostenibles en la sociedad que hacen que tales patrones sean tan difíciles de cambiar (Ridgeway, 2014). Este estatus subordinado de las mujeres a nivel macro da forma a las relaciones cotidianas en el nivel micro y esto genera la forma en que se distribuye el poder

¹⁶ Tomo estos ejemplos que he visto/ vivido en distintos espacios de trabajo dentro del ámbito académico.

en las instituciones sociales.¹⁷ Lo micro y lo macro se refuerzan mutuamente. Lo macro surge y se diluye, en el mejor de los casos, con algún efecto, cuando la violencia es grave.

Es por esto por lo que debemos cambiar el enfoque. Es necesario entender que la mayor producción de violencia contra las mujeres que se da en el ámbito universitario aparece como una cuestión micro, pero estructural y que tiene un vínculo directo con la forma en que se distribuye el poder. Sin embargo, si bien existen casos individuales de violencia, que pueden ser sumamente graves y a los cuales debe darse respuesta, en general las situaciones de violencia aparecen desagregadas, invisibilizadas, podríamos imaginarla como una “atmósfera de violencia” presente en diversos espacios.

En esta atmósfera de violencia aparecen y se entrecruzan situaciones de violencia institucional, económica, simbólica, entre otras. Por esto, sostiene el Comité CEDAW (2017) que:

La expresión “violencia por razón de género contra la mujer” se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes (núm. 9).

De esta manera, el problema de la violencia requiere soluciones estructurales. No alcanza con sancionar, en el mejor de los casos, a los responsables de la violencia, pues ese lugar será luego ocupado por otro (Schultz, 2006). Las respuestas que brindan los protocolos no son una solución a largo plazo, sino que se convierten en un “parche” que permite continuar con situaciones de violencia en el futuro. No alcanza entonces solo con este tipo de medidas, sino que los protocolos deben ser complementados con otras políticas que atiendan a romper la situación de desigualdad estructural que padecen las mujeres.

17 Respecto de la violencia contra las mujeres en política, véase (ELA, 2018). Asimismo, las distintas actividades que se vienen llevando a cabo desde el programa “Cerrando Brechas” <http://cerrandobrechas.ela.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=app187&cnl=94&opc=57>.



IV. Algunos números¹⁸

Desde hace un tiempo venimos monitoreando a) la situación de las mujeres docentes en la Facultad de Derecho de la UBA y b) en la enseñanza del derecho con perspectiva de género:

Respecto del primer punto (a) nos hemos detenido a analizar la participación de mujeres en eventos académicos y en los concursos docentes. Este vínculo no es menor ya que muchas veces se realizan actividades donde todos los que participan son varones con el argumento de que son “los profesores titulares de cátedra”.¹⁹

Respecto de las actividades tenemos que en el período 2014-2018 se realizaron 2171 actividades, de las cuales en 634 (29%) no participaron mujeres. Además, la participación de mujeres es menor. En este sentido, en total los varones participaron en un 61,3% y las mujeres en un 38,7. En casi el 20% de actividades fueron moderadoras o coordinadoras.²⁰

En lo que respecta a la participación de mujeres en los concursos analizamos los concursos sustanciados en el período 2009- 2019:

- tienen una demora de 8 años y medio entre el llamado a concurso y la designación en el cargo, en general es posible actualizar antecedentes al momento de la sustanciación del concurso. Este tiempo tiene un impacto de género, pues los hombres continúan con sus estudios, publican artículos académicos, ascienden en sus puestos de trabajo, todo lo cual redundaría en mayores antecedentes. En lo que respecta a las mujeres, son años que en general coinciden con embarazos, tareas de cuidado, que no son tenidos en cuenta al momento de la evaluación.
- se concursaron un total de 521 cargos, con 933 aspirantes: 567 Varones y 366 Mujeres (39.22%).

18 Si bien están focalizados en la Facultad de Derecho de la UBA creo que su análisis puede servir como una herramienta metodológica para replicar en otros espacios.

19 Actualmente estamos trabajando en una publicación sobre posibles contrargumentos. Al respecto, v. Ronconi, L., Ramallo, M. y Ciancaglini Troller, A. (manuscrito). Además, es necesario sostener que esta situación se agravó en los primeros meses del ASPO por COVID-19. Al respecto v. Guzmán, S. y Ramello Salgán, M. (2020).

20 Esto puede desgranarse por área y en algunos casos la brecha será aún mayor (segregación horizontal). Al respecto, v. Loretto y Ciancaglini Troller, 2019.

- Si analizamos los y las ganadores/as, del total, 292 (61.99%) son varones y 179 (38%) son mujeres. Sin embargo, cuando esto empieza de desagregarse en forma horizontal y vertical vemos que las mujeres solo ganan concursos en ciertas áreas (ejemplo, Derecho de Familia, pero no Filosofía del Derecho)²¹ o respecto de ciertos cargos (por ejemplo, profesoras adjuntas y no como titulares).

Por último, sobre la enseñanza del derecho con perspectiva de género y la inclusión en la curricula (b) hay una tendencia al cambio. En este sentido, en lo que corresponde a las carreras de derecho en general las universidades han incorporado diferentes programas, tanto posgrados que en forma específica abordan las temáticas de género como asimismo materias específicas dentro de la carrera (Bergallo, 2008) pero no en las materias troncales. Un análisis preliminar de 4 universidades en Argentina (Ronconi, L., et. al., 2020; Ronconi y Ramallo, 2020; González, 2020) nos dice, por ejemplo, que, en el caso de Derecho de Familia, la mayor incorporación de temas con contenido de género puede deberse a que en una de las universidades analizadas, ciertos temas vinculados a “violencia contra las mujeres” forman parte de los contenidos mínimos del plan de estudio. Esta quizá es una buena estrategia para profundizar la enseñanza con perspectiva de género en otras materias. Asimismo, parece que este enfoque es escaso en las otras materias analizadas (Derecho Penal y Derechos Humanos o sus equivalentes). Esto queda demostrado con el análisis de los programas y de la bibliografía que se utiliza. De esta manera, es necesario que el/la docente al momento de elaborar el programa considere en profundidad los temas a trabajar como asimismo la bibliografía a utilizar. Sabemos que esto no es neutral. En este sentido, es necesario repensar los temas y la utilización de bibliografía por meros motivos de autoridad, sin considerar o discutir cuestiones más novedosas.²²

21 Estas áreas se vinculan con temas tradicionalmente feminizados.

22 La figura del femicidio, la legítima defensa de mujeres ante sus agresores, el aborto, la ejecución de la pena en casos de mujeres y/o niños/as en cárceles con sus madres, el abuso sexual, la regulación del testigo único, son buenos ejemplos de esto en el ámbito del derecho penal. También en derecho de familia algunos temas presentes en casi todos los programas que podrían incluir enfoque de género: división de bienes; compensación económica; alimentos entre cónyuges/convivientes; alimentos para las/os hijas/os; apellido de las/os hijas/os; atribución del uso de la vivienda; impedimento de contacto de los/as hijos/as menores de edad con sus padres no convivientes (Ley N° 24.270); restitución internacional de menores; responsabilidad parental y cuidado personal de las/os hijas/os; atribución de la vivienda familiar; apellido del cónyuge.



V. Algunas propuestas

Busqué mostrar con este trabajo que la violencia contra las mujeres en las universidades si bien ha sido entendida inicialmente en su forma clásica, mediante la creación de protocolos de actuación para casos de violencia sexual o acoso, es necesario realizar otras acciones que comprendan la violencia hacia las mujeres y otras diversidades en su versión estructural. Para esto, resulta importante:

- a.** generar y publicar datos sobre la situación de las mujeres y otras diversidades en la Universidad, debidamente desagregados (por ejemplo, en lo que respecta a la docencia por género, cargo docente, área de la que se trata, entre otras);
- b.** la creación de materiales de estudio que permitan la enseñanza con perspectiva de género. En este sentido, por ejemplo, en el ámbito del derecho, hay mucho escrito, sin embargo, circula entre quienes están interesados/as el tema, incluso los temas sobre los que se escribe (ejemplo, tareas de cuidado, aborto, cuotas en derecho constitucional, violencia en familia, entre otros).²³ También es necesario que estos materiales lleguen a todos/as los/as docentes;²⁴
- c.** la necesidad como docente de revisar los materiales de estudio, escuchar, ver qué es lo que está pasando. Movimientos como el “MeToo”, “NiUnaMenos”, “La Revolución de las Hijas” “SeráLey”, son reclamos que deben incorporarse a la enseñanza;
- d.** Apoyo institucional y reconocimiento de la situación de desventaja en que se encuentran las mujeres en la Universidad; cuotas para romper el techo de cristal en los espacios de poder, para la participación en los eventos académicos, entre otros.
- e.** Capacitaciones Ley Micaela en forma continua.

²³ Al respecto, v. Ronconi, L. y Ramallo, M., 2020; Balardini, L., et. al., 2019.

²⁴ En este punto, resultan relevantes las capacitaciones por Ley Micaela (Ley Nro. 27499, a la cual muchas universidades adhirieron). Al respecto, v. RUGE y CIN, 2020.

Debemos tener presente que nos encontramos en un momento histórico de visibilización de las demandas del movimiento feminista²⁵ en el que resulta fundamental plantearnos la importancia de contribuir con nuestras acciones a mejorar las herramientas que permitan otorgarle vigencia y operatividad a los derechos de las mujeres y otras diversidades en nuestra sociedad. Las universidades no pueden ser ajenas a esto.

BIBLIOGRAFÍA

- Balardini, L., Pautassi, L., Ronconi, L. y Sigal, M. (2019). La institucionalización del enfoque de género en la Facultad de Derecho. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 43(97), 405-420. Dto. de Publicaciones, Fac. de Derecho, UBA. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2018-ii.pdf
- Bergallo, P. (2008). El género ausente y la enseñanza del derecho. En Rodríguez, M. y Asencio, M. (comps.), *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*. Ciepp/ del Puerto, Buenos Aires.
- Blanco, R. y Spataro, C. (2019). Con/contra las estrategias institucionales: percepciones de estudiantes universitarios ante iniciativas contra violencias sexistas. *NÓMADAS*, (51), Universidad Central, Colombia. <http://nomadas.ucentral.edu.co/index.php/catalogo/2561-violencias-de-genero-en-las-universidades-nomadas-51/1030-violencias-de-genero-en-las-universidades-nomadas-51>
- Comité CEDAW de la ONU. (2017). Recomendación General No. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>.

25 Debe tenerse presente que “este feminismo no se limita tampoco a “cuestiones de mujeres”, a diferencia de lo que sugería la definición tradicional de feminismo. Al alzar la voz por todxs aquellxs que son explotdxx, dominadxx y oprimidxx, aspira a convertirse en una fuente de esperanza para toda la humanidad. Es por eso que lo llamamos un feminismo para el 99%” (Fraser, Arruzza, y Bhattacharya, 2019: 28).



- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), pp. 1241–1299. DOI: 10.2307/1229039.
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género – ELA. (2018). *Violencia política contra las mujeres en Argentina: experiencias en primera persona*. CABA.
- Fraser, N., Arruzza, C. y Bhattacharya, T. (2019). *Feminismo para el 99%. Un Manifiesto*. Rara Avis.
- Gamboa Solís, F. (2019). Acoso sexual en la Universidad: de protocolos y protocolos. *NÓMADAS*, (51), Universidad Central, Colombia. Disponible en <http://nomadas.ucentral.edu.co/index.php/catalogo/2561-violencias-de-genero-en-las-universidades-nomadas-51/1030-violencias-de-genero-en-las-universidades-nomadas-51>
- Gherardi, N. (2016). Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar. *CEPAL, Serie Asuntos de Género Nro. 141*.
- González, A. (2020). La enseñanza del derecho con perspectiva de en la Facultad de Derecho de la UBA. Parte II. En L. Ronconi y M. Ramallo (Coord.) *La enseñanza del derecho con perspectiva de género. Herramientas para su profundización*, Secretaría de Investigación/ Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/ensenanza-con-perspectiva-de-genero.pdf>
- Guzmán, S. y Ramello Salgán, M. (2020). “El enfoque de género y el rol de las mujeres en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en tiempos de COVID-19” ponencia presentada en las 1ras. Jornadas nacionales sobre innovación en las prácticas de la enseñanza y la investigación en Ciencias Jurídicas, SASJU, 19 de noviembre de 2020, Universidad Nacional de Río Negro.
- International Bar Association – IBA. (2019). *Us Too? Bullying and Sexual Harassment in the Legal Profession*. Reino Unido: IBA. Recuperado de <https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment.aspx>.
- Jaramillo Sierra, I. y Buchely Ibarra, L. (2020). *Perspectivas de género*

en la educación superior: una mirada latinoamericana. Red ALAS/ICESI. Disponible en <https://www.icesi.edu.co/editorial/perspectivas-de-genero/>.

Kohen, B., Ariza, S., y Ramallo, M. (2019). Las mujeres docentes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. *Academia Revista de Enseñanza del Derecho*, año 17(33), 99-130.

Loretti, C., y Ciancaglini Troller, A. (26, 27 y 28 de septiembre de 2019). La perspectiva de género en la enseñanza del derecho, una mirada al currículum de la Facultad de Derecho de la UBA. *Ponencia XX Congreso Nacional y X Latinoamericano De Sociología Jurídica Los estudios sociojurídicos en Argentina y Latinoamérica en épocas de crisis. Recurrencias, alternativas y rupturas*. La Pampa.

Miller, A., y Roseman, M. (2019). *Beyond Virtue and Vice Rethinking Human Rights and Criminal Law*. University of Pennsylvania Press.

Olsen, F. (2001) El sexo del derecho. En Alicia Ruiz (comp.) en *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos.

Pautassi, L. (2011). La igualdad en espera: el enfoque de género. *Revista Lecciones y Ensayos*, (89), 279–298. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/pautassi-laura-la-igualdad-en-espera-el-enfoque-de-genero.pdf>.

Ridgeway, C. L. (2014). Why Status Matters for Inequality. *American Sociological Review*, 79(1), 1–16. DOI: <https://doi.org/10.1177/0003122413515997>.

Ronconi, L. (2020). La violencia de género en las universidades. Análisis de las respuestas institucionales en la Facultad de Derecho de la UBA. ¿Hacia un cambio de mirada? En I. Jaramillo Sierra y L. Buchely Ibarra, *Perspectivas de género en la educación superior: una mirada latinoamericana*, Red ALAS/ICESI, 2020. Disponible en <https://www.icesi.edu.co/editorial/perspectivas-de-genero/>.

Ronconi, L. (2018). *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



- Ronconi, L., Espiñeira, B., Bertone, D., Stagni, A., González Fernández, R. y González, A. (2020) La enseñanza del derecho con perspectiva de género: la situación en cuatro Facultades de Derecho locales. Primera aproximación. *Academia. Revista de Enseñanza del Derecho, Año 17, Nro. 34*, 297-322, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/pub_ra_n34.php
- Ronconi, L., Ramallo, M. y Ciancaglini Troller, A. (manuscrito) “¿Por qué los paneles académicos no pueden estar conformados sólo por titulares?”
- Ronconi, L. y Ramallo, M. (2020). La enseñanza del derecho con enfoque de género en la Facultad de Derecho de la UBA: la situación actual (Parte I)” en L. Ronconi y M. Ramallo (Coord.) *La enseñanza del derecho con perspectiva de género. Herramientas para su profundización*, Secretaría de Investigación/ Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/ensenanza-con-perspectiva-de-genero.pdf>
- RUGE/ CIN (2020). *Ley Micaela en el sistema universitario nacional: propuestas pedagógicas para la formación y sensibilización en género y sexualidades*, CABA. <http://ruge.cin.edu.ar/attachments/article/54/Cuadernillo%20Ley%20Micaela%20con%20parrafo%20Spotlight.pdf>
- Schultz, V. (2006). Understanding Sexual Harassment Law in Action: What Has Gone Wrong and What We Can Do About it (Fourth Annual Ruth Bader Ginsburg Lecture). *T. Jefferson L. Rev.* 29(1), 101–153. <https://ssrn.com/abstract=959389>.
- Sundari, A., y Lewis, R. (2018). *Gender based violence in University communities. Policy, Prevention and Educational Initiatives*. Bristol: Policy Press.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**VI. DIÁLOGOS SOBRE
ENSEÑANZA DEL DERECHO
Y ENFOQUE DE GÉNERO**

Transitando la educación jurídica desde el feminismo y la educación clínica

MARIELA PUGA¹

I. Introducción

Agradezco mucho la invitación y la oportunidad de haber podido participar de un evento tan estimulante como lo fue éste, además de poder escribir, y sobre-escribir mi ponencia en él. Confieso, antes que nada, que no soy penalista, y de hecho siento que entiendo poco de cuestiones del derecho penal. Cuando me invitaron a unas jornadas que incluían la categoría de “justicia penal” en el título, tuve cierto impulso de evadirme, a pesar que ese rótulo venía acompañado de otros dos mucho más hospitalarios para mí: géneros y enseñanza del derecho. Revisando mi propia reacción, me doy cuenta que ese impulso evasivo quizá sea sintomático de cierta naturalización de jerarquizaciones temáticas.

Cuando aparece nombrada una de las materias canónicas, como lo es el derecho penal, pareciera que las cuestiones que a mí me incumben, el feminismo y los problemas de la educación jurídica, no serán más que el subtítulo, lo que ameniza al plato fuerte de ese tema central. Es habitual para mí tener esas reacciones, porque no es fácil escapar a la semántica jerárquica de la organización temática del campo jurídico y sus ecos sub-textuales. Por suerte no me evadí y estas jornadas mostraron una semántica totalmente distinta.

A modo de presentación, si tuviera que definir mi especialidad dentro del derecho me definiría como constitucionalista feminista, no sin sentirme

¹ Investigadora CONICET, docente de Derecho Constitucional de la UNER y UNC, de Clínicas en la UTDT y UNER, de Postgrado en la UNC, UNSalta, UNSur, UNL, entre otras.



incómodamente encorsetada en esta definición. Como muchas, mi formación y mis inquietudes teóricas son bastante más diversas y transversales a un solo campo del derecho. Las fronteras internas me revelan un poco (y las externas también, a veces). Tiendo a pensar que las feministas en general nos sentimos incómodas con las demarcaciones del campo. Incomodidad que, por otro lado, me parece un síntoma de buena salud subversiva del feminismo, especialmente teniendo en cuenta que uno de nuestros principales objetos de crítica es la operación de jerarquización del campo jurídico, la que se asienta en previas demarcaciones temáticas.

Pero al final del día, las demandas fracturadas de los cursos curriculares de grado en las facultades de derecho, que se replican en las categorías temáticas de los encuentros académicos, en la división de los juzgados, hasta de las áreas del colegio de abogados, nos obligan a situarnos, a identificarnos, ignorando nuestras inestables auto-percepciones. Y con ello, a veces, a validar un poco la titularidad de las divisiones canónicas del derecho en civil, penal, procesal, constitucional, filosofía del derecho, etc. En ese “situarnos en el campo” naturalizamos en algún sentido el poner al feminismo como subtítulo legitimador, adjetivo políticamente correcto o en la categoría de “aspirante” a una parcela del campo.

Algo parecido pasa con las materias de educación práctica como las clínicas. ¿A quién le importaría saber qué pasa en una clínica jurídica, a menos que sea una clínica de derecho, de derecho... (algo canónico)? Les profesores de clínicas sentimos incomodidades por razones similares a las que nos incomodamos como feministas. Es imposible encorsetar un caso real en el “derecho civil”, por ejemplo. No sabemos qué rumbo tomará un caso hasta que no ponemos manos a la obra en él, y su inestabilidad entre las ramas del derecho siempre se nos escapará de lo imaginado inicialmente. Docentes feministas y clínicas vivimos la misma incomodidad de nadar en un mar fragmentado, el de las distintas naturalezas jurídicas, con sus reglas propias, sus autonomías de área, de cátedras, de cargos, de congresos de (algo canónico), en fin. Entonces, sí, soy constitucionalista feminista, saludablemente incómoda bajo esa etiqueta.

II. La educación jurídica desde el feminismo y la educación clínica

Hace unos 20 años que coordino clínicas jurídicas en grado (empecé con las primeras olas de las clínicas jurídicas de Martín Bohmer en la Universidad de Palermo) y hace 10 que doy clases de derecho constitucional en grado (aunque antes había dado otras materias canónicas también: filosofía del derecho, daños y teoría de la responsabilidad). Lo he hecho de manera bastante nómada: en los primeros años viviendo en Buenos Aires, pero luego las universidades del interior fueron mi lugar preferido de desarrollo docente, aunque sigo de vez en cuando enseñando en Buenos Aires.

El lugar de subalternidad de la enseñanza práctica en las facultades de derecho, y en particular de las clínicas jurídicas, es bien conocido. Hay una fuerte subvaloración de ese espacio, que no siempre es curricular. No sucede así con el lugar que ocupa una materia canónica, como el derecho constitucional, a menos que seas feminista. Es que también la experiencia del dictado de la materia canónica puede vivirse como subalterna, si nos dejamos encorsetar por el estrés de los contenidos mínimos, la horrible bibliografía disponible, los debates de los caballeros del campo, etc.²

Para las nuevas generaciones de docentes, ese corset y sentido subalterno de los que hablo, penetran mucho menos su subjetividad docente. En la actualidad hay muchos docentes viviendo la experiencia como un ensayo, un mundo por hacer, con menos protocolos que los que en otro tiempo nos (auto)disciplinaban desde lugares fantasmagóricos. Claro que no todas las universidades del país son iguales en esto, pero algunas empiezan a mostrar este brillo. Creo, o me gustaría pensar, que les docentes feministas y clínicas hemos tenido algo que ver con este estado de cosas, algo mejorado. Por eso pensé en contar aquí un poco sobre mi paso por la docencia como profesora clínica y como feminista, algo de las luchas

2 El patio para salir a jugar en libertad son las clases de posgrado. La idea de lo subalternos se subvierte, ya que lo interesante suele ser justamente eso que no reproduce al grado. He estado en varios escenarios de posgrado (no sólo de facultades de derecho) en casi diez provincias del país. Sin esa experiencia de libertad seguramente me hubiera sido más difícil liberar mi subjetividad docente.



internas e incomodidades que imagino hemos compartido y quizás todavía comparten muchas. Se me ocurre que, quizás revisando las etapas de ese pasado reciente, pueda contribuir con alguna reflexión sobre el crecer en subversión dentro de la facultad de derecho, transformando nuestra subjetividad subalterna, aunque sin aspirar a la comodidad canónica.

Mi experiencia en las clínicas es quizá la más antigua. Las clínicas jurídicas para mí siempre han sido un lugar de activismo bifronte dentro de la Universidad, la sociedad civil y la academia. Usar abiertamente el derecho y los recursos legales en favor de ciertos cambios sociales, fue por un lado una manera desestabilizadora de algunos sentidos conservadores. Por ahí llegué al feminismo, y por ahí entré a un sentido de lo subalterno muy fuerte. Por otro lado, las clínicas tienen en miras contribuir a la formación de abogades más sensibles a las injusticias y, sobre todo, reflexivos en un sentido particular, abogades que miran su propia experiencia como una fuente de conocimiento. Esta es la otra cara de ese activismo.

Tal vez sea importante aclarar que nunca pensé que las clínicas fueran una forma de enseñanza práctica del derecho más, equiparable a las otras basadas en la observación o el entrenamiento práctico monitoreado. Aunque entre lo ideal y lo que yo pude implementar existe una brecha importante, me formé en la idea de ver a las clínicas como la oportunidad de adquirir un hábito y si no suena muy ostentoso, quizás una técnica para la reflexión sobre la experiencia práctica del derecho. No es un lugar donde se aprende a hacer escritos judiciales. Enseñar a aprender de la propia experiencia es un proceso de aprendizaje docente también. Una aprende junto a los estudiantes. Los profesores clínicos somos los coordinadores de un laboratorio reflexivo en el que tenemos una oportunidad exquisita de aprender a lado de los estudiantes, en un hacer colaborativo.

En este sentido, pienso que enseñar en una clínica es muy parecido a enseñar teoría feminista o a enseñar cualquier cosa desde una perspectiva crítica feminista. Ensayamos poner la mirada sobre aquello que las facultades de derecho, a lo largo de toda la carrera, se encargan de invisibilizar o de subalternar: la complejidad y potencia teóricamente significativa de la práctica de la abogacía, por un lado, y por el otro, ponerla sobre la

subordinación estructural de personas que la perspectiva jerárquica y estabilizadora del derecho usualmente construye. Los docentes somos clínicos y/o feministas porque nuestro rol es incentivar a observar lo que no se observa. Diría que la teoría feminista, junto a otras teorías de género, es más una crítica, una advertencia, una metodología de mirada y aprendizaje a partir de lo experiencial, que un contenido a empaquetar y canonizar. Y que en ese aspecto, un curso clínico es muy similar.

Por cierto, en esto tampoco creo que seamos muy diferentes a un curso de derecho penal enseñado por un abogado con experiencia sustantiva. Lo que nos diferencia es qué es lo que instamos a mirar, y que esas miradas, por lo general, desestabilizan contenidos curriculares y sus márgenes disciplinares. Un estudiante menos disciplinado dispersa sus intereses por todo el campo, y mañana puede ser un juez penal muy incómodo con ese corset como marco de referencia de su trabajo.

Esto, como contaba, por mucho tiempo ha sido una forma subalterna de habitar la academia y la docencia. Pero como sugería Paula Viturro en su ponencia, ni el feminismo ni la educación clínica ya son tan subalternos en el discurso de la enseñanza. Hoy son los estudiantes quienes instan esas miradas, reclaman esas agendas y nuestras instituciones más tradicionales se cuidan bastante de no usarnos en sus formas como meros adjetivos. Pareciera que lo que se viene es un lugar menos subalterno todavía, en el que habría que estar alerta de no perder, sin embargo, esa forma de mirar subversiva. En otras palabras, sería un gran error, creo yo, aspirar a la canonicidad de un curso de “Perspectiva de género 1 y 2”, o de “Clínica de derecho comercial”, que nos obligue a cerrar el programa de contenidos, como garantía para el examen del año siguiente, y así se nos haga más fácil repetirlo en año siguiente, hasta que tengamos nuestra parcela en el canon. No es por ahí, me parece.

Volviendo a la experiencia personal, recuerdo que cuando empecé a mezclar cosas de las clínicas con contenidos más teóricos de cursos canónicos, como derecho constitucional, tenía palpitations fuertes. En algún lugar, probablemente, había naturalizado un montón de protocolos subrepticios sobre las exigencias de la educación práctica, por un lado, y



los requisitos de las clases teóricas de cierto tipo de contenidos, por el otro. Y sobre todo, esos protocolos no escritos, eran en sí la fuente de intuiciones de porqué esos dos mundos no se tocaban.³

Recuerdo vivir con gran angustia el enfrentarme a la larga lista de contenidos mínimos que se supone hay que dar en un curso teórico de los canónicos, como es constitucional. “Lo que te enseñaron a vos en la facultad”, eso que está en todos los manuales y te infunde la sospecha de “que por algo será”, eso que “seguramente debe ser imprescindible”. El tiempo no te alcanza, tenés que hacer selecciones trágicas de temas para las clases, si quisieras incluir temas de actualidad e incluso miradas críticas como el feminismo, te desgarras en la búsqueda de textos que encajen en el programa, en una arqueología que agota y da pocos resultados. Siempre con miedo a no dar un tema central para algún espectral canon, siempre con la insatisfacción de estar repitiendo y dejando cristalizar algún credo patriarcal, sin tener suficiente tiempo para encontrar mejor bibliografía o suficiente ingenio para una mejor crítica. Al final siempre te traicionas un poco, algunos de los estudiantes viven tus clases como un espectáculo a tu cargo, que se convierte en algo servil y, en fin, tu instinto subversivo termina por convertirse en una mochila de plomo en el medio del mar.

Por el contrario, lo que recuerdo de los cursos clínicos es que las fuentes de angustia eran otras. El estrés de la responsabilidad profesional frente a casos reales (los tribunales, los clientes, las organizaciones, etc.), las exigencias que trascienden las horas de clase, el evento judicial que no respeta los días del curso o los ritmos de la currícula, los clientes que se pasean exóticos, entre los trajes docentes y las miradas asaltadas del aparato de gestión⁴, las capacidades prácticas limitadas de los estudiantes que no

3 Sé que quizás esto no pase en algunas universidades privadas o en aquellas donde está empezando todo de cero desde hace poco. Pero mi experiencia formativa en una de “las catedrales”, como lo es la Universidad Nacional de Córdoba, tuvo mucha influencia en el armado de mi subjetividad como docente de grado.

4 Me es difícil olvidar cuando en una Universidad Privada tuve que bajar al primer piso (yo daba clase en el 10) en el medio de la clase, a autorizar la entrada de una líder del movimiento afro-argentino, porque el empleado de la entrada, el mismo al que media hora antes yo le había dejado nombre y apellido de ella para autorizar su entrada, la retenía incrédulo de que ella pudiera ser parte de la comunidad académica.

pueden ser desarrolladas suficientemente en un semestre, la inutilidad de la formación teórica para pensar problemas concretos de la práctica profesional, el maldito tiempo, etc. En fin, era como remar en dulce de leche.

Mark Tuchnet (1984) da explicaciones interesantes acerca de porqué la práctica profesional y la teoría feminista ocupan el lugar de los débiles o subalternos en las facultades de derecho, ello en el marco de las dicotomías teoría y práctica. Si una hace carne esa subalternidad, el oficio de ser una docente feminista o clínica es casi sacrificial. Por eso, así como pienso que la incomodidad con lo canónico es un síntoma de salud, también me parece que encontrar un lugar de satisfacción y libertad en la docencia subversiva, es un mandato básico del auto-cuidado.

Es muy posible que la fuente de tanta insatisfacción inicial para mi pasara no solo por el clima institucional poco hospitalario a lo subalterno, sino por verme obligada a tener dos cabezas. La cabeza de los contenidos teóricos, que se esfuerza por imaginar estrategias pedagógicas para estimular la discusión en clase sobre esos contenidos canónicos mientras intenta hacerlo desde la crítica feminista, y la cabeza de una entrenadora, que se siente responsable de las capacidades prácticas de los estudiantes, mientras intenta mostrar el contexto, el problema ético, que se observen y revisen las propias capacidades para resolver problemas de la profesión. Creo que lo vivía como una especie de psicosis de doble personalidad.

Con el tiempo me fui dando cuenta que cuando mencionaba en una clase de derecho constitucional alguno de los casos que llevábamos en la clínica, el nivel de detalle que yo podía dar del caso, despertaba un interés superlativo en los estudiantes (ese que no se despierta cuando les decía “vamos a hablar de este gran leading case de la corte”). Ese tipo de detalles que los manuales de cátedra nunca mencionan y que sin embargo eran totalmente desafiantes para las teorías que estudiábamos, fortaleciendo la reflexión de la clase en sentidos que yo no esperaba. No solo se acrecentaba el interés de los estudiantes en esas discusiones, sino que la imaginación teórica de la clase se disparaba sin respetar las estancas unidades temáticas del programa. La relación de los temas del programa empezaba a darse con una sinergia espontánea, ya sin necesitar me de tenerme a mí fungiendo del electricista que conecta los cables.



Por otro lado, cuando en la clínica ponía sobre la mesa una teoría más abstracta, para testear o discutir alguna de las eventualidades del caso que estábamos trabajando, veía primero estudiantes perplejos: ¿Cómo vamos a ponernos a discutir esto ahora, cuando se nos vence el plazo? Después, frente a mi insistencia, los veía poco a poco cada vez más ansiosos de testear sus herramientas teóricas en la discusión. Me sorprendía viendo la ansiedad que tenían por notar que algo de lo que aprendieron en la facultad de derecho en acción. Cuando volvíamos a la agenda “del hacer” en el caso, nuestra imaginación práctica se había disparado a la estratósfera. Habíamos pensado desde otro registro, y era como si las neuronas del sentido práctico se despabilaran. No sin tropiezos, empecé a sentirme menos responsable de asegurar que sean capaces de redactar un escrito, menos su entrenadora, y a acomodarme satisfecha en el rol de facilitadora de un proceso de horizontes más incierto, pero mucho más rico.

Durante un largo tiempo, estuve ensayando estas clases teóricas híbridas, y reuniones de clínicas matizadas, que me daban mucha satisfacción y creo que sentía que lo estaba haciendo mejor. Ya no me importaba cuánto de los contenidos curriculares discutía en clase, el deleite de ver la profundidad crítica con la que navegábamos los contenidos y las sinergias con la que se relacionaban esos contenidos, me parecía un logro mucho más importante. Esas cabezas, ahora despabiladas, podían leer el resto de los contenidos curriculares con mucha más autonomía crítica, sin tenerme a mí de relatora o electricista, durante todo el año. Entonces incluí en la curricula una clínica, dividí la clase en dos y el mundo cambió. También me sentía más segura en la clínica, sabiendo que el mundo no se caía a pedazos porque reflexionáramos teóricamente un rato. Por el contrario, la forma en que la imaginación práctica se expandía me hacía sentir que lo estábamos haciendo mucho mejor, que estábamos creciendo en lo importante. Me fui organizando y ganando experiencia para reducir angustias, ensayé y sigo ensayando distintas formas de clínicas.

Hace unos años leí un artículo de Phyllis Goldfard (1991) sobre la relación entre la metodología de la docencia feminista y la docencia clínica, que me pareció genial y que me dio una matriz de sentido para esto que estaba ensayando. El artículo me ayudó a tomarme más en serio el proyecto

metodológico, a perderle el respeto a los corset del campo, y comprometerme más con una visión sobre esa forma de hacer docencia en derecho.

Lo primero que me llamó la atención fue que Goldfard (1991) asumía que:

“El feminismo y la educación clínica llegan a la misma conclusión sobre la relación que existe entre la teoría y la práctica. Ambos ven en la experiencia, en los detalles de las historias concretas, enormes potencialidades teóricas (. . .) A su vez, ven en la teoría profundas potencialidades prácticas en cuanto ayuda a advertir conductas y experiencias futuras”.

Lo que en los inicios de la docencia para mí había sido una dicotomía psicótica, Goldfard me proponía asumirla como una dialéctica, una “espiral”. Confieso que en cierta medida me emocionó que alguien estuviera sugiriendo y justificando abiertamente el aspirar a intensificar esa interacción permanente entre la buena teoría y la buena práctica. El artículo no tiene desperdicio, y sería imposible contarlo entero, pero aquí me gustaría detenerme en tres señalamientos de Goldfard, que a mí me han servido para comprender y pensar:

En primer lugar, el artículo te invita a Identificar la tendencia estructuralista bipolar que divide y jerarquiza entre teoría y práctica en las facultades de derecho, siendo la teoría el dominio masculino, el superior, y la práctica el femenino, de lo concreto, lo empírico, e inferior. Esto me ayudó a identificar mi propia naturalización de la subalternidad de los cursos prácticos como las clínicas, por un lado, y a entender mejor las fuentes de mis angustias. También a dismantelar las dificultades que tenía para cambiar un contenido canónico del derecho constitucional, por un buen problema constitucional para el análisis feminista. Identificado eso, es más fácil dejar de habitar una subalternidad sobre-exigida. La explicación de Goldfard ayuda a cierta auto-conciencia de los ejes en que la organización curricular intenta imponer jerarquías, y con ello te ayuda a dar pasos para liberarse de los cerramientos impuestos por ese orden jerárquico. Pero sobre todo, entender el prejuicio desde el que se los subalternizaba para poder desafiarlos de forma consiente.

En segundo lugar, el artículo invita a ver como la bipolaridad entre teoría y



práctica es una forma de sobre-simplificar nuestra comprensión tanto de la realidad teórica, como de la realidad práctica. Al subordinar los datos que usamos en nuestro juicio jurídico, le estamos quitando complejidad y empobreciendo aburridamente a la reflexión sobre el derecho. Cuando los presupuestos explicativos de la teoría son presentados como un contenido superior o más acabado del dato jurídico, en relación con el dato que surge o que se construye desde la práctica profesional, estamos encegueciendo a los futuros abogados. Escapar de la idea de que los datos de la experiencia profesional son anecdóticos, paroxísticos o producto del cinismo de la profesión, es fundamental para pensar un derecho que contribuya a mejorar las vidas de todes les abogades con los ojos abiertos.

Este registro me ayudó a empezar a ver la jerarquización de los datos, la tendencia sobre-simplificadora en la reflexión en todos los debates jurídicos y a formularme las preguntas vedadas: ¿Por qué los manuales de derecho constitucional le dan más relevancia a la constitución formal que a la constitución material?⁵ ¿Por qué en la clínica no podríamos discutir sobre relatos dogmáticos diferentes para un mismo caso desde una perspectiva estratégica? ¿Por qué tensionan tanto la regla del debido proceso con cuestiones de ética feminista? En fin, mis preguntas empezaron a ser en la dirección de desafiar la subordinación y la desconexión de datos, contenidos y temas.

El último asunto del artículo que me interesa valorar es el resalto sobre la naturaleza de la relación entre la teoría y la práctica, y sus implicancias

5 La distinción teórica entre la constitución formal y la material es un ejemplo ideal. Todo manual de derecho constitucional la menciona, para inmediatamente concentrarse en la constitución formal. La constitución material no es un dato relevante en el estudio del derecho constitucional. Todo aquello que la constitución sanciona sin nombrar, entre ello, el orden de género dominante en la sociedad, el orden de clases sociales, el orden sexuado, eso que está en el subtexto de las decisiones judiciales que sólo expresan el disfraz de la subsunción. ¿Por qué no sería un dato relevante del derecho constitucional? ¿Qué hay de sexista en un derecho constitucional que se niega a discutir el orden material sancionado en la constitución formal de 1853?. Porque la historia constitucional no toma esos órdenes de la constitución material como relevantes para su comprensión. Los temas históricos selectos son las batallas, los generales, los acuerdos entre caballeros, “los representantes” de un “nos” generador del dato textual relevante, que a su vez invisibiliza el lugar de las mujeres al momento de la sanción de la constitución. Lo único que importa de la Constitución del 53 es qué dice el texto y quién mató a quién para que se pueda imponer ese texto. No se dice nada sobre qué prácticas e instituciones se asienta, se sanciona y a su vez la autoriza y está autorizando.

éticas y epistemológicas. Goldfard muestra que hay problemas éticos que no podrían verse nunca sino se mira el detalle, si no se observan las circunstancias de hecho, los particularismos, si no se reflexiona teóricamente sobre ellos. El ejemplo típico es el del caso de la defensa propia de la mujer víctima de violencia intrafamiliar que ataca a su agresor fuera del periodo de la agresión (de acuerdo a la teoría canónica del derecho de defensa). En ese caso solo las consideraciones que el feminismo revela como circunstancias de la experiencia de las mujeres golpeadas, como condiciones sociales y psicológicas en las que ocurren los hechos, pueden lograr una mejor comprensión de los casos. Una mirada más minuciosa de los detalles, traer nuevos elementos relevantes para la reflexión teórica, y al fin, resignificar la teoría del derecho de defensa. Al hacerlo, además se desnuda la ilegitimidad originaria de los discursos que construyeron los elementos tradicionales de esa teoría jurídica. Vista así, la subversión epistemológica del feminismo necesita de capacidades de reflexión sobre lo concreto para dismantlar el orden jerárquico de los datos jurídicos, y eso es lo que las clínicas traen a la enseñanza del derecho. Pero a la vez el feminismo introduce una forma de razonar subversiva sobre esos datos, una que conoce y denuncia la forma de conocer, y por qué no, de construir el dato. Las clínicas implican, de alguna manera, esa misma denuncia, cuando movidas por las necesidades prácticas y estratégicas se hallan en posición de mirar y revisar las miradas que construyen un relato sobre los datos, que en esas circunstancias, se transforman en relato sobre los datos.

En buena medida me refiero al efecto deconstructor de cierto razonamiento inductivo, que pretende dialogar con el otro razonamiento, el deductivo, ese que un estudiante de derecho de tercer año ya tiene incorporado como un tercer riñón. Entonces, la crítica feminista al derecho y las clínicas promueven en este estudiante (con su tercer riñón) el ensayo de:

- Razonamientos/reflexión inductiva. Pensar desde el hecho, desde la circunstancia, o desde paisajes sistémicos explicativos provistos por otras disciplinas. Esto es todo una sublevación de sentido en un espacio dominado por una idea de que ser “un jurista”, es equivalente a ser una maquineta de deducir hipótesis de aplicación posible de las reglas generales (con lo difícil



que es generar esas hipótesis sin tener experiencia práctica).

- Razonamiento contextual: pensar los casos en contexto, darle valor al entorno para significar las conductas, entender el caso en una dimensión más amplia, en un paisaje dibujado por diversas perspectivas estructurales, imaginarse todos los casos posibles contenidos en el mismo dato. Esto es totalmente subversivo en un mundo donde la habilidad más premiada es la del pensamiento abstracto sobre la teoría abstracta, el vocabulario encriptado y la distancia fría y “objetiva” de los hechos.

Pero sobre todo la epistemología de las clínicas y el feminismo es infinitamente prometedora porque no nos ofrece sino respuestas provisionarias, siempre expuestas a más contexto, a más reflexión crítica, a nuevas agendas de por dónde seguir mirando.

III. Conclusión

En fin, concluiría esta intervención diciendo que creo que lo próximo para este nosotros prometedor, es aprender a habitar con potencia subversiva espacios en los que estamos dejando de ser subalternas. Tomar el micrófono, que ahora se nos ofrece insistente, no para pedir igual canonicidad que el derecho penal o constitucional, sino para desafiar los márgenes canónicos, para mostrar la pobreza académica de considerar a las categorías dominantes (teoría y razonamiento deductivo y abstracto) como insulares e independientes de sus respectivos términos opuestos (práctica y razonamiento inductivo y contextual). Asumirnos como un proyecto metodológico de docencia feminista y clínica, supone ampliar nuestra agenda de deconstrucción hacia otros binarios y otros órdenes jerárquicos, y así asegurarnos que el feminismo no se convierta, parafraseando a Andrés Rivera (1993), en un té servido a las cinco de la tarde⁶ en las próximas jornadas de Derecho Romano.

⁶ La frase original corresponde al personaje de Juan José Castelli, que en la obra del autor textualmente dice “*Juré que la Revolución no sería un té servido a las cinco de la tarde*”.

BIBLIOGRAFÍA

Goldfard, Phyllis. (1991). "A Theory-Practice Spiral: The Ethics of Feminism and Clinical Education", en University of Minnesota Law Review, nro. 75, 1991.

Rivera, A. (1993). "La Revolución es un sueño eterno", Alfaguara: Buenos Aires, Argentina, p.113.

Tushnet, M. (1984). "Scenes from the Metropolitan Underground: A Critical Perspective on the Status of Clinical Education" en Geo Wash. L. Rev., nro. 52.

**JORNADAS JUSTICIA PENAL,
GÉNERO Y ENSEÑANZA
DEL DERECHO**

**VI. DIÁLOGOS SOBRE
ENSEÑANZA DEL DERECHO
Y ENFOQUE DE GÉNERO**

Derecho, Política Judicial y Género: aprendizaje e introspección¹

JUANA MARÍA GIL RUIZ²

I. Introducción

Hablar de Derecho y de violencias de género, reflexionar sobre la política judicial y el género, exige sin duda comenzar por el principio: reconocer desde el origen de estas líneas quienes han sido las protagonistas de estos cambios importantes –aunque puedan ser considerados exiguos– en torno a los recientes esfuerzos legislativos en el marco de la igualdad efectiva ciudadana. Y esto es así, porque no puede, ni debe desgajarse el análisis de estas leyes de la raíz y del marco epistemológico desde el que se gestan y nacen. Desconocerlo, podría suponer –y de hecho está suponiendo en la actualidad, en algunos aspectos– el fracaso de estos, y exige el correcto acometimiento desde su origen. Por lo tanto, se necesita conectar estos esfuerzos legislativos con la llegada del género al Derecho. Y esta venida del género, como categoría técnica y con su propia metodología crítica, viene impulsada desde el Feminismo en su diversidad y desde la Teoría crítica iusfeminista en particular.

Cierto es que la palabra Feminismo sigue sufriendo el escarnio social, eclipsada tras un estereotipo deformador que lo coloca en una mera actitud de prepotencia de las mujeres frente a los hombres. Es lo que el Patriarcado que se pretende combatir califica como antónimo del machismo. Aún se desconoce o digamos que aún es percepción generalizada, en tanto que

1 Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i FEDER-Andalucía, B-SEJ-165-UGR18 y en el PID2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033.

2 Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada (España) y Presidenta de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. jgil@ugr.es



el prejuicio puede a la razón, que el feminismo es un movimiento social, teórico y político que busca la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres. No se trata de un movimiento emancipatorio de los seres humanos que acabe de nacer con la llegada del *mee too*, sino que posee tres siglos de historia. Se trata de tres siglos abordando problemas de especial trascendencia y dando respuesta –desde el pensamiento, desde el activismo social y desde la política– a situaciones de discriminación estructural que colocan a más de la mitad de la población fuera del juego ciudadano.

Ello implica entender que no sólo se reclaman buenas leyes y resoluciones judiciales –aspectos que serían más que loables, si lograran alcanzarse– sino que lo que se persigue es que el Derecho se convierta en un instrumento de transformación social de un *status quo* subordinatorio y excluyente de buena parte de los seres humanos en su diversidad. Conseguir una catarsis sociocultural no es sólo una tarea del Derecho, pero sí es un instrumento que permite junto a otras vías de cambio educacionales, sociales y culturales, arribar a una sociedad inclusiva de los seres humanos, respetuosa con las diferencias.

Sin duda, no hay mejor manera de diluir estos esfuerzos legislativos que desconectarlo de sus raíces, y de tapar, bien sea invisibilizando o bien vilipendiando, al movimiento social, teórico y político que le dio a luz, empujándolo desde sus entrañas, aun sin tener poder. En palabras precursoras de Celia Amorós³, ante la apariencia de éxito apocalíptico del Feminismo en la actualidad, “Todo movimiento tiene marcha atrás. Hay que ser cuidadosos, tenaces, tener capacidad de acción y de convicción”⁴.

3 Eminente filósofa feminista, son múltiples las aportaciones que merecen ser abordadas. Permítaseme destacar su trilogía: *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Barcelona, Anthropos, 1985, 1991; *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Madrid, Cátedra, Col. Feminismos, 1997. *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... Para la emancipación de las mujeres*, Madrid, Cátedra, Colección Feminismos, 2004.

4 Palabras de Celia Amorós, recogidas en “El Feminismo es una Revolución y está absorbiendo las demás”, por Carmen Mirán Breña. <https://e-mujeres.net/>. Consultado el 20 de septiembre de 2021.

II. El feminismo jurídico en la academia: visión introspectiva

No en vano, aún hoy se conoce poco del Feminismo en las distintas etapas formativas educacionales, y menos aún desde el mundo jurídico al que pertenezco. Haciendo el análisis introspectivo que se me solicita, mis encuentros con el feminismo en mi adolescencia podrían ser calificados de “inconscientes”, pues aun compartiendo su filosofía, realmente desconocía su magnitud. Coincidí con él –desde el conocimiento– en el comentario de Selectividad, y otra vez volví a expresar lo que siempre defendí: la necesidad y el derecho de que las personas fuéramos libres e iguales (en sus diferencias) o iguales y libres (en su diversidad). Sin embargo, he de admitir que no había pasado por mis manos ni un libro, ni una voz que me trasladara la importancia de este movimiento. Ciertamente sí había leído –por estar recogido en la programación escolar, de manera reglada y sesgada– obras de las teorías liberales y de las teorías socialistas o socialdemócratas en su diversidad, aun cuando no estuviera de acuerdo en todas sus tesis. No obstante, sorprende que las teorías feministas, contemporáneas a las liberales, estuvieran ausentes de los currícula oficiales e invisibles en la lucha por los derechos de la humanidad.

Ahora, tras haber aprobado de manera consensuada en España el Pacto de Estado contra la violencia de género, el 27 de septiembre de 2017, y entre las 213 medidas propuestas, se encuentra la inclusión de la lucha del movimiento feminista en los libros de historia. Sigue siendo complicado de entender que las teorías feministas y el protagonismo de las mujeres⁵ en la historia, en el arte, en la cultura, en la ciencia, aún invisible, hayan tenido que incorporarse en el conocimiento a golpe de Pacto de Estado, de la misma manera que resultaría un atentado y aberración epistemológica tener secuestradas de las matemáticas la enseñanza de operaciones aritméticas como las restas, sencillamente porque no nos gustan o no nos caen bien.

5 Pueden consultarse los datos en López-Navajas, A. (enero-abril 2014), Análisis de la ausencia de las mujeres en los manuales de la ESO; una genealogía del conocimiento ocultada, *Revista de Educación*, 363, pp. 282-308. DOI: 10.4438/1988-592X-RE-2012-363-188



Centrándolo en el ámbito jurídico, en la Facultad de Derecho, –y en lo que a la conexión de aprendizaje e introspección se refiere– tampoco conocí a alguien, ni leí ningún libro que me viniera a acompañar en mi formación como jurista feminista. Tuve que esperar al último curso, para que una jovencísima profesora de Filosofía del Derecho, Ana Rubio⁶ –actual referente en la Teoría jurídica feminista española– llegara de una estancia de investigación en Italia y se enfrentara con lo que en ese momento era el debate científico y político en torno al feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia. Un buen día, esta maestra tuvo la osadía de proponerme una tesis (la primera) con perspectiva de género en el área jurídica de Andalucía, y yo, ávida de conocimiento y loca por enredarme en ella, me empeñé hasta que la defendí en 1995, no sin dificultad. La tesis, “rompedora” con los estándares académicos habituales en el mundo del Derecho, y apostando por un adelantado enfoque inter y transdisciplinar, no era sin duda cómoda para la Academia, pero tampoco para ámbitos endogámicos –no jurídicos– demandantes del marchamo de “calidad feminista”. La tesis, arriesgada, compleja y novedosa, como allí mismo se recoge, obtuvo la mención de Premio Extraordinario de Doctorado, y al tiempo, la monografía *Las Políticas de Igualdad En España: avances y retrocesos* (Gil Ruiz, 1996), se convirtió en un referente citado y reconocido internacionalmente (Jaggar & Young 1998); (Outshoorn & Kantola 2007), (Massanet 2008).

Como teórica jurídica feminista definiendo que sólo sumando esfuerzos desde las distintas áreas –leyendo y releendo aportaciones transversales y transdisciplinarias, jurídicas y no jurídicas– podremos analizar la complejidad de esta realidad subordinadora y vislumbrar posibles soluciones emancipadoras. Entiendo que el ser feminista va acompañado de *un hacer*, y no de repetir los estándares patriarcales de imposición y sumisión. El feminismo que yo había aprendido y aprehendido no hablaba de “cortijos científicos históricos”, ni de “más de lo mismo, con distinto rostro”. Todo lo contrario.

Pero el Feminismo y la vida académica adolece de más problemas que merecen ser destacados en esta reflexión introspectiva. Ahora toca mencionar

6 Eminente filósofa del derecho feminista. Entre sus obras, merecen destacarse *Feminismo y Ciudadanía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1997 y *Las innovaciones en la medición de la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2013.

la del escaso y difícil reconocimiento por la Academia de la experticia investigadora con esta metodología. Por supuesto, atreverse una y otra vez, en seguir insistiendo en la investigación con perspectiva de género en el área jurídica era de una enorme “irresponsabilidad”. Apenas ha cambiado algo desde entonces. Da igual que se reflexione científicamente sobre acoso, sobre retos de la sociedad digital, de la bioética y biotecnología, sobre nuevos modelos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, o sobre técnicas legislativas. La creencia errónea es entender que abrazar una metodología, determina el objeto de estudio y que ello supone investigar siempre de lo mismo. Resulta complicado luchar contra esta dinámica académica y más aún tener que explicar insistentemente la importancia de la epistemología y metodología de género como instrumento para detectar y visibilizar problemas en el Derecho positivo y buscar alternativas jurídico-políticas.

En paralelo, las teóricas feministas, especialmente del ámbito jurídico, no disponíamos de soportes de renombre para divulgar los trabajos científicos. Las editoriales, más o menos prestigiosas, no se disputaban precisamente la urgencia de publicarlos. Eso son “cosas de mujeres” (luego no científico, sino divulgativo), esgrimían; con lo que había dos posibilidades: o firmar con pseudónimo masculino (estrategia ya utilizada por algunas de nuestras ancestras feministas) para que los trabajos vieran la luz; o aprovechar cualquier canal para poderlo hacer, tuviera o no reconocimiento científico por la Academia. Esto supuso la penalización de carreras profesionales, en tanto que currículas de ese perfil, nunca alcanzarían el reconocimiento administrativo previo para promocionarse al cuerpo de Catedráticos de Universidad. Desde este punto de partida ha de entenderse la escasa ratio de mujeres en puesto de relevancia universitaria y su paradójica excesiva visibilidad⁷.

7 Como respuesta a esta situación de desigualdad fáctica en la Universidad, el 31 de agosto de 2021, el Consejo de Ministros español aprobó el Anteproyecto de la futura Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU). El artículo El artículo 52 de la norma permite a las universidades adoptar “medidas de acción positiva” en la asignación de plazas de profesores. “Se podrá establecer medidas de acción positiva en los concursos de acceso a plazas de personal docente e investigador funcionario y contratado para favorecer el acceso de las mujeres”, señala el texto. Para ello, “se podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el cuerpo docente o categoría de que se trate”.



Ante este precipicio patriarcal –o techo de cristal– algunas de las compañeras teóricas optaron por el disfraz. Se trataba de tener un doble *curriculum*: uno para “lo importante” (el científico), y otro “el de género”, que era el que las hacía ser ellas mismas y con el que se identificaban. Esta violencia –que es discriminación de género– que obligaba a hacer renuncias o a utilizar escondites, es sin duda, otros de los obstáculos que el Patriarcado insiste en poner en los caminos promocionales de las mujeres, eso sí, disfrazado de objetividad académica donde éstas no tienen voz entre otros motivos, porque no están; y sin estar, claramente no se puede participar.

Ello obligaba, siendo coherente con el compromiso feminista de lucha por los derechos de las mujeres como ciudadanas, a pelear y pleitear. Y es que tal y como definiera Simone de Beauvoir en 1963 el feminismo, es “una manera de vivir individualmente y una manera de luchar colectivamente”⁸. No podía admitirse esta violencia y en ningún caso aceptar impávidas el no reconocimiento de un esfuerzo epistemológico más que necesario para cambiar el mundo y no sólo el jurídico. Finalmente se consiguió que se recogiera como un ítem de calidad en las leyes –tal y como abordaremos más adelante– pero es de sobra conocido que no basta con tener buenas leyes –si es que esto fuera posible–, sino buenas prácticas y mejores sentencias.

Falta mucho por cambiar, y no se desconoce la enorme dificultad que implica penetrar en las prácticas contaminadas y correosas del patriarcado. De cualquier manera, aun sabedoras del largo camino hacia la igualdad y de nuestra responsabilidad como agentes de cambio, también conocemos por experiencia propia que –aun hoy– seguimos sin tener poder fáctico y masivo para modificar el *status quo* subordinatorio.

8 Según explica Teresa López Pardona, doctora en Filosofía y experta en de Beauvoir con la Tesis “Simone de Beauvoir, una filósofa del siglo XX”, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 1998. Al respecto, véase también la entrevista en « El pensamiento feminista de Simone de Beauvoir », en www.amecopress.net.

III. Reflexionando sobre avances jurídicos y debilidades de implementación

Pero justo es también pararse a reconocer los avances conseguidos, tras tanto esfuerzo iusfeminista. Algunos que merecen ser destacados con orgullo en España son la aprobación de leyes orgánicas, luego de obligado cumplimiento, tales como la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de Género, conocida popularmente como Ley integral; y de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y puestas a valorar los resultados de las batallas, no podemos desconocer los conseguidos a nivel autonómico, en buena medida más acertados que los nacionales. En lo que a Andalucía se refiere, sin duda debemos destacar la importancia de la aprobación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía y la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género recientemente modificada⁹, en julio y septiembre de 2018, para adecuarlas a los requerimientos y compromisos internacionales recogidos en el Convenio de Estambul, entre otros.

Desde el feminismo jurídico español, colaboramos para que estas leyes referenciales fueran una realidad. Seguramente nos equivocamos en algunas medidas. Nadie está libre del error, y menos las teóricas feministas que, al menos desde el mundo del Derecho, vamos a tientas y por intuición, (casi con el método del ensayo y error) buscando alternativas a este Derecho excluyente y falsamente universalista que nos rige y que aprendimos –porque así se enseña aún– en las Facultades de Derecho. No obstante, un buen día –en ningún caso de manera azarosa– y por unanimidad, vieron la luz.

Pero tras un primer paso, viene el segundo, y tras éste, el tercero. Es verdad que el Derecho no hace milagros. Eso lo sabemos, pero lo cierto es que

⁹ Fui compareciente en el Pleno del Parlamento Andaluz, el 17 de diciembre de 2013 y 19 de junio de 2018. Grupo de trabajo: Análisis y revisión de la situación y medidas para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía. Anteproyecto y Proyecto de modificación de las Leyes 12 y 13/2007, de 26 de noviembre. <http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/actualidad/detallesalbum.do?id=86874&idalbum=35563>



antes no disponíamos de un instrumento jurídico que nos mirara como ciudadanas, aunque sí como colectivo y si es posible “vulnerable”, mejor. Resta un sinfín de cosas: reglamentación de las medidas; dotación humana y presupuestaria; compromiso serio y convencido de las y los responsables políticos en torno al *gender mainstreaming*; urgencia de incorporarla en sus agendas públicas; presencia equilibrada y activa de las mujeres en todos los ámbitos social, económico, cultural, político... entre un largo, larguísimo etcétera. El principio del *gender mainstreaming*, principio vinculante abrazado por todos los países que hicieron suyos los acuerdos alcanzados en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres en Beijing reatraviesa (y ha de reatravesar) cada uno de los objetivos a los que deben dirigirse todas las medidas legislativas y de acción política adoptada por éstos en un futuro inmediato. Y la fundamentación última de esta responsabilidad deriva de considerar la igualdad como “un derecho humano compuesto por distintos elementos: la igualdad como igualdad sustantiva o de resultados, la igualdad como discriminación y la igualdad como responsabilidad estatal” (Facio, 2014, p. 19) superando su mera visión como principio sistémico.

Pero el aún talón de Aquiles de todo este hacer jurídico y político, sigue descansando en la deficiente formación en género de la ciudadanía en general y especialmente de quienes están comprometidos con la puesta en marcha de este nuevo marco de trabajo jurídico antisubdiscriminatorio¹⁰.

Y es que, a nivel nacional y transcurridos más de 15 años de la aprobación de la unánime L.O.1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que obliga a formar en Violencia e Igualdad de Género (Derecho antidiscriminatorio moderno), se sigue incumpliendo el mandato vinculante formativo, y desde luego la Universidad no es inmune a dicha (ir)responsabilidad. La Ley Integral reza que “las universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género”. Asimismo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva

¹⁰ Para una lectura clarificadora de lo que supone este nuevo marco de trabajo jurídico, remito a Barrère, M.A., *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubdiscriminatorio*, Ediciones Olejnik, 2019.

de Mujeres y Hombres establece que “en el ámbito de la educación superior, las administraciones públicas fomentarán la enseñanza y la investigación sobre el significado y alcance de la igualdad entre mujeres y hombres (...). Promoverán la realización de estudios e investigaciones especializadas en la materia”. En Andalucía, incluso, la destacan como un ítem obligado de calidad, tal y como se deduce de su art. 21.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la Igualdad de Género en Andalucía: “El sistema universitario andaluz promoverá que se reconozcan los estudios de género como méritos para tener en cuenta en la evaluación de la actividad docente, investigadora y de gestión del personal docente e investigador de las universidades públicas de Andalucía”. Y si, pese a todo, hubiera alguna duda al respecto de esta obligación jurídica, el art. 20.2.¹¹, modificado por ley 9/2018, de 8 de octubre, –e insistiendo en la especial formación en Ciencias Sociales y Jurídicas–, concluye que “El sistema universitario andaluz adoptará las medidas necesarias para que se incluyan enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres en los planes de estudios universitarios que proceda. De manera especial, en enseñanzas universitarias oficiales de grado, máster y doctorado en *Ciencias Sociales y Jurídicas*”.

Sin embargo, actualmente inmersos en una etapa de cambio de los programas de estudios (EEES), –etapa oportuna y propicia para haber integrado al menos una asignatura transversal y troncal que podría denominarse “Género y Derecho” vinculada al área de Filosofía del Derecho, por ser teoría crítica–, paradójicamente aún no tenemos recogido en la Universidad española, formalmente de manera reglada en las Titulaciones jurídicas universitarias, –a excepción de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) y más recientemente la Universidad del País Vasco (UPV)– esta obligación por Ley Orgánica de formar en género, y el resultado de esta laguna es la salida al mercado de juristas (abogada/os, jueces, fiscales...), sin conocimiento alguno de esta metodología para abordar el nuevo marco jurídico comprometido internacionalmente.

¹¹ Este artículo 21, apartado 2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, sufrió modificación por el artículo único 16 y 17 de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, incidiendo en la especial formación en el área de Ciencias Sociales y Jurídicas. BOE-A-2018-15239



IV. La apuesta por la innovación docente y la formación en género

Así las cosas, en 2007 y a propuesta de profesorado experto en Igualdad y Derecho antidiscriminatorio adscrito al departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, en España, se comenzó a impartir una asignatura de Libre Configuración denominada “Violencia de Género y derechos Humanos”. La respuesta del alumnado de la Universidad fue masiva, y tremendamente exitosa, siendo seguida por estudiantes de Medicina, Psicología, Ingeniería, Educación, Ciencias del Trabajo, Educación Física, y Derecho.

Tras impartirse altruistamente y sin descarga docente, hasta 2012 inclusive, solicité nuevamente y con informe favorable del Decano de la Facultad de Derecho, un Proyecto de Innovación Docente (en adelante, PID 11-220) dirigido al alumnado de todas las titulaciones jurídicas, sobre “Introducción de la perspectiva de género en la formación universitaria en Derecho”¹², proyecto que fue renovado en su segunda edición (PID 12-22) y que finalizó en 2013. Posteriormente, la necesidad de continuar impulsando dicha formación al alumnado me instó a solicitar otro Proyecto de Innovación Docente (PID 14-32), esta vez bajo el título “Género y Derecho: hacia una formación reglada”¹³, desde 2014 hasta el año en curso, 2016. De este modo, pretendía responder –modestamente– a la exigencia del legislativo que obliga a formar en género al alumnado universitario, y como no, con especial incidencia en la formación de las y los futuros juristas. Reparar y formar a profesionales del Derecho en la complejidad del *gender mainstreaming* era, en primer lugar, el objetivo de este proyecto, al constatar que el desconocimiento de la metodología de género perpetúa e incrementa la discriminación, aunque esta vez desde la estructura jurídico-política formulada, en teoría, para erradicarla.

El segundo de los objetivos, asimismo, pretendía cotejar la experiencia

12 Los resultados de dicho proyecto pueden consultarse en Gil Ruiz, J. M. (2014). “Introducción de la perspectiva de género en las titulaciones jurídicas: hacia una formación reglada”, en *Revistas de Educación y Derecho*, Universitat de Barcelona, nº 10.

13 Los resultados de dicho proyecto pueden consultarse en Gil Ruiz, J. M. (2015). “Formación en Derecho antidiscriminatorio: carencias e incumplimientos institucionales”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 13, nº 26, 49-77.

interdisciplinar propuesta, con la asignatura específica “Violencia de Género y derechos humanos” impartida por el Departamento de Filosofía del Derecho, abierta a todo el alumnado universitario (no sólo a juristas) y que tantos éxitos cosechó. La respuesta por parte del alumnado –a través de un exhaustivo estudio cuantitativo que puede consultarse en el proyecto–, la esperada: quiere un compromiso institucional mayor con la formación en Igualdad y Derecho antidiscriminatorio en sus estudios universitarios superiores que apueste por una formación reglada y específica, más allá de una práctica aislada de género en las distintas áreas de conocimiento jurídico.

El tercer objetivo implicaba involucrar los trabajos fin de grado, así como el seguimiento y valoración de una nueva asignatura incorporada en cuarto curso al Grado en Criminología, bajo la desafortunada rúbrica Violencia doméstica y de Género. Para ello optamos por un estudio cualitativo, requiriendo información directa del alumnado inscrito en la misma.

Los proyectos beneficiaron al alumnado de la Licenciatura de Derecho; de las dobles titulaciones Derecho-Ciencias Políticas, Derecho-ADE, así como a los del Grado en Derecho, el Grado en Ciencias Políticas y los dobles grados, e involucró a casi todos los departamentos y áreas jurídicas de la Universidad; a saber: Derecho Romano, Historia del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derecho Eclesiástico del Estado, Derecho Penal, Derecho Internacional Público y Privado, Derecho del Trabajo, Derecho Administrativo, y como no, Filosofía del Derecho. Posteriormente, la dirección de un nuevo proyecto docente (PID 14-32), ejecutado durante los años 2014 a 2016, permitió sumar a esta iniciativa al alumnado del Grado en Criminología. En todos ellos han participado 17 profesoras de la UGR y dos profesoras de Universidades distintas a las de Granada (Castilla La Mancha y Nanterre-Paris Ouest), interesadas en participar y trasladar la experiencia a su comunidad universitaria,

El éxito de dichas iniciativas de innovación docente fue reconocido por la ANECA valorándolo como el mejor proyecto de innovación de la UGR, y logramos externalizar las iniciativas en Congresos Pedagógicos Internacionales en Paraguay (octubre de 2014), México (noviembre de 2014), Francia (marzo de 2015), Oñate (junio de 2015) y Talavera de la Reina (junio de 2016).



Asimismo, la paralela urgencia de formación del profesorado universitario auspició el impulso de cursos formativos dirigidos a éstos, algunos específicos para Derecho, como es la Propuesta formativa “El nuevo derecho antidiscriminatorio y la obligación de formar y formarse en Género” de 72 horas, del que fui Directora, y otros abiertos a toda la Comunidad docente (3 ediciones, desde 2012 a 2016), como las distintas ediciones del Curso de Formación en Igualdad para el Profesorado de la UGR (50 horas), a través de la Unidad de Igualdad, del que fui coordinadora académica. Ambos fueron avalados por el Vicerrectorado para la Garantía de la Calidad de la Universidad de Granada, sobresaliendo con la mejor calificación por parte del profesorado, de entre todos los cursos organizados para la formación docente universitaria.

En la actualidad, y gracias a la oportunidad que nos ofrecen las TICs, hemos elevado esta formación contrastada a través de un MOOC¹⁴ (*Massive Online Open Course*), curso en línea y en abierto, que pretende llegar, de manera altruista y masiva a quienes se interesen por la misma.

V. Formación reglada en teoría crítica iusfeminista: un reto de futuro

Partiendo de todo el panorama anteriormente descrito, lo cierto es que la laguna formativa reglada iusfeminista en Derecho sigue sin cubrirse, en espera de que la propuesta de Real Decreto por el que se establece la Ordenación de las Enseñanzas Oficiales en el Sistema Universitario Español, presentada en mayo de 2020 se haga una realidad. Según reza el artículo 3.4 del mismo:

¹⁴ Nos referimos al MOOC Masculinidad y Violencia, ofrecido por la Universidad de Granada (España), como actividad transversal en la modalidad de aprendizaje en línea. Para ello, los módulos han sido diseñados y estructurados por un equipo multidisciplinar integrado por miembros del profesorado y del personal investigador de la Universidad de Granada (Miguel Lorente Acosta y Juana María Gil Ruiz) y colaboraciones expertas en la materia de otras universidades españolas (Octavio Salazar y Anastasia Téllez). En la primera edición de este MOOC, durante el curso 2020, un total de 5.622 personas a nivel mundial han seguido y beneficiado de manera gratuita de los cuatro módulos que constituyen este macro curso.

“Entre los principios generales que deberán inspirar el diseño de los nuevos títulos, los planes de estudios deberán tener en cuenta los Objetivos de Desarrollo Sostenible y, en particular, que cualquier actividad debe realizarse:

Desde el respeto a los derechos fundamentales y de igualdad entre hombres y mujeres, debiendo incluirse, en los planes de estudios, enseñanzas relacionadas con dichos derechos, conforme a las competencias inherentes al título (...).”

Pero toda esta experiencia tenía que marcar –como no podía ser de otro modo– la que es mi línea de investigación actual¹⁵, absolutamente convencida, de que docencia e investigación se dan la mano y se retroalimentan. En este sentido, definiendo que una deficiente e ignorancia grave de la metodología de género y de lo que implica el compromiso vinculante con el *gender mainstreaming*, supondrá el fracaso y desmantelamiento de todos los esfuerzos jurídicos impulsados para erradicar las violencias de género.

Y es que estoy persuadida de que su erradicación o minimización no sólo requiere de una revisión jurídica, sino de algo más. De nada me sirve una reforma legislativa, si sus operadores siguen sin conocer la base y herramientas epistemológicas para diagnosticarla y abordarla. En este sentido, no hace mucho tiempo que la investigación ha constatado que, en muchos campos del conocimiento científico, desde las humanidades hasta la medicina, sin olvidar la ingeniería o las ciencias sociales, las variables sexo y género no ocupan el lugar que merecen como categorías epistemológicas óptimas de análisis de la realidad, detectando errores graves o denunciando parcialidades descriptivas y prospectivas de importantes e intocables conceptos y teorías. El Derecho y el conocimiento científico no han quedado al margen de estos errores, y esto obliga a incorporarlas desde el inicio explicativo de las bases primigenias y

¹⁵ Actualmente soy responsable principal de los proyectos de investigación I+D+i FEDER-Andalucía, B-SEJ-165-UGR18, Derecho antidiscriminatorio y Género: retos y desafíos contra las violencias de género y del PID2019-108526RB-I00, Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*. En ambos proyectos participa todo el profesorado que originariamente apostó por innovar la docencia jurídica desde esta metodología y en el que se hace referencia en el texto.



fundamentos del fenómeno jurídico, lo que afecta a la investigación y, sin duda a la docencia –convulsionando el modelo científico-académico– y a la formación de las y los futuros juristas, junto al de resto de profesionales implicados, en la erradicación de las violencias de género (profesionales de la salud, equipos psico-sociales, cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado...). Las modificaciones jurídicas no han sido menores y han alcanzado desde el propio principio de igualdad, reconceptualizándolo, hasta el propio concepto de discriminación –ahora estructural–, que supera el tradicional enfoque aristotélico transmitido en las Facultades de Derecho, generación tras generación.

No es el momento, por cuestiones de brevedad, de detenerme en ello, pero prueba de que se requiere la intervención urgente de la Filosofía del Derecho iusfeminista (Gil Ruiz, 2021) en este nuevo marco de trabajo, descansa en la necesidad de revisar categorías científico-jurídicas que, sin duda, chirrían¹⁶, a poco que se las someta a un mero proceso de verificación y/o falsación de las mismas –como es el caso de la alevosía en casos de violencia de género; o la reformulación de algunas de las exigencias típicas para estos supuestos, como es el criterio de la habitualidad¹⁷. Ídem con respecto a la deconstrucción de categorías e instituciones –como la “discriminación” y la familia- supuestamente neutros pero androcéntricos, ocultadores de las relaciones de poder.

Y es que como vengo insistiendo desde hace mucho tiempo, incorporar la perspectiva de género en los estudios jurídicos no es una cuestión de sensibilidad ni de intuición. Tampoco se resuelve “agregando” la palabra mujeres a los estudios o discursos elaborados al respecto. Hay

¹⁶ Un buen ejemplo podemos encontrarlo en el debate reciente en torno a la sentencia de la Manada, finalmente calificada de violación múltiple (delito continuado de agresión sexual), que no abuso sexual, durante las Fiestas de San Fermín, según sentencia del TS de 21 de junio de 2019. Actualmente, España se encuentra en pleno proceso legislativo. El 3 de marzo de 2020, fue aprobado en Consejo de ministros, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual; y el 6 de julio de 2021 en fase de Proyecto. Seguramente, a la publicación de este artículo, esta Ley sea una realidad.

¹⁷ En torno a mi posición al respecto, véase Gil Ruiz, J.M., “*The Woman of Legal Discours; a contribution from the Critical Legal Theory*”, *Quaestio iuris*, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 2114-2148, DOI: 10.12957/rqi.2015.18806

que aprenderla y aprehenderla (con una enorme H intercalada) y no se adquiere con la realización de un curso, de un máster o de un experto. No es una cuestión de cantidad –que también– sino de calidad.

Pero por si esto no fuera suficiente, la alargada sombra de incipientes reformas legislativas refractarias, los recortes salvajes que condenan a la decapitación de las Leyes de Igualdad y de erradicación de las Violencias de Género; el peligro de disolución del concepto de violencia de género (como discriminación estructural) en violencia doméstica o familiar (como colectivo vulnerable), el escaso compromiso serio y riguroso de los agentes políticos y sociales con la igualdad efectiva ciudadana, entre un largo etcétera, vuelven a poner en la picota objetivos, que creíamos conseguidos, pero que están condenados –de no unirnos– a convertirse en anécdotas históricas de un grupo de mujeres que creyeron, ingenuamente, que otro mundo era posible –y más aún desde el Derecho–.

VI. A modo de colofón

Acabo mis palabras apelando a la unión de los Feminismos, sin intención de homogeneizarlos o desvestirlos de su identidad. Sin duda, en la riqueza está la disidencia. Pero corren malos tiempos para las mujeres, como ciudadanas –aunque bien es verdad que buenos tiempos, nunca ha habido–, y vuelven a colocarse en un plano residual las reivindicaciones que ahora se entienden secundarias, probablemente porque siempre se pensó que lo eran. Se justifica en temas económicos y de crisis, pero no hay mayor crisis, más allá de la económica, que la de una sociedad “anestesiada” y la de unos gobiernos “hipócritas” que aprovechando este dormitar social, vacían de contenido los compromisos adquiridos internacionalmente tras los esfuerzos denodados de los grupos de mujeres, para que el género pierda su identidad crítica y se diluya en una palabra de moda, vacua, políticamente correcta. Ya sabemos que de éxito también se puede morir y que ahora nos hayamos acostumbrado a escuchar en los discursos políticos las palabras: igualdad de género, violencia contra las mujeres o discriminación, no significa, pese al compromiso político e institucional, que se haya



incorporado de *manera prioritaria* en la agenda política y pública de los Estados y se haya erigido realmente en enfoque principal transversal de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible¹⁸ de la ONU para el 2030.

Da igual que el Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, lo avise de manera insistente en sus Informes apelando a los nuevos retos epistemológicos y jurídicos de futuro, más aún en un marco de pandemia global. “Mientras las mujeres no gocen de empoderamiento económico y social en el mundo laboral, en el hogar y la comunidad, el crecimiento no será inclusivo y no lograremos erradicar la pobreza”¹⁹.

Pero como diría Simone de Beauvoir²⁰, “No olvidéis jamás que bastará una crisis política, económica o religiosa para que los derechos de las mujeres vuelvan a ser cuestionados. Estos derechos nunca se dan por adquiridos, debéis permanecer vigilantes toda vuestra vida”. Quizás, la filósofa francesa se adelantó a eventos como la salida de Turquía del Convenio de Estambul; el estancamiento mundial de los avances de igualdad en un cuarto de siglo según advierte la ONU; o la vulneración de los derechos humanos de mujeres y niñas afganas, prohibiendo incluso la educación secundaria a éstas, por poner apenas tres ejemplos.

He de terminar y quiero hacerlo con la voz de otra mujer, alguien que optó por travestirse para ser leída, y que conoce la impotencia de “gritar a las mujeres” la palabra libertad en una España sorda. Hago mías, pues, las palabras de María Lejárraga²¹ (Martínez Sierra, 1952) en “Una mujer por los caminos de

18 El 25 de septiembre de 2015, 195 países se comprometieron con los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas que marcan la Agenda Mundial hacia 2030.

19 Ver Prólogo de Antonio Guterres, Secretario General de la ONU, en el *Informe sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2018. Accesible en www.unwomen.org

20 Al respecto, remito al estudio de Teresa López Pardona, experta en de Beauvoir, *Simone de Beauvoir, una filósofa del siglo XX*, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 1998.

21 Estas palabras pertenecen a un ensayo de María Lejárraga, quien firmaría buena parte de su obra bajo el nombre de su marido Gregorio Martínez Sierra. Véase Martínez Sierra, M. (1952), *Una mujer por los caminos de España*, editorial Castalia, Instituto de la Mujer, Biblioteca de escritoras, Madrid, 1989. Esta obra ha sido recientemente reeditada bajo el mismo título, aunque con su autoría original: Lejárraga, M. (2019). Madrid: Renacimiento, Biblioteca de la Memoria, nº 65.

España” y las lanzo en este pliego, en espera de que vuelvan a reenviarlas a las mujeres de su vida, y éstas a las del mañana, para que nunca nos olvidemos de que solo juntas conseguiremos eso que se llama libertad.

“No estás a la moda.

Por hoy. Mañana volveré a estarlo.

Mañana tú no estarás aquí.

No importa. Estará alguien que sea como yo.

Y, a través de su convencimiento, yo, esté donde esté,

volveré a sentir el gozo de

mi convicción”

BIBLIOGRAFÍA

Amorós Puente C. (1985). *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Barcelona: Anthropos, 1991.

Amorós Puente, C. (1997). *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Madrid: Cátedra, Col. Feminismos.

Amorós Puente, C. (2004). *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias...* Para la emancipación de las mujeres. Madrid: Cátedra, Colección Feminismos.

Barrère Unzueta, M.A. (2019). *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubordinatorio*, Ediciones Olejnik.

Facio Montejo, A. (2014). *La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad*. México: Colección Reflexiones Contemporáneas.

Gil Ruiz, J. M. (1996). *Las políticas de igualdad en España: avances y retrocesos*. Granada, España: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada.

Gil Ruiz, J. M. (2014). Introducción de la perspectiva de género en las titulaciones jurídicas: hacia una formación reglada. *Revistas de Educación y Derecho*, Universitat de Barcelona, nº 10.



- Gil Ruiz, J. M. (2015). Formación en Derecho antidiscriminatorio: carencias e incumplimientos institucionales. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 13 nº 26, 49-77.
- Gil Ruiz, J. M. (2015). *The Woman of Legal Discours*; a contribution from the Critical Legal Theory. *Quaestio iuris*, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, pp. 2114-2148, DOI: 10.12957/rqi.2015.18806
- Gil Ruiz, J.M. (2021). Reconfigurar el Derecho repensando al Jurista: retos de la sociedad global digital y compromisos internacionales vinculantes. Madrid: *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- Jaggar, A. M. & Young, I. M. (1998). *A Companion to Feminist Philosophy*. Oxford, UK: Blackwell Publishers.
- López-Navajas, A. (enero-abril 2014). Análisis de la ausencia de las mujeres en los manuales de la ESO; una genealogía del conocimiento ocultada. *Revista de Educación*, 363, pp. 282-308. DOI: 10.4438/1988-592X-RE-2012-363-188
- López Pardona, T. (1998). *Simone de Beauvoir, una filósofa del siglo XX*. Universidad de Cádiz: Servicio de Publicaciones.
- Martínez Sierra, M. (1952). *Una mujer por los caminos de España*. Madrid: Editorial Castalia, Instituto de la Mujer, Biblioteca de escritoras, 1989. Esta obra ha sido recientemente reeditada bajo el mismo título, aunque con su autoría original: Lejárraga, M. (2019). Madrid: Renacimiento, Biblioteca de la Memoria, nº 65.
- Massanet, L. (2008). *The Coastal Review: An Online Peer review Journal*, USA.
- Outshoorn, H & Kantola, J. (2007), *Assessing Changes in State Feminism over the Last Decade*, Palgrave Macmillan Publishers.
- Rubio Castro, A. (1997). *Feminismo y Ciudadanía*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.
- Rubio Castro, A. (2013). *Las innovaciones en la medición de la desigualdad*. Madrid: Dykinson.



INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS
EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES