

CIDJLP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

CONVOCATORIA "40 AÑOS DE LA CEDAW"

PROMOVIDA POR EL COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA Y EL CENTRO DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

MARCIA CATINARI. LA CEDAW Y LOS CUIDADOS. POLÍTICAS DE CONCILIACIÓN.

DANIELA ZAIKOSKI. TRATA DE PERSONAS. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN Y EL DEBATE TERMINOLÓGICO. ACCESO A LA JUSTICIA.

ANA LIS PALACIO. MARÍA ALEJANDRA ZUCCHINI. LA VIOLENCIA ECONÓMICA CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

PALOMA GALMES. ANA JOSEFINA VILLAGRA. LA JUSTICIA COMO COTIZADORA DE CUERPOS: LOS QUE VALEN MÁS Y LOS QUE VALEN MENOS.

DOCTRINA

NANCY MERCEDES LUCERO. NUEVOS MODELOS DE FAMILIAS Y TÉCNICAS DE FERTILIZACIÓN HUMANA ASISTIDA: SU RECONOCIMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

ANDREA ESTHER MANAVELLA. LA ESCUCHA DE NNYA EN LA MEDIACIÓN: UN ESPACIO A CONSTRUIR.

JOSÉ BAUDUCCO. INCONSTITUCIONALIDAD DEL COBRO DEL IMPUESTO A LAS GANANCIAS A LOS JUBILADOS Y PENSIONADOS.

VOL. XI N° 1 | DICIEMBRE 2019

ISSN 2313-9285

C|D|J|L|P

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA



PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA



INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato .doc hasta el **9 de julio de 2020** a la dirección jurisprudencia@juslapampa.gob.ar, verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos y no estar pendientes de evaluación en otra publicación.
- Los trabajos deberán ser de índole conceptual, y podrán consistir en un análisis de doctrina o teoría del derecho, de legislación o de líneas jurisprudenciales, así como estudios históricos, sociales o culturales relacionados con temas jurídicos. Se priorizarán los trabajos que hagan referencia a temáticas locales. No se considerarán contribuciones dedicadas a comentar fallos singulares.
- Se admitirán trabajos de autores colectivos (co-autores).
- La extensión del trabajo no deberá exceder las 30 páginas en hoja tamaño A4, escrita con tipo de letra “Times New Roman” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y márgenes de páginas de 2,5 cm. en todos los casos.
- Deberán observar las pautas de formato que se describen en la sección “publicaciones” de la web www.ccjlapampa.blogspot.com

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2019

Presidente

DR. FABRICIO ILDEBRANDO LOSI

Ministros

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

DR. JOSÉ ROBERTO SAPPA

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

ANAVELIA ÁLVAREZ - GRISELDA MANZANO

ROMINA MARASCHIO - LEONARDO PERROUD

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

AVDA. URUGUAY 1097, PISO 3º.

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gob.ar

LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES
Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LOS RESPONSABLES DE ESTA PUBLICACIÓN
NI DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.

INDICE

CONVOCATORIA “40 AÑOS DE LA CEDAW”

PROMOVIDA POR EL COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA Y EL CENTRO DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

- MARCIA CATINARI.** LA CEDAW Y LOS CUIDADOS. POLÍTICAS DE CONCILIACIÓN. 13
- DANIELA ZAIKOSKI.** TRATA DE PERSONAS. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN Y EL DEBATE TERMINOLÓGICO. ACCESO A LA JUSTICIA. 39
- ANA LIS PALACIO. MARÍA ALEJANDRA ZUCCHINI.** LA VIOLENCIA ECONÓMICA CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO FAMILIAR. 63
- PALOMA GALMES - ANA JOSEFINA VILLAGRA.** LA JUSTICIA COMO COTIZADORA DE CUERPOS: LOS QUE VALEN MÁS Y LOS QUE VALEN MENOS. 85

DOCTRINA

- NANCY MERCEDES LUCERO.** NUEVOS MODELOS DE FAMILIAS Y TÉCNICAS DE FERTILIZACIÓN HUMANA ASISTIDA: SU RECONOCIMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL. 109
- ANDREA ESTHER MANAVELLA.** LA ESCUCHA DE NNYA EN LA MEDIACIÓN: UN ESPACIO A CONSTRUIR. 133
- JOSÉ BAUDUCCO.** INCONSTITUCIONALIDAD DEL COBRO DEL IMPUESTO A LAS GANANCIAS A LOS JUBILADOS Y PENSIONADOS. 149

**40 AÑOS DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA
ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE
DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER
(CEDAW)**

**TRABAJOS SELECCIONADOS EN LA CONVOCATORIA PROMOVIDA POR
EL COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES DE LA
PROVINCIA DE LA PAMPA Y EL CENTRO DE CAPACITACIÓN JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA**

LA CEDAW Y LOS CUIDADOS. POLÍTICAS DE CONCILIACIÓN.

Marcia A. Catinari

1. Introducción.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) forma parte del Derecho Constitucional de nuestro país desde el año 1994.¹ La norma internacional exige a los Estados Parte la adopción de medidas tendientes a garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres, a través del desarrollo de acciones positivas en los ámbitos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

A lo largo de su articulado se promueve la erradicación de prácticas discriminatorias hacia las mujeres en las distintas esferas en que desarrollan sus actividades (civil, familiar, laboral, política, económica, geográfica y cultural).

A partir de la ratificación de esta convención, el Estado Argentino se encuentra obligado a presentar informes periódicos ante el “Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer”, órgano que supervisa los progresos realizados por los países signatarios en la aplicación del tratado.²

¹ Aprobada por Naciones Unidas en 1979. Argentina la ratificó el 15 de julio de 1985. En 1994 la CEDAW adquirió jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

² Artículos 17 y 18 de la CEDAW

Uno de los aspectos que aborda la CEDAW es la necesidad de reconocer la responsabilidad común de hombres y mujeres en el cuidado, desarrollo y educación de los hijos (art. 5). Vinculado a este propósito, requiere que los Estados adopten las medidas apropiadas para que las mujeres puedan desarrollarse laboralmente en condiciones de igualdad con los hombres (art. 11).

El análisis de estos postulados evidencia las complejidades que presenta la compatibilización de las tareas de cuidado y las actividades profesionales de las mujeres, a quienes históricamente se les ha asignado la tarea de conciliación entre responsabilidades familiares, autonomía y sostenimiento de la vida humana.

El presente trabajo pretende analizar el impacto de las observaciones emitidas por el Comité de la CEDAW a los Informes VI y VII presentados por nuestro país en torno a las políticas de conciliación entre cuidados y autonomía de las mujeres.

A esos fines, se evaluará cuáles fueron las acciones informadas por el Estado Argentino, las recomendaciones brindadas por el Comité y el análisis de los avances desarrollados en pos de dicha armonización con el propósito de cumplir los objetivos convencionales.

2. El cuidado como actividad de sostenimiento individual y social.

El cuidado personal es un derecho reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos³, conforma uno de los

³Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultural (art. 10.1); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 18.1), Convención de los Derechos

aspectos de la dignidad y resulta inescindible de la condición de la persona humana y sus posibilidades de desarrollarse individual y socialmente.

Puntualiza Carrasco (2003) que las actividades relacionadas con el sostenimiento de la vida humana son las vinculadas a la satisfacción de las necesidades básicas de la vida y constituyen un conjunto de tareas tendientes a prestar apoyo a las personas dependientes por motivos de edad o salud (niños y niñas, adultos mayores, personas enfermas y/o con discapacidad).

Además de las familias, otros actores como el Estado y el mercado interaccionan en el escenario del cuidado con ofertas y destinatarios específicos (guarderías, establecimientos escolares, geriátricos, casas de cuidado, etc.). La presencia e interrelación de estos sujetos conforman el sistema de organización social del cuidado, esto es, la forma de distribuir, entender y gestionar la necesidad de cuidados que está en la base del ulterior funcionamiento del sistema económico y la política social (Arriagada, 2007).

Desde esta perspectiva, el cuidado cumple una función económica dado que su provisión por parte de las familias –y dentro de éstas principalmente por las mujeres- absorbe las brechas de cobertura de la oferta pública y del mercado.

Como se analizará más adelante, las políticas de conciliación y corresponsabilidad operan en este ámbito para eliminar la discriminación de las mujeres basadas en funciones estereotipadas acerca del cuidado.

de las Personas con discapacidad (arts. 23.3. y 23.5), entre otros que abordan el cuidado tangencialmente.

3. El valor económico del cuidado.

A partir del desarrollo de la industrialización y el avance del sistema capitalista, se profundizó la función básica de los hogares como centros de gestión, organización y cuidado de la vida.⁴

Señala Carrasco que algunos factores, como la centralidad de la producción mercantil, la dependencia del salario de una parte importante de la población y la cultura de trabajo masculina han contribuido a oscurecer la relevancia de los procesos de sostenibilidad social y humana, haciendo difícil la comprensión de las conexiones e interdependencias que mantienen con la producción capitalista (2003).⁵

La mercantilización como objetivo económico básico ha provocado que el cuidado no sea visto como un trabajo, representando una economía que no es tomada en cuenta en la diagramación de los indicadores socioeconómicos de los países.

Asimismo, el peso de la tradición y de las prerrogativas del trabajo reproductivo según el género⁶ han contribuido a naturalizar

⁴Desde los inicios de la humanidad cada sociedad ha intentado, con mayor o menor éxito, distintos mecanismos para cubrir las necesidades de las personas aunque generalmente los procesos de reproducción y vida fueron siempre resueltos desde los hogares.

⁵ La autora indica que la invisibilización del sostenimiento y cuidado de la vida humana obedece a dos razones: una es la fuerza del patriarcado que define e impone su concepción del mundo y construye las estructuras sociales y los valores que deben categorizarse como universales y, por otro lado, el funcionamiento de los sistemas económicos que han dependido históricamente de la esfera doméstica manteniendo una determinada estructura familiar que les permite asegurar la necesaria oferta de trabajo a través del trabajo de las mujeres (Carrasco, 2003)

⁶ En "Calibán y la bruja" (2018), Silvia Federici reseña que con el advenimiento del capitalismo operó la devaluación del trabajo reproductivo y la pobreza fue feminizada. En el nuevo régimen capitalista (S.XVI en adelante) las mujeres se

la gratuidad de estas tareas desarrolladas principalmente por mujeres, pues “a pesar de que las legislaciones igualitarias avanzan en el plano legal, tienen fuertes dificultades para avanzar en el orden de las prácticas sociales minusvaloradas por siglos” (Femenías y Rossi, 2018).⁷

Los debates y conceptualizaciones del feminismo lograron correr el velo que naturalizaba la configuración de género sobre la que se sostenía el modelo familiar del hombre proveedor y mujer ama de casa, que al mismo tiempo devaluaba el trabajo reproductivo y de cuidados no remunerado que se asignaba a las mujeres.

Este cambio de paradigma vislumbró el valor económico del cuidado y así fue reconocido por el Comité de la CEDAW en su Recomendación General N° 17 (1991) al determinar que la medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer contribuye al desarrollo de cada país y ayuda a poner de manifiesto la función económica que, de hecho, desempeña.

La adecuada ponderación de las actividades de sostenimiento vital confluye con los propósitos de la CEDAW en cuanto a visibilizar la cualificación de los cuidados, incorporar su tratamiento a la agenda pública de los Estados y propender a una distribución equitativa de estas tareas sin diferencias asociadas al género.

4. ¿Qué establece la CEDAW en torno a la provisión de cuidados?

convirtieron en bienes comunes y su trabajo fue definido como un recurso natural que quedaba fuera de la esfera de las relaciones del mercado.

⁷ Las investigaciones sobre el uso del tiempo de los hombres y las mujeres muestran que éstas invierten mayor tiempo en el trabajo no remunerado que en el remunerado. Armstrong (2008) señala que el trabajo que las mujeres invierten en el cuidado de los demás representa una “economía subterránea”.

La CEDAW exige a los Estados Partes la adopción de medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta existentes a fin de eliminar los prejuicios y prácticas basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5 inc. a).

Los estereotipos de género a los que alude el tratado refieren a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. La asignación de estereotipos involucra el proceso por el cual se le atribuye a las mujeres características o roles determinados en razón de su pertenencia a un grupo (Cook y Cusack, 2010).

Particularmente, el liderazgo que asumen las mujeres en torno a la provisión de cuidados y su calificación social de cuidadoras primarias se fundamenta en un rol estereotipado.

El art. 5 a) de la CEDAW exige que los estados transformen las normas patriarcales y enfatiza la obligación de lograr la modificación del *statu quo*. Todas las ramas del poder público deben garantizar que la dignidad inherente a las mujeres sea respetada y protegida y que se eliminen las jerarquías de género en las prácticas y leyes que construyen a los hombres como superiores a las mujeres.

En su Recomendación General N° 25, el Comité instó a adoptar medidas “para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas, de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente”.⁸

Vinculado a un rediseño de roles, el art. 5 b) de la Convención reconoce la responsabilidad “común” de hombres y mujeres en lo relativo a la educación y el desarrollo de los hijos.

⁸ RG N° 25, párrafo 10. 30º periodo de sesiones (2004).

La política de distribución de tareas de cuidados impacta en el plan de vida y trayectoria profesional de las mujeres. La responsabilidad compartida que prevé la CEDAW es superadora del estereotipo de “cuidadora por naturaleza” atribuido a la mujer por considerársela portadora de los atributos de sensibilidad, afectuosidad y altruismo y sobre cuyas características se presume que es la más idónea para asumir primariamente tales responsabilidades.⁹

Otro de los aspectos relacionados con la eliminación de estereotipos en torno al cuidado es la equiparación en los desempeños laborales de hombres y mujeres. En este sentido, la CEDAW exige a los países signatarios la adopción de medidas apropiadas para eliminar la discriminación en la esfera del empleo, a fin de que las mujeres puedan desarrollarse laboralmente en condiciones de igualdad con los hombres (*art. 11*).

Los estudios de género vinculados al análisis de brechas salariales y segmentación del mercado de trabajo analizan de qué forma los estereotipos de género instalados en la sociedad se trasladan a las ocupaciones. En esta línea, Anker (1998) y Rojo Brizuela y Tumini (2009) ponen de relieve que los atributos positivos asociados a las mujeres contribuyen a considerarlas adecuadas para desarrollar ocupaciones relacionadas con el cuidado, salud, educación, servicio doméstico y tareas administrativas, mientras que las descalifican para asumir cargos jerárquicos y ocupaciones que demandan ejercicio de liderazgo y calificación técnica y profesional.

⁹Los estereotipos prescriptivos según los cuales las mujeres deben ser madres, amas de casa y cuidadoras son tanto prevalentes como persistentes y las coloca en una situación de desventaja en todas las culturas. Los estereotipos que se derivan de esta premisa tienen una larga historia de ser usados para justificar la exclusión de las mujeres de la vida pública (Raday, 2007).

5. La actuación del Comité de la CEDAW. Informes y Observaciones con relación a Argentina. Los reportes en torno al “cuidado”.

El Comité de la CEDAW supervisa el cumplimiento de la Convención por parte de los Estados, quienes están obligados a presentar informes periódicos “sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de cualquier otro tipo” que hubieran sido adoptadas para implementar la Convención, así como “sobre los progresos realizados al respecto” (art. 18).¹⁰

Desde la ratificación de la CEDAW en 1985, Argentina ha presentado 7 informes al órgano de la Convención¹¹ dando cuenta de las acciones positivas y políticas públicas implementadas para acelerar el proceso de igualdad entre hombres y mujeres (art. 4).

Dentro del elenco de acciones, nuestro país reportó los avances realizados en torno a la política de cuidados, la superación de estereotipos de género en las responsabilidades familiares y la promoción de la integración de las mujeres en las actividades públicas y el mercado de trabajo.

5.1. Sexto Informe presentado por Argentina. El 8 de setiembre de 2008 Argentina presentó ante el Comité de la CEDAW

¹⁰ Además de la función de supervisión y control, el Protocolo Facultativo de la CEDAW ratificado por Argentina en 2007 permite a personas o asociaciones elevar al Comité denuncias por violaciones a la Convención cuando no encuentren en su país tutela judicial o administrativa rápida y efectiva.

¹¹ Informe I –inicial- (1986); Informe II (1992); Informe III (1996); Informe IV (2000); Informe V que fue desdoblado en V (2002) y V2 (2004); Informe VI (2008) e Informe VII (2015). La numeración de los informes –el último es el VII- no coincide con la cantidad de informes presentados (8) en razón de que el Informe V fue elevado en dos partes.

el Sexto Informe periódico en virtud del art. 18 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, comprensivo del periodo 2004-2007 bajo la presidencia del Dr. Néstor Kirchner.

A modo introductorio, se resalta la adopción de una política de Derechos Humanos como eje central de la gestión del Estado que tuvo como necesario correlato “una activa política de promoción de la igualdad y de equidad entre varones y mujeres” y una “mayor armonización entre la vida laboral y la vida familiar” (p. 6, parte general).

La parte especial sistematiza la actuación del Estado en el cumplimiento de los artículos 1 a 14 de la CEDAW. En dicha sección, se aborda la problemática en torno al cuidado en el análisis del art. 11, específicamente en el tratamiento de discriminación por razón del género en la esfera del empleo.

El aspecto más sobresaliente en materia de cuidados fue la asignación de valor económico a las tareas de reproducción social *a los fines previsionales*.

Bajo el subtítulo “Seguridad Social” se listan los avances realizados a partir de 2004 en el ámbito legislativo que lograron visibilizar la importancia de las tareas realizadas en el hogar y su impacto en la previsión social de las mujeres. En esta línea, por primera vez en su historia, se otorgaron beneficios jubilatorios a las mujeres por su desempeño en las tareas del hogar. A través del Decreto N° 1454/2005¹² que estableció una modificación a la Ley N° 24476 (Régimen de Trabajadores Autónomos) se permitió que las mujeres con 60 años cumplidos que nunca habían realizado aportes al sistema previsional pudieran inscribirse como trabajadoras

¹² Este decreto fue conocido popularmente como “jubilación para las amas de casa”.

autónomas e incorporarse a un plan de facilidades de pago a fin de obtener su jubilación.

Se destaca, así, la importancia del reconocimiento a la labor de cuidado “por la dimensión que tiene el sector de la población que ellas representan y porque la incidencia que el trabajo doméstico tiene para las mujeres es una de las principales causas de inequidad previsional que padecen” (p. 56).

A la par de esta medida, se informó la elaboración por parte del Ministerio de Trabajo de un “Programa Seguro de Capacitación y Empleo para el Servicio Doméstico” a fin de implementar medidas tendientes a fortalecer el empleo de las trabajadoras domésticas que presenten mayores dificultades de inserción laboral, promoviendo su especialización o profesionalización para fortalecer sus capacidades.

Finalmente, se observa que las medidas informadas en este periodo se ubican, principalmente, en la esfera de la seguridad social, sin expandirse a otros ámbitos de acción.

5.2. Observaciones finales del Comité de CEDAW al Sexto Informe presentado por Argentina. El 16 de agosto de 2010 el Comité emitió sus Observaciones al Sexto Informe de Argentina en sus sesiones 926° y 927° celebradas el 13 de julio de 2010.

En materia de “Empleo”, instó al Estado Argentino a garantizar una mejor aplicación de su legislación laboral, poner remedio a las desigualdades salariales, alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales, proporcionar protección integral a las empleadas domésticas “...y tomar las medidas para proporcionar servicios de guardería económicos y accesibles que permitan a las mujeres conciliar sus responsabilidades laborales y familiares” (ap. 36).

Las recomendaciones en torno a la compatibilización de actividades profesionales y de cuidado se centraron en la implementación de políticas laborales, legislativas y no legislativas tendientes a eliminar las diferencias basadas en el género.

5.3. Séptimo Informe de Argentina ante el Comité de CEDAW. Acciones concretas en política de cuidados. El 2 de marzo de 2015 Argentina presentó el Séptimo Informe Periódico en cumplimiento al art. 18 de la Convención, comprensivo del periodo 2008-2014 bajo la presidencia de la Dra. Cristina Fernández de Kirchner.

“En él se expone el estado de situaciones de las áreas contempladas por la Convención y se retoman las Observaciones Finales del Comité CEDAW al Sexto Informe Periódico de nuestro país y aquellas formuladas en ocasión del informe de seguimiento del año 2012...” (p. 2).

Uno de los puntos más significativos en materia de reconocimiento de las mujeres como sujetos de derecho fue la sanción del Código Civil y Comercial vigente desde el 1º de agosto de 2015.¹³ Este régimen fue diseñado en el marco de una política de Derechos Humanos y de constitucionalización del Derecho Privado que aportó como principal innovación, en lo que aquí interesa, el reconocimiento del valor económico de la labor de cuidados.

Respecto a la igualdad de derechos en materia de empleo y seguridad económica y social (análisis de los artículos 11 y 13 de la CEDAW), se indica que las mujeres continúan enfrentando segregación vertical y horizontal en el ámbito laboral y que su inserción al mundo del trabajo “no trajo aparejada una incorporación masiva de los hombres al mundo del cuidado y las

¹³ Ley N° 26.994 aprobada por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014 y promulgada por Decreto N 1795/14 del 7 de octubre de 2014. Entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

tareas domésticas, produciendo fenómenos como el de la doble jornada laboral...” (p. 15).

Uno de los recursos utilizados para medir la distribución de tareas domésticas y de cuidados ha sido, en este informe, la “Encuesta sobre trabajo no remunerado y uso del tiempo” implementada como módulo de la Encuesta Anual de Hogares Urbanos a cargo del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).¹⁴ La medición reveló que durante el tercer trimestre del año 2013 la tasa de participación en el trabajo doméstico era del 88,9% entre la mujeres y del 58,2% entre los hombres y que del promedio de horas diarias dedicadas al trabajo no remunerado (tareas de cuidado y mantenimiento del hogar) el 76% correspondía a las mujeres y el 24% a los hombres.

El examen de situación pudo reflejar que las tareas de cuidado continúan asociadas al género femenino incluso cuando son desarrolladas por terceras personas a cambio de una remuneración.¹⁵

Por otra parte, se reportó la readecuación de las disposiciones que regulaban el empleo en casas particulares (Dec. Ley 326/56)¹⁶ en el marco de una política de eliminación de

¹⁴ La Encuesta sobre trabajo no remunerado y uso del tiempo fue realizada por el INDEC en el tercer trimestre de 2013 con el objetivo de captar información respecto de la participación y tiempo destinado por personas mayores de 18 años a las tareas domésticas, cuidados de los miembros del hogar y trabajos voluntarios. La cobertura de la encuesta fue nacional en localidades de más de 2000 habitantes.

¹⁵ Las tareas que contempla la Ley N° 26.844 “Régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares” son desarrolladas preponderantemente por mujeres. Esta ley, sancionada el 13 de marzo de 2013 representó un avance en la legislación del empleo doméstico, al equipararse en regulación y derechos a las demás actividades laborales con normativa específica. Continúa siendo un problema la devaluación del salario de los empleados/as incluidos en este régimen.

¹⁶ El Decreto Ley N° 326/56 fue sancionado el 14 de enero de 1956. El artículo 1° establecía el ámbito de aplicación, disponiendo que no alcanzaba “a quienes presten sus servicios por tiempo inferior a un mes, trabajen menos de cuatro horas

desigualdades que condujo a la sanción de un nuevo régimen de empleo doméstico.

La Ley N° 26.844 de Régimen especial del contrato de trabajo para el personal de casas particulares” (B.O. 12/04/2013) amplió los derechos de las trabajadoras domésticas al equiparar los beneficios económicos y sociales con los de cualquier otro trabajador/a. Un año más tarde (2014) Argentina ratificó ante la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) el Convenio N° 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, convirtiéndose en el 13° Estado Miembro de la OIT y 7° Estado de América Latina en ratificar esta norma internacional que tiene por objeto mejorar las condiciones de vida y de trabajo de millones de mujeres. A partir de la readecuación normativa se alcanzó una simetría en la situación laboral, previsional y social de las trabajadoras domésticas, quienes a partir de 2013 pudieron obtener una jubilación, acceder a una obra social y contar con la protección de una aseguradora de riesgos de trabajo para contingencias de enfermedad o accidente laboral.

Sin embargo, pese a los avances en la codificación civil y comercial y en el régimen de empleo doméstico, persisten desajustes normativos en la legislación laboral que reproducen estereotipos de género en materia de cuidados.

5.4. Observaciones del Comité de CEDAW al Séptimo Informe. Las Observaciones al Séptimo Informe periódico de Argentina fueron publicadas el 25 de noviembre de 2016. Uno de los aspectos positivos que resaltó el Comité fue el reconocimiento del “...valor económico del trabajo doméstico” por parte del Código Civil y Comercial de la Nación (ap. B inc. c).

por día o lo hagan por menos de cuatro días a la semana para el mismo empleador”

En esta línea evolutiva, sugirió que el país “intensifique sus esfuerzos” y “adopte una estrategia amplia dirigida a las mujeres, los hombres y los niños para superar la cultura machista y los estereotipos discriminatorios” con relación a las responsabilidades familiares de hombres y mujeres (ap. 18) y subrayó la necesidad de asegurar la participación en la vida política y pública de las mujeres, las que se encuentran limitadas por diversos obstáculos, como la desigualdad en la distribución de las tareas domésticas y de crianza de los hijos entre las mujeres y los hombres (ap. 26 b).

En materia de empleo, el Comité instó a recabar información sobre la representación de las mujeres en el sector privado, elaborar estrategias para promover a mujeres en puestos de toma de decisiones con capacitación en aptitudes de gestión y adoptar medidas legislativas y no legislativas para facilitar la conciliación de las responsabilidades laborales y de cuidados de personas, por ejemplo, fomentado acuerdos sobre horarios flexibles (ap. 31, d). Puntualmente, encomendó a crear “más oportunidades para que las mujeres puedan acceder a empleos estructurados, por ejemplo promoviendo el reparto equitativo de las tareas domésticas y familiares entre hombres y mujeres, prestando servicios de guardería suficientes y adecuados y aumentando los incentivos para que los hombres ejerzan su derecho a la licencia parental...” (ap. 31, b).

Las recomendaciones involucran la promoción de categorizaciones en los puestos de trabajo y elaboración de políticas que posibiliten la inserción de las mujeres en el mercado laboral con las mismas posibilidades que los varones.

Importancia del Código Civil y Comercial: Como se expuso, una de las medidas legislativas más importantes adoptadas en este periodo (2008-2014) con impacto en la problemática de cuidados fue la sanción del Código Civil y Comercial (2014). Este código importó la materialización del proceso de readecuación constitucional y

convencional del Derecho Privado que venía desarrollándose, en forma paulatina, a partir de la reforma constitucional de 1994 y la sanción de normas internas que le precedieron con una fuerte impronta de Derechos Humanos.¹⁷

En lo que aquí concierne, el nuevo ordenamiento implicó un avance en recepción de la subjetividad de las mujeres y la compatibilización entre autonomía y responsabilidades familiares al reconocer el valor económico del cuidado y contemplar la provisión de estas tareas en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.

La recepción del cuidado atraviesa numerosas disposiciones del Derecho de Familia¹⁸ en las que se incorporan normas que reconocen valor económico a las tareas reproductivas.

Se establece el cuidado personal compartido de los hijos con modalidad indistinta o alternada (arts. 648 y 650)¹⁹ y se dispone que las tareas de crianza y educación constituyan un aporte a su

¹⁷ las Leyes de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Nº 26061), de Protección Integral de las Mujeres (Nº 26485), de Matrimonio Igualitario (Nº 26618) y de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida (Nº 26862), entre otras, prepararon el escenario para el establecimiento de un nuevo orden interno respetuoso de las obligaciones convencionales. Estas normas siguieron los lineamientos expuestos por la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW, 1979); Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará, 1994) y Convención sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad (2006).

¹⁸ Los arts. 443 y 526 establecen las pautas para la atribución del inmueble que fue sede del hogar conyugal o convivencial, prefiriéndose al progenitor que se hace cargo del cuidado de los hijos.

¹⁹ El nuevo ordenamiento establece la obligación de cuidado de los hijos menores de edad en cabeza de ambos progenitores, eliminando la preferencia que otorgaba a la madre el código velezano con relación a los hijos menores de 5 años (art. 206 CC). Se ha dicho que esta norma, además de carecer de operatividad en progenitores del mismo sexo, la naturalización de las tareas de cuidado en el ámbito de un género predeterminado (femenino) constituía una clara postura discriminatoria (Herrera, Picasso y Caramelo, 2015)

manutención (art. 660). Se contempla, además, la incidencia de las actividades de cuidado en la fijación de alimentos entre cónyuges (art. 443 inc. a), en la determinación de las compensaciones económicas en caso de divorcio o cese de la unión convivencial (arts. 442 inc. b) y 525 inc. b) y se prevé que el trabajo en el hogar resultará computable como contribución a las cargas (art. 455)²⁰

Materia pendiente: La reforma de la legislación laboral.

En el elenco de normas protectorias del trabajo resulta notable la deficiencia de políticas de cuidado y responsabilidad y, en las pocas que existen, las medidas contempladas responden a un patrón patriarcal.

El microsistema de derecho laboral vigente en nuestro país que involucra la LCT, los convenios colectivos de trabajo que complementan la norma general y los regímenes excluidos de la LCT²¹ reflejan, en conjunto, una protección basada en una lógica de diferenciación de dispositivos y titularidad de derechos entre varones y mujeres, pues colocan a éstas como proveedoras casi exclusivas de la obligación de cuidado.

Los distintos órdenes normativos receptan la protección de la maternidad al conceder una salvaguarda especial a las gestantes en forma previa y posterior al nacimiento del hijo a los fines de

²⁰Durante el matrimonio existe un deber de asistencia recíproco (art. 431 CCyC) y las diferencias patrimoniales pudieron haber estado ocultas. Producido el quiebre, tales diferencias se ponen en evidencia, por lo que será necesario compensar el desequilibrio. Una de las pautas a tener en cuenta es la dedicación que cada uno de los cónyuges brindó a la familia y a la crianza de los hijos durante la convivencia y la que prestará con posterioridad al divorcio. (Herrera et al., 2015)

²¹El personal de la administración pública nacional, provincial y municipal, personal de casas particulares y trabajadores agrarios - art. 2) que se regulan por sus propias disposiciones

garantizar su estabilidad en el empleo, asegurar la lactancia materna y posibilitar el acceso a la situación de excedencia laboral.²² Sin embargo, estos beneficios responden a un paradigma discriminatorio si se considera que las normas conciliatorias entre trabajo y cuidado sólo aplican a las mujeres.²³ Un ejemplo de ello es que el régimen de licencias por nacimiento de hijo presenta marcadas diferencias entre varones y mujeres.²⁴

La OIT, a través del Acuerdo N° 183 “sobre protección de la maternidad” (2000) consideró que el mínimo de licencias maternales se debe establecer en 14 semanas, propuesta denominada el “piso maternalista” de las políticas conciliatorias en cuanto exaltan el papel de las madres sin procurar reducir las brechas de género en los cuidados (Blofield y Martínez Franzoni, 2014).²⁵

En los países más innovadores sobre la materia como Suecia, Noruega y Dinamarca que vienen trabajando desde hace tiempo sobre la denominada “crisis de cuidado”, el régimen de licencias es ejercido a través de un sistema intercambiable en el cual, pasado un primer período de protección a la persona gestantes, los progenitores pueden optar de qué forma distribuirán las licencias para el cuidado de sus hijos.

²² Artículos 177, 178, 179 y 183 de la L.C.T.

²³ Las normas laborales en Argentina reforzaron el modelo familiar de “varón proveedor y mujer ama de casa” otorgando a los hombres, en su carácter de jefes de hogar el acceso a asignaciones familiares, seguros de salud y previsión social, mientras que las mujeres titularizaban derechos relacionados en su rol de madres y principales proveedoras de cuidado (FUR, 2018)

²⁴ En el marco de la Ley de Contrato de Trabajo, mientras que la mujer goza de una licencia por maternidad de 90 días corridos encontrándose prohibido el trabajo en ese periodo (art. 177) el padre goza de una licencia por nacimiento de hijo que se reduce a 2 días corridos (art. 172 inc. a). La licencia por nacimiento de hijo para el progenitor ha sido motivada en la necesidad de posibilitar la inscripción del nacido en el Registro Civil –tarea asignada al padre- (y así asegurar la propiedad sobre su descendencia). Tal propósito explica su limitación temporal, por reducirse a un mero trámite administrativo.

²⁵ Este convenio no ha sido ratificado por Argentina.

Esta política iniciada por los países nórdicos reconoció un importante avance en el ámbito de la Unión Europea a partir de la reciente adopción de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea relativa a la “conciliación de la vida familiar y profesional de progenitores y cuidadores publicada el 20 de junio de 2019 en el Diario Oficial de la Unión Europea (Eur-lex)

El nuevo régimen tiende a fomentar la participación de las mujeres en el mercado laboral, mejorar el aprovechamiento de las licencias parentales y lograr la conciliación entre la vida familiar y profesional. En pos de su implementación se otorga a los países integrantes de la UE un plazo de 3 años para adecuarse a la normativa.

Como aspectos más sobresalientes del régimen, se establece que ambos progenitores pueden gozar, como mínimo, de cuatro meses de licencia por nacimiento de hijo, dos de los cuales son intransferibles de un progenitor a otro y remunerados. Asimismo, se incorpora un permiso de cinco días laborables al año para cuidadores a fin de satisfacer necesidades de cuidados o asistencia por motivos médicos y se contemplan fórmulas de trabajo flexible que podrán ser solicitadas por progenitores y/o cuidadores.

La directiva refiere que el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar. De allí que, las políticas de igualdad de trato deben orientarse a hacer frente al problema de los estereotipos de las profesiones y funciones tanto masculinos como femeninos (considerando 11).

Se prevé, así, que la asignación compartida de las licencias de progenitores y cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible (reducción de horas de trabajo, trabajo a distancia y calendarios

laborales flexibles) tendrán un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres así como permitir a las mujeres más tiempo para el trabajo remunerado.

En nuestro país, además del desfasaje entre las licencias de maternidad y paternidad y la ausencia de permisos para atención familiar que presenta la LCT, existe una importante heterogeneidad normativa entre jurisdicciones, sectores y ramas de ocupación, evidenciándose mejores condiciones para quienes trabajan en la administración pública que los que se vinculan al sector privado.²⁶

De las 24 jurisdicciones argentinas, sólo Tierra del Fuego posee un esquema de responsabilidad compartida. En este caso, las mujeres gozan de una licencia de 30 días y los progenitores 15 días posteriores al nacimiento y pasado ese periodo se otorgan 180 días de licencia que pueden dividirse entre ambos progenitores según su propia decisión (Ley N° 911 del 19/12/2012).

Otra implementación pendiente en la LCT es la provisión de salas de cuidado contemplada en el art. 179 LCT. Dicha norma prevé la obligación de los empleadores del sector privado de proveer salas maternales y guarderías cuando empleen el mínimo de trabajadores

²⁶ En la Pampa, la Ley Provincial N° 643 –Estatuto para los Agentes de la Administración Pública Provincial dependiente de los Poderes Ejecutivo y Legislativo- (1974) establece una licencia por maternidad de 30 días previos al parto y 90 días posteriores al mismo, con una ampliación de 30 días por nacimiento múltiple o parto prematuro (art. 133 incs. a, b y d). Para el agente varón, la licencia por nacimiento de hijo se reduce a 10 días laborales (art. 147 inc. a)²⁶ La ley prevé licencia con goce de haberes durante 20 días corridos por año, continuos o discontinuos, prorrogables hasta 180 días sin goce de haberes para asistir a un miembro del grupo familiar enfermo, accidentado o sometido a intervención quirúrgica (art. 127 inc. d). El Reglamento de Licencias del Poder Judicial de la Pampa contempla también 120 días de licencia por maternidad (art. 19) y 10 días laborales de licencia por nacimiento de hijo para el agente, funcionario o magistrado varón (art. 26 inc. b). Por su parte, la Provincia de la Rioja contempla unos de los esquemas más amplios en términos de licencias (210 para las madres y 30 para los padres (Ley N° 8164). De las 24 jurisdicciones argentinas, sólo Tierra del Fuego tiene un esquema de responsabilidad compartida.

que disponga la reglamentación. Esta norma nunca fue reglamentada, dejando a la voluntad de los empleadores la provisión de este recurso.²⁷

Una futura modificación de la legislación laboral debería incluir la posibilidad de optar por jornadas de trabajo flexibles que permita adecuar los tiempos de actividad laboral a las necesidades de vida de las personas, incluyendo: compatibilización de los horarios laborales con los horarios escolares o actividades extraescolares de los hijos; flexibilidad en el horario de entrada o comienzo de la jornada diaria; reparto de horas semanales, mensuales o anuales según un cómputo acordado con la empresa empleadora; deslocalización del trabajo en el domicilio de los trabajadores, entre otras posibilidades.

Los 43 proyectos de ley que existen en la Cámara de Diputados de La Nación, incluido el presentado por el PEN a fines de 2017, si bien incluyen una ampliación de la licencia por paternidad, ninguno contempla un régimen de paridad igualitario e intercambiable con relación a los cuidado ni alcanzan la diversidad de situaciones que presentan los casos de parejas conformadas por personas del mismo sexo.

A pesar de los avances logrados en el ámbito de los derechos civiles, la legislación laboral experimenta un notorio retraso. Mientras el derecho de familia introdujo un lenguaje neutro en términos de género, iguales responsabilidades parentales y

²⁷ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a una acción de amparo promovida contra el Estado Nacional, declarando la inconstitucionalidad de la omisión del PEN de reglamentar el art. 179 LCT ordenado a subsanar dicha omisión en un tiempo razonable. “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ Estado Nacional s/ Amparo (Ley N° 16986) de fecha 14/2/2017. La causa se encuentra actualmente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la resolución del recurso extraordinario con opinión favorable del Procurador General de la Corte Dr. Víctor Abramovich para la confirmación de la sentencia (3/9/2018).

conciliación de los cuidados, la norma laboral sigue funcionando bajo un paradigma superado.

Otras medidas pendientes de conciliación de responsabilidades:

La política pública de cuidados incluye la adopción de medidas de acción positiva que se traducen en programas de gestión. A continuación, se reseñan algunas de las propuestas disponibles para una conciliación eficaz.

Establecimientos educativos: Sería conveniente extender la oferta de escuelas de doble jornada, jardines maternos y guarderías públicas.²⁸ Asimismo, establecer horarios de ingreso y egreso de los jardines, escuelas primarias y secundarias que permitan compatibilizar los horarios laborales con los escolares.²⁹

Difusión de información: Otra medida aplicable sería elaborar campañas educativas y de información sobre el valor de las tareas de cuidado. Las políticas de corresponsabilidad implican la creación de conciencia acerca de la necesidad de transformar las divisiones sociales y de género prevalecientes en torno al cuidado.

²⁸ Investigaciones recientes han constatado la falta de oferta estatal tanto en el caso de guarderías como de servicios educativos para niños y niñas más pequeños. La asistencia de éstos comprende las guarderías o jardines maternos (de 0 a 2 años) y el jardín de infantes (de 3 a 5 años). Sin embargo, sólo esta última forma parte del sistema educativo, mientras que el jardín maternal se ha desarrollado como función asistencial desestimando su importancia pedagógica y el papel en la organización de los hogares. (Rodríguez Enríquez, 2007)

²⁹ En la Provincia de la Pampa, las salas de 4 y 5 años de los jardines de infantes públicos y privados del turno mañana tienen un horario de actividad de 9 a 12:10 horas; el nivel primario de 8 a 12:15 horas y el secundario de 7:45 a 12:50 horas. La disparidad de horarios de ingreso y egreso de los niños, niñas y adolescentes a los establecimientos escolares resiente definitivamente la organización familiar.

Cuantificar económicamente el cuidado: Resultaría necesario impulsar iniciativas para la inclusión en las cuentas nacionales de una cuenta satélite sobre el trabajo doméstico no remunerado y de cuidado, a fin de conocer su aporte al producto bruto interno (Guía práctica para el enfoque de género en el trabajo legislativo, 2011)

Encuestas de uso del tiempo: Tal como lo observó el Comité de la CEDAW es imperioso promover una política sostenida de encuestas de uso del tiempo en trabajo remunerado y no remunerado en todas las provincias a fin de contar con información actualizada y particularizada que permita el desarrollo de políticas públicas de conciliación de responsabilidades familiares y laborales según las necesidades de cada región y el estrato económico y social en que se ubican las mujeres.

Asignaciones y pensiones: Otra medida propicia sería establecer una asignación por maternidad para las mujeres bajo el régimen monotributista y contemplar el otorgamiento de una pensión a las madres con más de cuatro hijos reduciendo así el número de hijos que determinan el derecho (en la actualidad es siete).

A través de la definición y ejecución de políticas de corresponsabilidad entre Estado, mercado y familias podría alcanzarse una provisión más equitativa de los cuidados a fin de hacer efectiva la inserción laboral de las mujeres.

6. Conclusiones.

El Estado, en cuanto responsable de regular el funcionamiento del mercado de trabajo y generar programas de protección para individuos y familias, participa directamente en la

determinación de la situación social y laboral que ocupan las mujeres y en la asignación de responsabilidades en torno al cuidado.

La CEDAW exige a los Estados la adopción de medidas apropiadas para eliminar la discriminación en la esfera del empleo a fin de que las mujeres puedan desarrollarse laboralmente en condiciones de igualdad con los hombres. Para que la labor de cuidados no genere un impacto diferenciado según el género, la norma internacional contempla la responsabilidad común de hombres y mujeres respecto a la educación y el desarrollo de los hijos.

El análisis de los Informes VI (2008) y VII (2015) presentados por nuestro país al Comité de la CEDAW da cuenta de que el aporte más relevante de la última década fue la sanción del Código Civil y Comercial (2014) que reconoció el valor económico de las tareas de cuidado al incorporar esta noción en la regulación de alimentos y compensaciones económicas a la par que diseñó un sistema de responsabilidad igualitario entre los progenitores con relación a las responsabilidades familiares.

Sin embargo, no se han cumplido suficientemente los lineamientos expuestos por el Comité (2016) en orden a adoptar medidas legislativas y no legislativas que faciliten la conciliación de las responsabilidades laborales y de cuidados de personas. Argentina debe elaborar aún estrategias para promover a mujeres en puestos de toma de decisiones, propender al reparto equitativo de las tareas domésticas y familiares entre hombres y mujeres y prestar servicios de guardería suficientes y adecuados para que las mujeres puedan desarrollarse en sus trayectorias laborales en condiciones de igualdad con los varones.

Las políticas de conciliación constituyen una poderosa herramienta para sortear las inequidades de género y forman parte

de la agenda pública en diferentes países del mundo como estrategia para hacer frente a la “crisis del cuidado”.

La desigualdad se corrige a través del desarrollo de políticas de corresponsabilidad del cuidado entre el Estado, el mercado y las familias que promuevan el ejercicio de los derechos sociales, económicos, políticos y la realización personal y profesional de las mujeres. Algunas de las medidas a implementarse podrían ser la reforma de la legislación laboral, las encuestas de uso del tiempo, la creación de salas de cuidado infantiles, la inclusión del trabajo de cuidado en la economía nacional, entre otras.

La forma en que se distribuyen las actividades de sostenimiento material impacta directamente en la posibilidad de realización profesional de las mujeres. En un modelo constitucional y convencional de Derecho el goce de la autonomía personal y el cuidado deben garantizarse en igualdad de condiciones y circunstancias, mediante herramientas de gestión públicas que contribuyan a eliminar las tensiones existentes.

7. Referencias bibliográficas

- Abrahamovich, Víctor y Pautassi, Laura (2009). “La revisión judicial de las políticas sociales”. *Estudios de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Arriagada, Irma (2007). “Transformaciones familiares y políticas de bienestar en América Latina”. *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*. Santiago de Chile: Libros de la CEPAL 96.
- Anker, Richard (1998). “Géneros y Trabajos”. Segregación sexual en ocupaciones en el mundo”. Ginebra: OIT.
- Armstrong, Pat (2008). “Las mujeres, el trabajo y el cuidado de los demás en el actual milenio” *La economía invisible y las desigualdades*

- de género. La importancia de medir y valorar el trabajo no remunerado*, Washington D.C.: Organización Panamericana de la Salud.
- Batthyány, Karina (2009). “Género, cuidados familiares y uso del tiempo”. *Uruguay desde la sociología VII*. Montevideo: DS-FCS-UDELAR.
 - Blofield, Merike y Martínez Franzoni, Juliana (2014), “Maternalismo, corresponsabilidad y equidad social”, *Política Social: Estudios Internacionales en Género, Estado y Sociedad* 22 (1), 38-59.
 - Rojo Brizuela, Sofía y Tumini, Lucía (2009). “Inequidades de género en el mercado de trabajo de la Argentina: las brechas salariales”. *Revista de Trabajo Nueva Época*, Año 4 N° 6, 53-70.
 - Carrasco, Cristina (2003). “La sostenibilidad de la vida humana: ¿Un asunto de mujeres? *Mujeres y trabajo. Cambios impostergables*. Porto Alegre: Veraz Comunicação.
 - Cook, Rebecca J. y Cusak, Simone (2010) “Estereotipos de Género”, *Perspectivas Legales Transnacionales*. Universidad de Pensilvania (2009). Traducido al español por Andrea Parra, Buenos Aires: Profamilia.
 - Faur, Eleonor (2018). “Género, Diversidad sexual y conciliación familia-trabajo. Contrapuntos entre el derecho de familia y el derecho laboral”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* N° 19, 45-62.
 - Federici, Silvia (2018). “Calibán y la bruja”. *Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Traducción Verónica Hendel y Leopoldo Sebastián Touza, 2º reimpresión. Buenos Aires: Tinta Limón ediciones.
 - Femenías, María Luisa y Rossi, Paula Soza (2018). “El cuidado, ¿Una cuestión de género?” *Cuidados en Salud, Derechos y Género*. Documentos de Trabajo N° 80. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales (UBA), 75-92.
 - Herrera, Marisa (2015). “El Código Civil y Comercial desde la perspectiva de género”. *Revista Jurídica La Ley*, Año LXXIX N° 33. Tomo La Ley 2015-A, 927.
 - Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo II, Buenos Aires: Editorial Infojus.

- INADI (2015). *Hacia una redistribución igualitaria de las tareas de cuidado*, Buenos Aires, INADI, Secretaría de Derechos Humanos.
- Rodríguez Enríquez, Corina (2007). *Economía del cuidado, equidad de Género y nuevo orden internacional*, Buenos Aires: CLACSO. Recuperado de: <http://bibliotecavirtual.clacso.org/clacso/sur-sur/20100705083822/22RodriguezE.pdf>
- RodríguezGustá, Ana Laura y Caminoti, Mariana (2011). “Guía práctica para la incorporación del enfoque de género en el trabajo legislativo”. Documento auspiciado por ONU Mujeres, PNDU Argentina, Consejo Nacional de las Mujeres, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Desarrollo, 1º edición, Buenos Aires.



TRATA DE PERSONAS. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN Y EL DEBATE TERMINOLÓGICO. ACCESO A LA JUSTICIA.

Daniela Zaikoski

Este trabajo se propone dar cuenta de (1) las principales normas que regulan el problema de la trata de personas en el ámbito internacional y nacional, (2) el debate y el problema de cómo denominar este fenómeno atendiendo a con cuáles otros está íntimamente relacionado, ya que (3) dependiendo de esta consideración serán las justificaciones o argumentos que se sostengan en cada caso.

1. El problema de la trata de personas entra al ámbito de la regulación internacional y del derecho interno.

Distintas autoras (Sotelo, 2017; Abramson, 2010) señalan que el tema de la trata de personas y la trata de personas con fines de explotación sexual se instaló como tema de disputa hace aproximadamente dos décadas.

En un informe de la Universidad Nacional del Litoral se expresa que:

Durante el s. XX la trata de personas ha sido objeto de diversos tratados internacionales. Sin embargo, desde el año 2000, con la sanción del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones

Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, los debates en torno a este delito, especialmente con fines de explotación sexual y laboral, se han instalado en la comunidad internacional, como así también en las agendas de los Estados Nacionales, traduciéndose en numerosas reformas penales y en la sanción de leyes integrales para la prevención y asistencia a las víctimas (UNL, Informe, 2017).

Desde el punto de vista de la normativa jurídica, ya la Constitución de la Nación contemplaba el caso de la esclavitud y la servidumbre así como el de los servicios personales.

En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República... (art. 15 CN).

Asimismo declara en su artículo 17 que ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Además, en el caso argentino, debe tenerse en cuenta, el artículo 75 inc. 22 de la CN en cuanto adopta varios tratados de Derechos Humanos, entre ellos la CEDAW y la Convención de Derechos del Niño que contienen disposiciones al respecto.

Si bien existieron regulaciones datadas en la primera mitad del s. XX, siguiendo un orden cronológico de los principales instrumentos normativos¹ dictados con posterioridad, tenemos que:

a).-En 1949, se dictó la Convención para la supresión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.

b).- CEDAW (1979) había señalado que: *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer*(art 6°).

c).- En el ámbito americano se sancionó la denominada Convención de Belém do Pará (1994), que definía la violencia contra las mujeres como: *... cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.* La definición incluye la violencia sexual, violación, maltrato y abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo o cualquier otro espacio, pen los ámbitos familiar, comunitario y aquella ejercida o tolerada por el Estado (art. 2).

d).-La Convención de Derechos del Niño, de 1989 establece que *Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.* Y en su artículo 35: *Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional,*

¹ Puede verse un examen exhaustivo de los instrumentos normativos del país y del Mercosur en Infojus: Dossier: Trata de Personas Selección de Jurisprudencia y Doctrina http://www.saij.gob.ar/docs-f/dossier-f/trata_de_personas.pdf

bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

e).-Recién en el año 2000 se suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que cuenta con el Protocolo para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños vigente desde 2003².

f).-El delito de trata de personas se tipificó en 2008, en el Libro II, Título V del Código Penal (Ley 26.364) y modificado por Ley 26.842 de 2012, especialmente los artículos 145 bis y 145 ter.

Las acciones típicas del delito de trata de personas son ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger personas con fines de explotación y puede realizarse dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países. Es importante señalar que la reforma de la Ley 26.842 establece que el delito igualmente puede cometerse aunque medie el consentimiento de la víctima, es decir el consentimiento de la víctima no tiene ningún valor. El art. 145 ter señala un serie de situaciones que de ocurrir agravan la pena del delito. El inc. 7° es coherente con lo que dispone sobre la responsabilidad estatal, la Convención de Belém do Pará, ya que allí se regulan las violencias contra las mujeres cometidas por el Estado, sus agentes o toleradas.

Sin perjuicio de la incorporación de la trata de personas en 2008, el Código Penal contenía regulaciones sobre la prostitución y la explotación de prostitución ajena. Varios artículos de la normativa penal preveían distintas situaciones relativas a la prostitución, particularmente los artículos 125, 125 bis, 126 y 127.

g).- En 2009, entre la tipificación del delito y la reforma penal, se dictó la Ley 26485, que reglamenta en el ámbito interno la Convención de Belém do Pará.

²La Convención además cuenta con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y con el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

h).- Recientemente, se ha creado el Sistema Federal de Información Criminal del Delito de Trata de Personas, mediante la Resolución 787-E/2017 del Ministerio de Seguridad de la Nación.

i).- Los Estados al firmar un tratado de Derechos Humanos se obligan a tener como fuente del derecho a la doctrina judicial que vaya construyéndose por aplicación de ese tratado por parte del respectivo Comité, por lo que las Observaciones Generales, las Opiniones Consultivas y las Recomendaciones Generales de órganos de tratado son derecho vigente en Argentina. En ese sentido, es importante resaltar las Recomendaciones Generales 33 y 35 de CEDAW³ que abordan la problemática del acceso a la justicia de las mujeres por violencia de género y la reformulación efectuada por el Comité de CEDAW al concepto de violencia contra las mujeres en razón de su género, respectivamente.

En el orden interno y de acuerdo al régimen federal del Estado argentino, las provincias y las municipalidades pueden dictar normas en sentido material sobre este tema. De tales competencias surgieron normas provinciales y sobre todo, ordenanzas a nivel municipal en infinidad de municipalidades de nuestro país. Asimismo y de acuerdo a los compromisos internacionales asumidos, a partir de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, se implementaron diversas políticas de prevención, investigación y sanción del delito así como de acompañamiento y asistencia a víctimas del delito. En 2008 el Estado nacional creó la Unidad Fiscal para la investigación de secuestros extorsivos y trata de personas (UFASE) y luego la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX).

³Puede verse: un comentario a la Recomendación General 33 de CEDAW en <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/1639> (Zaikoski, 2017) y un comentario a la Recomendación General 35 de CEDAW en <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/3469>. (Zaikoski 2018)

La competencia para la investigación y sanción de este delito se asignó a la justicia federal, de allí que los juicios que se han llevado a cabo en el país haya intervenido los tribunales federales.

Esta seguidilla de normas, miradas en contexto global, puede iluminar el modo en que un problema -con aristas culturales, sociales, económicas, políticas, tecnológicas, demográficas- se asume como global por la comunidad de países y cómo a partir de ciertos intereses -el interés de los Estados en regular el flujo de personas, el interés de los empresarios globales del turismo (sexual), el creciente interés y corporativización de los grupos de personas que ejercen la prostitución y la consideran un trabajo, etc.- se legisla de un modo u otro a nivel mundial una problemática como la trata de personas.

En ese sentido, varios/as autores/as (Sotelo, 2017; Abramson, 2010, Weitzer, 2014 y Rubio Castro, 2008) señalan que fue relevante el compromiso asumido por los Estados Unidos en la regulación y en el diseño de las políticas de combate contra este delito, cuestiones que confluyeron a la derechización de su política exterior.

Al momento de la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, este país ya tenía legislación interna sobre el tema. También confeccionaba un listado de países a los que calificaba en categorías 1, 2 y 3 según el compromiso que adoptarían con la erradicación de la trata y cuáles políticas implementarían, pudiendo incluso aplicar sanciones⁴.

En nuestro país la trata de personas se visibilizó a partir de la desaparición de Marita Verón y el trabajo realizado por su madre, Susana Trimarco, quien lo hizo sin vinculación ni ayuda del Estado, y menos del Poder Judicial, por lo menos en un principio. La mayor visibilización también se debe al resultado absolutorio del juicio

⁴Como en muchos otros casos, Estados Unidos toma el lugar de gendarme del mundo, a pesar de que por ejemplo, no ha adoptado los principales instrumentos de derechos humanos y tampoco se somete a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni ratificó el [Estatuto de Roma](#) que creó la Corte Penal Internacional en 2002.

llevado a cabo en Tucumán contra los imputados de ese crimen y el hecho de que la Ley 26.364 haya sido modificada por Ley 26.842 en 2012.

En nuestra provincia el crimen de Andrea Lopez fue (des)tratado desde el sector policial y el sistema judicial como un caso de prostitución forzada, de proxenetismo de Purreta, quien fue condenado por este delito y por el femicidio⁵ de la Andrea, más no fue un caso de trata en los términos antes aludidos.

2. El debate y el problema de cómo denominar el fenómeno de la trata y la prostitución.

Como se ha podido exponer precedentemente, la trata de personas alude a varias conductas típicas y es lo bastante complejo como para estar vinculada al crimen organizado a nivel mundial y al mismo tiempo cometerse al interior de un mismo país, sin cruzar ninguna frontera. A la vez, las acciones típicas (ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger personas con fines de explotación) pueden ser efectuadas por personas individuales o por grupos de personas mediante una organización muy rudimentaria o bien, por el contrario, tener como soporte a una organización transnacional muy poderosa en cuanto a influencia política o medios e intereses económicos y tecnológicos y vinculaciones políticas para obtener impunidad.

Sin duda difiere el tratamiento del fenómeno y las políticas para regularlo, erradicarlo tanto como aquellas destinadas a asistir a las víctimas si pensamos en un pariente o grupo familiar más o menos organizado que ejerce la trata y se beneficia de la prostitución ajena de algún miembro del grupo familiar, a que si miramos el tráfico internacional de personas, la industria del ocio (llámese

⁵Uso este término en su sentido político y no jurídico, ya que la legislación penal argentina nunca tuvo esta figura como típica.

industria sexual, comercio sexual, turismo sexual) con grandes cadenas de hoteles y otros lugares turísticos, paquetes que incluyen mujeres víctimas de trata para la explotación sexual. De ello podemos inferir que también varían las explicaciones y justificaciones que se dan a estos fenómenos aunque un eje unificador lo constituye el consentimiento. En ese sentido, Abramson (2010:107) señala que:

La cuestión del consentimiento afecta el alcance de la legislación doméstica sobre trata de personas. Al mismo tiempo, dada la importancia del lugar en las discusiones, existe el riesgo de que se convierta en un obstáculo para el desarrollo de una legislación efectiva para la erradicación de este fenómeno. Los artículos académicos en la materia, en particular aquellos centrados en el trabajo sexual, ignoran que las razones para consentir son muchas, y trasladan las consecuencias jurídicas de reconocer la capacidad para consentir a las discusiones locales sobre la posibilidad de legalizar la prostitución. Estos trabajos, sin embargo, no proponen pautas para elaborar legislación efectiva que contemple a todas las víctimas de trata –varones, mujeres y niños; prostitutas, granjeros y obreros-, sino que limitan su análisis a una sola faceta del debate

Ninguna de las perspectivas de análisis del problema discute que la trata de personas se relaciona con los modos en que los países regulan la circulación legal de las personas en sus territorios (derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, art. 14 de CN) y en ello existe una alta discrecionalidad de los Estados en regular el tráfico de personas, de allí que varias autoras consideren que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, sea un umbral de consenso

internacional sobre un problema, que como tal brinda un catálogo de opciones a los Estados para regular este problema.

El costo de obtener un umbral de consenso suele ser la ambigüedad con que los términos son utilizados en las normas. El lenguaje jurídico aunque críptico, es un lenguaje natural y abierto. Gran parte de los términos utilizados en el derecho no sólo son polisémicos, sino que son indeterminados, susceptibles de ser interpretados de distintos modos por quienes aplican la ley. De allí que no haga falta cambiar las leyes para que cambie el modo en que son aplicadas⁶ así como también es cierto que con las leyes no se cambia por sí sola la realidad. Además los grupos cuyos intereses se enfrentan en este tema hacen un uso político del lenguaje: lo que para unos es trata de personas con fines de explotación sexual para otros es trabajo, lo que unos entienden que debe ser prohibido otros creen y se movilizan para que sea debidamente regulado.

En efecto, recurrentemente, las feministas han criticado el carácter sexista, masculino y de género que tiene el discurso jurídico. Por sexismo han puesto de relieve que el derecho trata o protege de distinta manera los bienes jurídicos según correspondan a mujeres o a varones (ejemplo de ello es cómo se regula la libertad sexual según se trate de mujeres o varones, y ello no sólo en el derecho penal), es decir que el derecho tiene sexo; por masculino las feministas han denunciado que gran parte de los aplicadores del derecho son hombres y no sólo ello, son varones que responden al prototipo hegemónico: blancos, de una determinada religión, propietarios, adultos, capaces, masculinos, viriles etc., (un ejemplo de ello son los estudios sobre reclutamiento, ingreso y ascenso en la profesión jurídica dentro de la magistratura, el campo político y más recientemente las investigaciones sobre feminización del ejercicio profesional liberal, otro ejemplo es el de Falquet (2017) quien señala la socialización que se lleva adelante en el ejército turco para la reproducción de la violencia de género; y por género, las feministas

⁶En Sociología Jurídica dan buenos ejemplos de este problema Karl Renner y Yehezkel Dror, entre otros clásicos.

han entendido que la gran mayoría de las veces el derecho tiene género o se constituye en una estrategia creadora de género.

Teniendo en cuenta estas características y que un tratado internacional resulta un umbral mínimo de consenso, puede entenderse que existiesen en el marco de los trabajos preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, distintas posiciones acerca de lo que el tratado debía abarcar, investigar y sancionar y, en su caso, cómo se debía tratar y proteger a las personas según las condiciones en las que se encontraran (víctimas, personas en situación de trata, prostitutas, prostituidores/prostituyentes, clientes, proxenetas, ejercicio de la prostitución por cuenta propia, relación laboral, etc.). Tales discusiones no han finalizado luego del tratado, sino que la posición consolidada del abolicionismo ha sido desafiada en un contexto neoliberal por las propias personas en cuya protección se dictó el tratado.

Durante los trabajos preparatorios de la Convención hubieron dos grupos influyentes en la forma de denominar y demarcar el fenómeno de la trata de personas para explotación sexual: un grupo hizo hincapié en el tráfico (transporte, intermediarios, migración ilegal, exigencia de que la persona tratada sea obligada al ejercicio de una actividad ilegal) mientras que el otro grupo se centró en el fin: explotación con fines sexuales.

Abramson (2010: 114) destaca que: *El desacuerdo sobre las prácticas que constituyen trata de personas limita la comprensión sobre los alcances de esa actividad.* Agrega que existe confusión entre tráfico ilícito y trata de personas y finalmente, expresa que una persona objeto de tráfico ilícito puede (o no) ser a la vez persona tratada. La cantidad de conductas típicas que configuran el delito lo hace más complejo.

Las discusiones según esta autora, no estuvieron exentas de influencias del liberalismo teniendo en cuenta cómo esta posición

trata el consentimiento como manifestación de la autonomía, cuestión que tiene impacto sobre todo en las regulaciones del trabajo, el derecho a asociarse, a comerciar, etc.; mientras existen otras posturas, como por ejemplo, influenciadas por el feminismo radical sobre todo a partir de los años '70 que niegan la posibilidad del consentimiento en razón de la asimetría de poder de las partes.

En cuanto a la trata de personas:

Cualquier definición de tráfico o trata debe ser la suficientemente amplia como para abarcar la realidad de los que sucede con las personas, cuando son trasladadas a través de las fronteras (aun dentro de su propio territorio), con o sin su consentimiento, para ser explotada en condiciones de esclavitud (sometimiento de un sujeto a la propiedad de otro). Los reclutadores y traficantes suelen ser connacionales de las víctimas, lo mismo que los capitalistas de la red, generalmente pertenecientes a las instituciones “prestigiosas” que poseen poder y por lo tanto impunidad” (Torres, 2009: 340)

En tren a seguir con las disputas en torno a la nominación y al papel del derecho en ello, autoras como Sotelo (2017) dicen que con la Convención hubo un triunfo de la posición abolicionista, aunque reconoce que la definición de este instrumento internacional es ambigua y no consagra definitivamente ninguna postura. Señala que el principal triunfo del abolicionismo fue imponer una visión sesgada y simplista de la trata, difundiendo una imagen estereotipada y uniforme de tratantes y tratadas, sobre la base de información que debe complejizarse a fines de una mejor definición y delineamiento del problema.

Lo cierto es que las distintas posturas dejan fuera la creciente prostitución de varones tanto como la explotación con fines laborales enmarcada en situaciones de trata, así como no abordan la importancia que tienen los factores culturales, en qué medida y

dirección deberían cambiar ni los solapamientos de clase, raza y proveniencia u origen nacional en un claro ejemplo del problema de la interseccionalidad de los factores de discriminación. Existen aspectos también relevantes tales como la incidencia de la trata y de la prostitución en la economía formal como en la sumergida en un mundo global.

Aquellas posturas que se deciden por identificar la prostitución con la trata, clausuran el análisis del problema a aspectos que si bien extendidos y generalizados (la asimetría de poder, la opresión, la explotación, la reproducción de las peores características de las relaciones de género) no abarcan la complejidad del problema. Aquellas posturas que la representan como un trabajo al igual que los demás desconocen el estigma y la discriminación que esta situación provoca.

3. Dime cómo lo llamas y te diré qué argumento sostienes

Según las autoras que seguimos en este apartado los modelos explicativos del fenómeno serían: prohibicionismo, abolicionismo, prolegalización y reglamentarismo (Rubio Castro, 2008). Otras como Nicolas Lazo (2013) resumen las explicaciones a las posturas abolicionista y aquella enfocada al reconocimiento como actividad laboral. Igual es el caso de las explicaciones que da Maqueda Abreu (2009). Abramson (2010) las clasifica en posturas que defienden o que niegan la capacidad de consentir.

Desarrollaremos brevemente, el abolicionismo, sus críticas y propuestas y luego la postura no abolicionista bajo la modalidad de trabajo sexual.

Cabe aclarar que la literatura académica así como los problemas que recoge el campo de los movimientos sociales están atravesados por especiales y particulares experiencias, influencias y

condicionantes; son conocimiento situado, referencial, no definitivo y, por ende, no tendría que ser tampoco excluyente de otras miradas.

Básicamente, el abolicionismo se basa en el discurso antiprostitución, considerando a la prostitución (junto con la pornografía, la subrogación de vientres, etc.) como una forma de subordinación de las mujeres en el marco de un sistema patriarcal. El abolicionismo considera a la prostituta es una víctima, culpa al proxeneta y en algunas versiones no se interesa por el cliente.

Los/as autores/as que comparten esta idea sostienen que los problemas de la prostitución se magnifican con la trata y destacan que todas las personas que se prostituyen más bien son prostituidas, se trata mayoritariamente de mujeres y mujeres jóvenes que lo hacen apremiadas por razones económicas (Satz, 2015), que provienen de países pobres o se hallan en situación de vulnerabilidad (Abramson, 2010). Esta posición se basa en argumentos tales como la escasa capacidad de acción que tiene estas personas, su vulnerabilidad y los resultados extremadamente perjudiciales de la prostitución para esas personas. Son posturas que niegan el consentimiento, desplazan el eje de la persona prostituida a la persona (u organización) del prostituidor, proxeneta y eventualmente al cliente (como lo hace, por ej. la ley sueca). A partir de una romantización, idealización al estilo de la película “Mujer Bonita” y banalización de la prostitución el sistema capitalista en la fase neoliberal esconde, según de Miguel (2016), la profundización de la desigualdad humana. Fontenla (2009) se define por considerar a la prostitución una institución estructural del patriarcado, por lo que en condiciones de opresión las víctimas no podrían consentir. Es el modelo pos Marita Verón que recoge la Ley 26.842 de 2012.

Rubio Castro (2008), desde una posición abolicionista se hace cargo de las críticas del primer abolicionismo, ligado a la derechización de la política norteamericana a partir de los ‘80, sumamente conservador y por haber compartido la justificación de la lucha contra la prostitución en argumentos de moralidad e higiene. Ella dice que lo que el abolicionismo busca actualmente es

un piso de igualdad material sobre la base de la cual edificar el proyecto de vida y ejercer las libertades civiles. Igualdad y ausencia de coacción para poder vivir la dignidad.

Señala también, que el abolicionismo no puede dejarse abatir ante las necesidades e intereses sectoriales (normalmente de grupos empresariales y en connivencia con sectores de la política⁷). Si bien no cabe la confusión entre tráfico, prostitución forzada y prostitución libre y no abusiva, lo primero es un delito, lo segundo un atentado a la libertad y a la dignidad y lo tercero una fuente de discriminación contra la cual hay que luchar. Por más legalizada que esté la prostitución, el estigma que conlleva esencializa a quien la practica. Se es una 'puta', no es que se 'ejerza' la prostitución y en cuanto a la discriminación mientras la mujer es una puta el varón es un *gigoló* (Nicolas Lazo, 2013). Finalmente, el abolicionismo destaca que:

El marco de ejercicio de la prostitución es el capitalismo mundial, la hegemonía del neoliberalismo y unas relaciones de poder patriarcales. Hacer visible este escenario estructural tiene como objetivo que las medidas propuestas sean posibles y eficaces ...El planteamiento abolicionista encierra en sí, un proyecto utópico (Rubio Castro, 2008: 125)

Un interesante análisis que plantea esta autora es el de preguntarse qué está pasando con las instituciones depositarias de la sexualidad en nuestras sociedades, por qué se encuentran incapaces de ofrecer una respuesta igualitaria al acceso a la sexualidad, qué

⁷En la provincia de La Pampa tres intendentes fueron investigados en casos de trata de personas como también lo han sido varios agentes de policía. La ineficacia en la prevención del delito así como la impericia o desinterés de los agentes judiciales en investigar debidamente para que no se pierdan pruebas y no se frustre la sanción a los responsables, es una demostración de la impunidad de la que gozan estos personajes y la cobertura político partidaria que tienen, todo lo cual atenta contra los estándares mínimos señalados por la OEA en el documento 68 sobre acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia del año 2007.

tienen que ver las posturas neoliberales con la falta de educación sexual integral, la transmisión de enfermedades, los embarazos adolescentes no queridos, etc., además del lugar que ocupa esta ideología en la precarización del trabajo y en la mercantilización del cuerpo y sus funciones.⁸ Se pregunta por qué, en el caso de España, las nacionales se alejan de o no ingresan a la prostitución y esos espacios los cubren las extranjeras, no solo a fin de la relación que esto pueda tener con la legislación de extranjería, sino justamente para poder observar que en las sociedades que han hecho un esfuerzo en lograr condiciones de igualdad, las mujeres no “eligen” la prostitución.

Del otro lado, el planteo no abolicionista se basa en el aumento de la consideración de la agencia de las personas que están en o que ejercen la prostitución, de quienes eligen esta actividad como modo de vida en un determinado momento, entran y salen de esa actividad.

Un logro de la postura prolegalización, dentro de las posturas no abolicionistas, ha sido el considerar la voz de las mujeres trabajadoras sexuales.

La voz de las trabajadoras sexuales nunca antes había sido escuchada. Ya fuesen los políticos o los médicos higienistas que defendieron la regulación estatal de la prostitución en el s.XIX, las feministas y religiosas que lucharon luego por su abolición, o el movimiento feminista posterior que se ha encargado de presentarlas como víctimas, todos ellos han opinado, teorizado y planteado políticas sin contar con las afectadas. Nunca habían sido legitimadas como portavoces de sus propios intereses como colectivo. Ahora luchan por serlo (Nicolas Lazo, 2013: 167).

⁸Al respecto puede verse: Satz (2015), de Miguel (2016), Balaguer (2017), Olmos Gascón (2018).

Las autoras (Nicolas Lazo, 2013; Maqueda Abreu, 2009; Sotelo, 2017) señalan variantes dentro del no abolicionismo. Una de ellas, es la de la consideración como trabajo sexual que viene imponiéndose con la movilización de diversos colectivos y organizaciones a través del mundo, en América Latina, en el mundo anglosajón y, en general, en Europa.

Una de las diferencias entre las distintas posiciones no abolicionistas, está dada en las medidas que promueven. El modelo reglamentarista promueve la reglamentación de la prostitución como cualquier otro trabajo y es criticado porque históricamente implicó medidas de higiene (inspecciones, libretas sanitarias etc.). El modelo de la no criminalización supone la abstención del Estado en todo aquello que refiere a la prostitución y el modelo de la legalización impulsa la ampliación de derechos humanos (Sotelo, 2017).

Para Nicolas Lazo (2013) en los últimos años ha habido una alianza entre lxstrabajadorxs sexuales y el feminismo defendiendo la descriminalización de la prostitución como condición *sine qua non* de su emancipación. La agenda se ha nutrido de las conclusiones de varios encuentros internacionales en torno a considerar a lxstrabajadorxssexuales como tales y a alejar la estigmatización. El trabajo sexual se plantea como un asunto social, deja de ser un tema de la justicia criminal o de salud pública.

La definición resalta la localización social de las personas relacionadas con las industrias del sexo como clase trabajadora e introduce la idea de que las zonas sexuales del cuerpo son elementos productivos similares a la mente o a la fuerza bruta del trabajo intelectual o manual (Nicolas Lazo, 2013: 169).

Se lo asimila a otros trabajos de bajo estatus social, como el cuidado de niños, el servicio doméstico, el trabajo en fábricas. Este corrimiento hacia la consideración de la prostitución como trabajo

se ha debido al acoso y persecución policial que sufrían las prostitutas y en el impulso de desestigmatizar la actividad fundamentalmente la de las mujeres (Maqueda Abreu, 2009). Como modelo de este tratamiento se toma a Holanda y a Alemania, sin embargo ello no está exento de críticas.

La legislación de estos países, fundamentalmente no considera por qué son las mujeres pobres, extranjeras, de países empobrecidos las que mayoritariamente están ocupando esos espacios del “trabajo sexual” y tampoco se explica por qué por más que sea trabajo, los Estados mencionados no tratan a las nacionales como a las extranjeras en cuanto al acceso a derechos laborales. Es decir, se mantiene a las extranjeras desprotegidas siendo que son el eslabón más débil.

En razón de que las estrategias no abolicionistas se proponen sacar a la prostitución de la marginalización social, y obtener un reconocimiento de derechos (Sotelo, 2017) describir esta actividad como trabajo puede colaborar en la formación de otro tipo de identificaciones no basadas en la explotación sexual, la victimización y la pasividad.

En Argentina, también se debaten estas disímiles posiciones. En el último Encuentro Nacional de Mujeres celebrado en Chubut en 2018, se organizaron varios talleres sobre estos temas. Sin ser exhaustivas se mencionan los siguientes:

- 1).- *Taller N°32: Mujeres, trata y explotación*
- 2).- *Taller N° 33: Mujeres en situación de prostitución*
- 3).- *Taller N° 34: Mujeres trabajadoras sexuales*
- 4).- *Taller N° 35: Mujeres y trabajo*
- 5).- *Taller N° 36: Mujeres y trabajo reproductivo, de cuidados y doméstico*
- 6).- *Taller N° 37: Mujeres y desocupación*
- 7).- *Taller N° 38: Mujeres y organizaciones sindicales*

Y al igual que en otras latitudes, las personas que ejercen la prostitución se han organizado y hecho alianzas, tal como la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina AMMAR que socializó en la CTA el borrador de un nuevo anteproyecto de ley que busca garantizar el reconocimiento de derechos laborales para trabajadoras y trabajadores sexuales en todo el país⁹.

Del mismo modo, también en Argentina existen proyectos de ley que asimilan prostitución a trabajo sexual a los que se les han formulado contundentes críticas.

En general los proyectos de ley definen qué es trabajo sexual, los requisitos, entre ellos la edad mínima para el ejercicio de esa actividad, la obtención de las habilitaciones correspondientes, entre los aspectos más destacable. Basan sus argumentos en que no debe confundirse prostitución con trata de personas, y que la gran mayoría de personas que ejercen la prostitución carecen de los más mínimos derechos y están afectadas a las prácticas de violencia institucional principalmente por la policía, los juzgados y los efectores de salud.

Al respecto y desde una óptica abolicionista, Perugini (s/f) señala:

En líneas generales y de manera sucinta trajimos a consideración los puntos más paradójicos de los proyectos de ley impulsados por los grupos reglamentaristas en Argentina, intentamos demostrar cómo los postulados públicos en pos de la libertad, encuentran una encrucijada en los proyectos, que generan marcos normativos represivos y de control sobre el cuerpo de las prostitutas a fin de resguardar la salud del prostituyente. La falta de marco real de ejercicio de derechos y de soluciones a una situación crítica, nos lleva al convencimiento que estos proyectos sólo buscan amparar un

⁹Información disponible en <http://www.ammar.org.ar/El-Trabajo-Sexual-en-Argentina-no.html> y en <http://www.universidad.com.ar/regulacion-de-la-prostitucion-el-debate-esta-abierto>

sistema –prostituyente- que se forjó al calor del patriarcado y del capitalismo.¹⁰

4. Palabras finales

Del repaso de algunas básicas consideraciones acerca de la trata de personas y de la prostitución, podemos colegir que las posturas más relevantes son el abolicionismo y el no abolicionismo, con sus vertientes reglamentaristas, legalizadoras y de no criminalización.

El campo de disputa para la nominación y demarcación del fenómeno queda en el entremedio de las explicaciones que sustentan el problema de la prostitución como trata en base a las estructuras sociales de carácter patriarcal-capitalista teniendo en cuenta el recrudescimiento a nivel global del neoliberalismo y aquellas que sostienen la capacidad de agencia de las personas. Nombrar, enmarcar un fenómeno, reconducirlo al paradigma de los derechos humanos no es una operación inocente. En ese sentido, a 40 años de la Convención CEDAW puede decirse que aún resta mucho camino por andar.

En sociedades laicas los fundamentos de moral sexual como los que pregonan las “cruzadas morales”¹¹ no pueden funcionar válidamente aunque estos grupos han tenido estrategias impactantes y exitosas. Justamente han sido estos argumentos los que han convalidado la doble moral y el estigma no solo en cuanto a la prostitución sino en otros como la ESO, el aborto, el matrimonio igualitario, etc. Por el otro lado, en cuestiones de derechos

¹⁰ Información disponible en <https://razonyrevolucion.org/la-ley-del-prostituyente-analisis-critico-de-las-propuestas-legislativas-que-buscan-legalizar-el-sistema-prostituyente-en-argentina/>

¹¹ Para un análisis de las cruzadas morales en torno a la prostitución y sus argumentos, puede verse Weitzer (2014).

individuales, los argumentos culturalistas tampoco debieran funcionar, ya que como señala Fraser (2014) el neoliberalismo se ha apropiado de los mejores argumentos del feminismo, pero por supuesto los ha usado en su favor.

En el caso del abolicionismo basado en la dominación, aunque su proyecto sea el de la igualdad, desconoce que existen casos, por cierto muy pocos, en que las personas se prostituyen sabiendo lo que hacen, es decir tienen capacidad para consentir, para organizarse en torno a sus intereses y se subjetivan a partir de la prostitución más que con otros trabajos explotadores, invisibilizados y mal pagos.

Los modelos que justifican su consideración como trabajo sexual no dan cuenta de que en alguno de los tramos (llámese conductas típicas) hasta llegar a la agencia de la persona que ejerce la prostitución pudo haberse cometido el delito de trata. Los modelos explicativos reglamentaristas omiten considerar que existen poderosos intereses económicos en (neo)liberalizar la actividad. También olvidan que en épocas de neoliberalismo se complica el ejercicio de derechos laborales por parte de la gran mayoría de trabajadorxs. Es sospechoso que cuando se trata de considerar a la prostitución como un trabajo, lxempleadxs y lxempresarios estén de acuerdo con los términos de un hipotético convenio colectivo de trabajo.

El hecho de que en países como Argentina, donde es sostenido el proceso de generalizada precarización laboral, se recurra a la idea del emprendedor exitoso (vg. *Emprendedxrsexual*). En Argentina la precarización es sinónimo de derechos a la baja, por lo que la legalización/reglamentación del comercio sexual/trabajosexual debería ser objeto de una mirada atenta y perspicaz, so pena de que el feminismo quede enredado en una *"amistad peligrosa" con los esfuerzos neoliberales para construir una sociedad de libre mercado*" (Fraser, 2014:131) y se profundice el desbalance entre distribución económica y reconocimiento cultural.

En momentos en que las lógicas de la economía política y la justicia social no funcionan (Fraser, 2014), podría sostenerse que el modelo de sindicalización se encuentra a contrapelo del tiempo histórico salvo que se suponga a una *self-made woman* o a un *self-made man* desgajado de cualquier pertenencia social, política, comunitaria dotada de una agencia extraordinaria. Nunca mejor utilizado el término *fetichismo* de la mercancía que cuando el sexo es mercantilizado o la mercancía sexualizada.

El consumo de cuerpos no debería ser asimilado al de cosas, por eso como dice Satz (2015) los cuerpos no deberían estar a la venta. Las explicaciones deberían ayudarnos a buscar los límites del mercado en tiempos de desigualdad. Con todo, no se podrá avanzar en elucidar estos conceptos ni abordarlos en su sentido práctico, sin la consideración y participación de los implicados.

Bibliografía

Abramson, Kara (2010). “Más allá del consentimiento, hacia la salvaguarda de los derechos humanos: la implementación del Protocolo contra la trata de personas de la Organización de las Naciones Unidas”. En Di Corleto, Julieta: *Justicia, género y violencia*. Librería: Buenos Aires. 105-139.

Balaguer, María Luisa (2017). *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social*. Cátedra: Madrid.

de Miguel, Ana (2016). *Neoliberalismo Sexual. El mito de la libre elección*. Cátedra: Madrid

Falquet, Jules (2017). *Pax Neoliberalia*, Madreselva.

Fontenla, Marta Amanda (2009), Voz Prostitución, en Gamba, Susana Beatriz y otra: *Diccionario de estudios de género y feminismos*. Biblos: Buenos Aires, pp. 272-275.

Fraser, Nancy (2014). *De cómo cierto feminismo se convirtió en criada del capitalismo. Y la manera de rectificarlo*, En Revista Debate Feminista n° 50.

INFOJUS (s/f). Dossier: Trata de Personas Selección de Jurisprudencia y Doctrina. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/dossier-f/trata_de_personas.pdf

Maqueda Abreu, María Luisa (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Comares: Granada.

Ministerio de Seguridad de la Nación, Resolución 787-E/2017de Creación del Sistema Federal de Información Criminal del Delito de Trata de Personas. Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/2017/08/creacion-del-sistema-federal-de-informacion-criminal-del-delito-de-trata-de-personas/>

Nicolas Lazo, Gemma (2013). “El debate feminista en torno a la prostitución: entre el abolicionismo y el reconocimiento de la actividad”. En Sanchez Urrutia, Ana *et al: Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*. Ediciones de la Universidad de Barcelona.: Barcelona, pp. 155-176.

Olmo Gascón, Ana (dir.) (2018): *Diversidad sexual y libertad reproductiva de las mujeres en la cultura de la producción y el consumo*. Comares: Granada.

ONU, Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

ONU, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

Recomendación General num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num.

19 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405>

Rubio Castro, Ana (2008). “La teoría abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista: prostitución y política”. En Aponte Sánchez, Elida y María Luisa Femenias: *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, 1a ed. - La Plata: Univ. Nacional de La Plata, p. 113-139.

Satz, Debra (2015): *Por qué algunas cosas no deberían estar a la venta*. Siglo XXI: Buenos Aires.

Sotelo, Florencia (2017). La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas. En Di Corleto, Julieta: *Género y derecho penal*, Didot: Buenos Aires, p. 181-214.

Torres, Sara: (2009). Voz Trata de personas, en Gamba, Susana Beatriz y otra: *Diccionario de estudios de género y feminismos*. Biblos: Buenos Aires, pp. 340-342.

Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Resumen ejecutivo. Informe sobre la trata de personas en la ciudad de Santa Fe: A diez años de la primera ley nacional 26.364. Recuperado de <https://www.fcjs.unl.edu.ar/investigacion/wp-content/uploads/sites/6/2019/02/FCJS-Observatorio-de-Violencias-de-Genero-Informe-Trata-de-Personas-en-Santa-Fe-2018.pdf>

Weitzer, Ronald (2014). El movimiento para criminalizar el trabajo sexual en Estados Unidos, En Revista Debate Feminista, n° 50, pp.187-219.



LA VIOLENCIA ECONÓMICA CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

María Alejandra Zucchini

Ana Lis Palacio¹

1. Introducción.

Podría válidamente afirmarse que, desde un punto de vista conceptual, la diferencia entre los sexos no implica desigualdad legal. Ello es así en tanto, en tanto hombres y mujeres son concebidos como legalmente iguales en su diferencia mutua. Pero ese no ha sido el caso, al menos en los últimos cinco o seis mil años. Desde el punto de vista histórico, la diferencia entre los sexos y la desigualdad legal están estrechamente ligadas. ¿Por qué? Las mujeres han estado históricamente en una situación de inferioridad con respecto a los hombres cuando éstos tomaron el poder y se erigieron en “el modelo” de lo humano. Desde entonces, la diferencia sexual se ha replicado en el aspecto legal en perjuicio de las mujeres

¹ Abogadas (UNLPam). Emails: alezuc@hotmail.com y analispalacio@hotmail.com.

y, en los más variados órdenes, suele configurar una verdadera situación de violencia.²

Los más importantes intérpretes de la normativa internacional sobre protección de los derechos de mujeres han considerado que la violencia por razón de género es un mecanismo a través del cual, desde antaño, se ha perpetuado una posición de subordinación de la mujer con respecto al hombre, a través de roles estereotipados que encasillan a la mujer en una situación de inferioridad. Esa violencia constituye, aún actualmente, un grave obstáculo para el logro de la igualdad real de oportunidades y de trato entre todas las personas y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Ahora bien, cada vez que hablamos sobre violencia contra las mujeres, por lo general nos representamos a la que se despliega físicamente, maltrato verbal, incluso violencia sexual, pero difícilmente imaginamos otras formas de violencia que no se materializan de manera tan palmaria o evidente. El presente trabajo se propone analizar la conceptualización y alcances de la violencia económica y/o patrimonial contra las mujeres, como uno de los mecanismos más arraigados pero menos visibilizado en nuestra sociedad, y que ocasiona graves daños a las víctimas a la vez que vulneran sus derechos fundamentales reconocidos tanto en la normativa internacional como en nuestro derecho interno.

A tal fin, se hará una mención de los instrumentos internacionales de protección especializada de los derechos de las mujeres, así como de leyes internas, especialmente la Ley 26.485, en tanto contiene la mención expresa de los tipos de violencia y, especialmente, las formas a través de las cuales se consolida y materializa la violencia económica y patrimonial. Asimismo, se mencionarán y analizarán algunos fallos recientes de nuestro país

²FACIO, Alda y FRIES, Lorena, "Feminismo, género y patriarcado". Academia. Revista del derecho de enseñanza de Buenos Aires, Año 3, Número 6, Primavera 2005. ISSN 1665 - 4154. p. 259/294.

mediante los cuales se ha abierto camino en pos de visibilizar este tipo de violencia ejercida hacia las mujeres y de las distintas medidas que se pueden adoptar en la instancia judicial con el fin de hacer cesar de manera inmediata y eficaz toda situación de coerción.

2. La protección de las mujeres en el marco de los tratados internacionales.

El flagelo de la violencia patriarcal fue objeto de especial preocupación por la comunidad internacional al detectar que a pesar de las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, éstas, sin embargo, seguían siendo objeto de importantes desigualdades y discriminaciones. Ello a tal punto que surgió la necesidad de suscribir un instrumento que consagre una protección especial de los derechos humanos de la mujer a nivel universal: así surgió la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)³. En su Preámbulo sostiene que "la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad; preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las

³ En adelante, "CEDAW". Dicho tratado promovido por la Organización de Naciones Unidas fue firmado en el año 1979, y goza de jerarquía constitucional en nuestro país de conformidad con lo normado por el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional.

oportunidades de empleo, así como la satisfacción de otras necesidades".

En este sentido, el art. 1º de la CEDAW establece que la expresión "discriminación contra la mujer" denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Este instrumento, de gran valor para el reconocimiento de los derechos humanos de la mujer, coloca al Estado en una posición de garante de tales derechos y delimita una clara responsabilidad en llevar adelante medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, a fin de asegurarle el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales, en igualdad de condiciones con el hombre.

A nivel regional, la protección especial para estos derechos se refuerza con la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁴, la que afirma que "la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades" y reconoce que se trata de "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres".

En tal sentido, se ha dicho que "históricamente, las mujeres han constituido un grupo especialmente vulnerable, que ha debido padecer y sobrellevar graves violaciones a sus derechos humanos.

⁴ En adelante, "Convención de Belem do Pará". Dicho instrumento fue suscripto en el 9/6/ 1994 y ratificada por nuestro país por Ley 24.632 de fecha 13/3/1996.

Particularmente, han sido y son víctimas de las peores formas de violencia”⁵.

La Convención es enfática sobre la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar y sancionar la discriminación y la violencia contra las mujeres, cuando ocurre tanto en espacios públicos como privados. Afirma el deber de los Estados de considerar de forma especial en sus políticas a mujeres en relación a las categorías de discriminación y violencia, por diversos factores de riesgo combinados con su sexo, su edad o situación económica, entre otras.

Con esta breve referencia se advierte que el marco jurídico internacional se ha esforzado para transformar la situación de la mujer y los contextos de violencia basada en el género conforme al discurso de los derechos humanos. Los tratados y las declaraciones en materia de derechos humanos proporcionan el marco institucional dentro del cual los Estados pueden promover una respuesta integral a la visibilización, identificación, prevención y eliminación definitiva de todas las formas de violencia contra la mujer. La lucha en pro de sus derechos humanos constituye para los Estados Parte una tarea inaplazable y un imperativo legal.

3. El supuesto de la violencia económica.

En este apartado nos proponemos analizar “una de las formas más silenciosas y perversas del poder masculino sobre el femenino dentro del núcleo familiar. Tema del que casi nunca se habla, a pesar

⁵HERRERA Marisa - DE LA TORRE Natalia - FERNANDEZ Silvia E. colaboradoras, *Manual de derecho de las familias*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot., 2015, p. 715.

de ser uno de los más frecuentes mecanismos de dominación”.⁶ Nos referimos a la violencia económica.

Desde la doctrina autoral esta tipología de violencia ha sido definida como "...una serie de mecanismos de control y vigilancia sobre el comportamiento de las mujeres con relación al uso y distribución del dinero, junto con la amenaza constante de no proveer recursos económicos...".⁷ Se la asocia a una estrategia de dominación consistente especialmente en control del dinero y los recursos con que se cuentan en el ámbito del hogar familiar y que, consecuentemente, coadyuva a colocar a las mujeres en una situación de vulnerabilidad y dependencia. De esta forma se configura un mecanismo que "recluye a la mujer dentro de las fronteras del hogar, la desapodera y la mantiene atrapada en un círculo de dependencia del poder económico del varón, que menoscaba su autonomía para tomar las decisiones indispensables para protegerse. Entre ellas, ponerle fin a una relación de pareja conflictiva o quebrada. Nadie puede desconocer el estrecho vínculo que existe entre la autonomía personal y la independencia económica, o cuando menos, la posibilidad de control individual de ciertos recursos, principalmente los bienes de uso personal. No son pocas las oportunidades en las que las mujeres deciden no avanzar con el divorcio o la separación de hecho, pues temen que el hombre tome represalias y las prive de lo indispensable para sostener el hogar y los hijos".⁸

La autonomía económica de la mujer presupone su independencia en su vida de relación. Por el contrario, la dependencia económica de una mujer víctima de violencia respecto de su victimario le adiciona a su situación un plus de vulnerabilidad.

⁶MOLINA DE JUAN, Mariel F., "Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica", Revista La Ley, Buenos Aires, 28/06/2017, 4- LA LEY2017-D, 15 Cita Online: AR/DOC/1586/2017.

⁷MEDINA Graciela, *Violencia de Género y Violencia Doméstica*, Buenos Aires y Santa Fe, Edit. RubinzalCulzoni, 2013, p. 107.

⁸ MOLINA DE JUAN, Mariel F., ob. cit.

Los contextos de desigualdades económicas crean o exacerbaban las condiciones propicias para que se desarrolle la violencia contra las mujeres, para ser discriminadas en distintas esferas y para ser víctimas de explotación económica. Sin independencia económica se reduce la capacidad de las mujeres para actuar y tomar decisiones, incrementando su vulnerabilidad para sufrir violencia.

La violencia económica configura una tipología que ha permanecido oculta. Se manifiesta mediante el control o manipulación de los recursos económicos. La constituye todo hecho u omisión que menoscaba los derechos económicos de otra persona y que adquiere una connotación significativa porque, al mismo tiempo que restringe los derechos, limita su posibilidad de accionar frente a tales menoscabos. Este es uno de los mecanismos de dominación en que se puede manifestar la violencia hacia las mujeres, y puede darse en distintos ámbitos, aunque pareciera que puede identificarse mejor en el ámbito familiar o en el ámbito laboral. En la familia, el monopolio del dinero se transforma en una herramienta de opresión, genera una subordinación al "jefe de familia" por parte del resto de sus miembros. Ello va de la mano de una situación de obediencia y sumisión que limita a la víctima al ejercicio de las tareas asignadas por el victimario, generalmente restringidas a tareas domésticas y del cuidado de los hijos. Por lo general, la mujer sólo cuenta con facultades para administrar los gastos diarios pero con la carga exhaustiva y humillante de rendir cuentas por ellos. Por su parte, cuando se despliega en el ámbito laboral, puede asumir las más variadas modalidades como una remuneración inferior por igual tarea en relación a hombres, la discriminación para el acceso a cargos de superior categoría o que tienen funciones de dirección o de toma de decisiones, la distribución de tareas sólo fundamentadas en el sexo, entre otras. La doctrina concibe que esta forma de violencia tiene sus orígenes en la antigua distribución sexual del trabajo. Así, Famá explica que "históricamente, era el hombre quien aportaba los mayores ingresos a la familia. Esta circunstancia influía, de forma necesaria, en la manera de concebir lo 'masculino' y 'lo femenino', y legitimaba

actitudes protagónicas de los varones, al tiempo que sometía a la marginación y a la dependencia a las mujeres".⁹

4. Tratamiento normativo de la violencia económica.

Se observa que la CEDAW, "trata implícitamente a la violencia económica en cuanto coloca a la mujer en una situación de desventaja, producto de la discriminación por los actos, tanto en la esfera privada o pública, que restrinjan su plena capacidad de actuación y dispone que se le reconocerán a la mujer idénticas capacidades jurídicas y de ejercicio a las del hombre e iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes".¹⁰

No obstante, la Recomendación 19 del Comité de la CEDAW da cuenta de la gravedad de esta problemática¹¹. Su texto expresa: "La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas". Y agrega: "La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción". En idéntica línea, en el año 2004 la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó la resolución N° 58/501 en la que reconoció que la violencia en el hogar "puede incluir privaciones económicas y aislamiento, y ese tipo de

⁹KOWALENKO, Andrea - VALOR, Diana M., "Violencia y economía. Algunas reflexiones sobre la violencia económica en las familias y el desarrollo", publicado en RDF 75, 07/07/2016, 5 Cita Online: AP/DOC/531/2016.

¹⁰KOWALENKO, Andrea - VALOR, Diana M., Ob. Cit.

¹¹En su recomendación general núm. 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer, adoptada en su 11° período de sesiones 1, el Comité aclaró que la discriminación contra la mujer, tal como se define en el artículo 1 de la Convención, incluía la violencia por razón de género, que es aquella "dirigida contra la mujer porque es mujer y que la afecta en forma desproporcionada", y que constituía una violación de sus derechos humanos. La opiniojuris y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario. La recomendación mencionada ha sido un catalizador clave de ese proceso.

comportamiento puede constituir un peligro inminente para la seguridad, la salud o el bienestar de la mujer".

A su vez, tal forma de subordinación fue objeto de especial atención por el Comité de la CEDAW, ya que en la Recomendación General N° 21 expuso que "en todas las sociedades, por mucho tiempo se han considerado inferiores las actividades de las mujeres que, tradicionalmente, han desempeñado su papel en la esfera privada o doméstica. Puesto que dichas actividades tienen un valor inestimable para la supervivencia de la sociedad, no puede haber justificación para aplicarles leyes o costumbres diferentes y discriminatorias. Los informes de los Estados Partes ponen de manifiesto que existen todavía países en los que no hay igualdad de jure. Con ello se impide que la mujer goce de igualdad en materia de recursos y en la familia y la sociedad. Incluso cuando existe la igualdad de jure, en todas las sociedades se asignan a la mujer funciones diferentes, que se consideran inferiores. De esta forma, se conculcan los principios de justicia e igualdad que figuran en particular en el artículo 16 y en los artículos 2, 5 y 24 de la Convención".

Por su parte, la Convención Belém do Pará expresa en el texto de su art. 1 que debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. El art. 2 distingue la violencia física, sexual y psicológica. "Se advierte que la violencia económica queda imbuida como una violencia psicológica, porque afecta el estado emocional de la mujer. El órgano de seguimiento de la Convención sostiene que "la violencia se utiliza de manera rutinaria para callar, oprimir, sujetar y matar a las mujeres. Afecta la realización de los derechos de las mujeres -su salud, su potencial económico, su participación en la política y su contribución a la sociedad en

general- y es un obstáculo al desarrollo humano, a la democracia y a la paz en los países de la región”.¹²

A nivel nacional, la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, cuyo ámbito de aplicación es federal e invita en su art. 9 a las provincias a dictar sus propias leyes locales, fue la primera legislación que creó un proceso judicial especializado en el abordaje de la violencia familiar. “El propósito inmediato de la Ley 24.417 es dotar a las personas de un proceso flexible y rápido para poner fin a situaciones de violencia familiar (...) Por lo tanto se trata de un proceso autónomo y urgente de amparo, no condicionado a un juicio principal, cuya finalidad reside en resolver en forma inmediata los requerimientos planteados, con una naturaleza similar a otros procesos urgentes destinados a la prevención o cesación del daño”.¹³

Como indica Famá, esta normativa "no asume una definición integral de la violencia doméstica ni realiza clasificaciones de sus diversos tipos o modalidades, lo cierto es que adopta una conceptualización amplia, que permite incluir en su ámbito de aplicación material las más vastas manifestaciones de este fenómeno. En este sentido, el artículo 1 alude a 'toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar'. Y agrega que 'a los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho'. A primera vista, podría decirse que quedan fuera del contexto normativo dos variantes frecuentes, como la violencia económica y la violencia sexual pero, en rigor, estas modalidades pueden subsumirse en el género 'maltrato psíquico' que menciona la ley".¹⁴

¹²KOWALENKO, Andrea - VALOR, Diana M. Ob. citada.

¹³HERRERA Marisa, DE LA TORRE Natalia, FERNANDEZ Silvia E., Ob. Cit.

¹⁴FAMÁ, María Victoria, "Efectividad de la legislación argentina en materia de violencia doméstica: hacia una mirada integral e interdisciplinaria", en Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (coords.), *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*, Colección "Género, Derecho y Justicia", t. 7, Fontamara, México, 2011, ps. 2/4.

En la actualidad, existe una legislación clave para el abordaje de la violencia de género es la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales¹⁵. Dicha norma, de radical importancia ya que no sólo introduce cuestiones de fondo sino también cuestiones procedimentales, impone su vigencia y obligatoriedad automática en todo el territorio nacional, sin que sea necesario el dictado de normas de igual naturaleza en las provincias (arts. 7º y conchs. de la misma ley), deja a salvo únicamente las disposiciones de carácter procesal indicadas en el artículo, cuya incumbencia corresponde a las jurisdicciones provinciales las cuales pueden adherir a dicho régimen procesal previsto (art. 19). Sin embargo, y pese a lo afirmado en este artículo, hay algunas normas (Capítulo II del Título III) que son aplicables en todo el país. Se remarca, además, que sus disposiciones son indisponibles para los particulares y para los gobiernos locales, consagra expresamente el orden público –irrenunciable– de su contenido.

Esta nueva ley se distingue de su anterior 24.417, en cuanto el ámbito de protección a la mujer no se limita al familiar o doméstico sino que, como su nombre lo indica, pretende una protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Abarca la problemática de la violencia contra la mujer con una dimensión transversal, proyectando su influencia sobre todos los ámbitos de la vida. Asimismo, distingue distintos tipos de violencia comprendidas en la definición que da el artículo 4¹⁶.

¹⁵ Sancionada el día 11/3/2009.

¹⁶ 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

De acuerdo con el objeto de este trabajo, debe resaltarse que prevé expresamente a la violencia económica y patrimonial, la cual se dirige a ocasionar un deterioro, restricción o falta de acceso a los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes, pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales, la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna, y la limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo¹⁷¹⁸.

Por su parte, el mismo texto legal señala que la violencia puede asumir distintas modalidades en relación a los ámbitos donde se manifieste, entre los cuales menciona: la violencia doméstica o intrafamiliar, la violencia institucional, la violencia laboral, la violencia contra la libertad reproductiva, la violencia obstétrica y, finalmente, la violencia mediática.

por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

¹⁷El decreto reglamentario aclara el alcance de la violencia económica del inciso 4.c, en tanto incluye también las necesidades de los hijos/hijas menores que convivan con la mujer víctima de violencia, y las incorpora a los medios indispensables para que la mujer tenga una vida digna.

¹⁸Además prevé otros tipos de violencia, a saber: a) La violencia física, como toda aquella agresión, maltrato o amenaza de sufrir un daño que se ejerce contra el cuerpo de una mujer, afectando su integridad física. b) La violencia psicológica es la que afecta la integridad psico-emocional, causando daño, disminución de la autoestima o perjudicando el pleno desarrollo personal. c) La violencia sexual implica la vulneración del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, que engloba muchísimas prácticas tales como el acoso, abuso sexual con o sin acceso carnal, prostitución forzada, explotación, esclavitud y trata de mujeres. d) La violencia simbólica es la que se percibe a través de prácticas -generalmente sutiles- naturalizadas que transmiten y reproducen dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, la subordinación de la mujer.

5. Análisis de fallos.

Tal como se mencionara, en el último tiempo se han comenzado a dictar ciertos fallos que son dignos de mencionar porque, a la vez que sancionan la violencia económica sufrida por las mujeres, contribuyen a visibilizar tan grave problemática la mayoría de las veces oculta y, peor aún, protegida y recreada por los distintos agentes, operadores y/o instituciones.

Así, en relación a los autos “G., V.C. c/ F.M., J.M. s/ violencia familiar”¹⁹, el fallo de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia declara que el incumplimiento deliberado de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental por parte del denunciado constituye un claro ejemplo de violencia económica que vulnera no sólo el derecho humano de alimentación y desarrollo del hijo sino que constituye una verdadera violencia económica contra la denunciante, con el objeto de controlar su economía y la administración de su dinero, para continuar ejerciendo poder sobre ella.

La violencia contra mujeres víctimas que tienen hijos y que viven con ellas, al menoscabar la integridad de su patrimonio, también afecta indirectamente al hijo que se ve desprotegido en cuanto a los recursos materiales con los que debería ser asistido, y se violenta a quien resulta su única figura de sostén. Es decir, la omisión deliberada de cumplir con el pago de la cuota alimentaria constituye una clara violación de derechos fundamentales de las mujeres: al verse perjudicada la satisfacción de las necesidades fundamentales de su descendencia como consecuencia de la manipulación de su propia economía, paralelamente se viola su derecho a tener una vida digna y sin violencia.

¹⁹Dictamen de Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, sentencia de agosto de 2016, que revoca sentencia de primera instancia.

Asimismo, la Cámara resaltó que si en la instancia judicial respectiva, luego de obligar a la mujer a judicializar su reclamo y esperar durante toda la tortuosa tramitación del proceso (en el caso, cuatro años), en cuyo período se configura por lo general una clara manipulación judicial que procura la dilatación excesiva en el cumplimiento de obligaciones legalmente reconocidas, el Tribunal desconoce de la violencia económica padecida, ello profundiza la asimetría de poder entre las partes, empodera al violento y facilita la continuidad de la conducta opresora²⁰. De esta forma, se configura una clara violencia institucional. En otras palabras, dicho desconocimiento por parte del poder judicial constituye un nuevo acto discriminatorio en contra de la mujer -que se encuentra naturalizado por los patrones sociales y culturales que nos rigen- que inhibe gravemente su capacidad de gozar de sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad. La violencia institucional reproducida magnifica la violencia económica y la coerción sufrida por la víctima, en una clara violación de sus derechos humanos. Para prevenir y erradicar ello, es misión esencialísima de los operadores del derecho visibilizar esta grave problemática y sancionar y prevenir toda conducta violenta contra mujeres, so pena de violar paralelamente las obligaciones internacionales asumidas.

Otro fallo ejemplar es el emitido por el Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, Chubut²¹, que refleja el activismo de los magistrados como mecanismo de actuación indispensable para adoptar medidas eficaces que hagan cesar la violencia siempre ilegal e injustificada en perjuicio de las mujeres. Los hechos del caso son los habituales: la ex pareja de la actora -el Sr. P.- resultó denunciado por encontrarse en mora en el pago de las

²⁰ En el caso, la jueza de primera instancia rechazó el reclamo de una multa para prevenir y/o sancionar la falta de cumplimiento de la obligación alimentaria, con el fundamento de que la tramitación del proceso alimentario que la actora debió iniciar no basta para aplicar la Ley 26485 en cuanto contempla el instituto de la violencia económica.

²¹ Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, Chubut, en autos "S. c P. a/ violencia económica", de fecha 01/09/2017.

cuotas alimentarias fijadas en beneficio de las dos hijas. El Sr. P. replicó que carecía de empleo formal, que no era propietario de un comercio y que vivía en departamento alquilado. Sin perjuicio de ello, se constató que realizó maniobras evasivas y fraudulentas tendientes a justificar el incumplimiento de las prestaciones alimentarias²². El Juzgado intimó a que regularice el pago mensual y cuotas adeudadas, bajo apercibimiento de decretar su exclusión de la vivienda que ocupa y clausurar su fondo de comercio como medida conminatoria.

El magistrado, en el entendimiento de que la falta de pago de la cuota alimentaria afecta directa e intensamente a la madre, quien sufre una recarga económica que implica cubrir necesidades materiales de las hijas ante el aporte omitido dolosamente por el padre, con la consecuente limitación injustificada de sus propios recursos económicos, concluyó que se trata de un verdadero caso de violencia económica. Para impedirla, entendió que corresponde dictar las “medidas razonables” para asegurar la eficacia de la sentencia en los términos del art. 553 del CCyC, ante el incumplimiento reiterado. Por lo demás, el derecho a la prestación alimentaria debe obtener una protección judicial urgente y preventiva, adoptándose medidas cautelares tendientes a “evitar la repetición del acto de perturbación o intimidación, agresión o

²² En el expediente se acreditaron dos graves contradicciones: el accionado reconoció –pese a haberlo negado con anterioridad– que la cerrajería era de su propiedad, manifestando que dicho comercio sufrió un grave quebranto y debió liquidarlo; además, cedió gratuitamente a su hermano los “derechos de facturación” por servicios de cerrajería prestados a la provincia con fundamento en una deuda comercial, sin explicar su origen, contradiciendo los dichos vertidos en una audiencia anterior. Se acreditó que P. no cerró su comercio sino que lo trasladó. Ante dicha conducta, se realizó un reconocimiento judicial sorpresivo en el fondo de comercio, donde se le exigió que exhiba la documentación del mismo, ante lo cual respondió que la dueña era su actual pareja. Consecuentemente, el juez interviniente tuvo por probado que el activo principal que tiene la cerrajería es la prestación personal de P., como cerrajero; las distintas conductas del Sr. P., tuvieron (por ejemplo, las mentiras respecto de la propiedad del comercio, se acudió a la figura de la interposición de persona, creando la apariencia de que la actual pareja es la nueva propietaria, y la deuda con su hermano) demostraron la existencia de un engaño en perjuicio de las hijas y la ex pareja del ejecutado.

maltrato del agresor” (art. 16 inc. e y 26 inc. a, ap.7 de la Ley 26.485). La noción de conminación surge de la Convención Belém do Pará, al establecer que el Estado tiene el deber de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de perjudicar su propiedad (art. 7, inc d).

El juez consideró que habían sido ineficaces las legítimas amenazas de daño contenidas en las intimaciones previas, y correspondía que el poder judicial reaccione enérgicamente con una grave restricción a sus derechos constitucionales de comerciar y trabajar, como incentivo suficiente para lograr la conducta que se le exige²³. Es decir, dado que la intimación resultó una medida inidónea, debió ocasionarse un perjuicio actual y concreto que motive indirectamente el hábito de la obediencia y cese automático de la violencia económica desplegada por el incumplidor. Las medidas ordenadas no tuvieron la finalidad de castigar la conducta ya culminada sino vencer la resistencia al cumplimiento.

Las normas antes expuestas autorizan al juez a causar cualquier perjuicio razonable, moral o material al desobediente que menosprecia la autoridad del poder judicial, con la finalidad de forzarlo al cumplimiento de la sentencia. El límite a dichas medidas está dado por la imaginación y la mesura, y encuentran fundamento en las “atribuciones judiciales implícitas”, aún cuando el daño o consecuencia desfavorable se produzca fuera del ámbito del proceso. En el caso se consideró que, como la cuota alimentaria comprende la cobertura de las necesidades de asistencia, educación, esparcimiento, habitación, manutención, salud y vestimenta de ambas hijas, la medida conminatoria se dirige a perturbar en el padre deudor el

²³ Con el fundamento normativo mencionado, se ordenó a la Municipalidad de Rawson a que clausure inmediatamente el comercio (cerrajería), con el uso de la fuerza pública, sin poder obtener una habilitación comercial. Además, como modo de obstaculización de la clientela, se secuestró el teléfono celular del Sr. P. y se ordenó a distintas compañías telefónicas la prohibición de expedir nuevo chip y comunicando que el titular de dicha línea tiene suspendido el derecho de portabilidad numérica.

goce de cualquiera de esos rubros, menoscabando su fuente de ingresos y/o el disfrute del nivel de vida.

Por último, el juez ordenó que las medidas de clausura del comercio y la prohibición de portación de la línea telefónica subsistirían hasta el Sr. P. abone la deuda pendiente que debía ser liquidada al triple de la tasa de operaciones generales vencidas del Banco de Chubut, en razón del contexto de violencia económica y los ardides desplegados por el moroso, de conformidad con lo normado por el art. 552 del CCyC, y aclaró que un eventual recurso de apelación no suspendería ni interrumpiría la ejecución de las mismas.

Asimismo, resulta interesante citar otro fallo sustancialmente distinto en cuanto al fuero interviniente: la sentencia de Sala 1 de la Cámara Federal de Casación Penal, de fecha 30 de Diciembre de 2016²⁴²⁵. En dicha causa, se investigó la maniobra pergeñada por E.Á.R. para perjudicar patrimonialmente a quien por entonces era su cónyuge, G.N.M., querellante en dichos actuados, y lo acusó de haber enajenado el vehículo adquirido durante el matrimonio con fondos de carácter ganancial, a espaldas y sin el consentimiento de su ex mujer, quien en consecuencia se vio perjudicada al no recibir el dinero que le correspondía por la venta del bien. A tal fin, el acusado falsificó las firmas de su ex mujer y justificó la ausencia de su cónyuge con la excusa de un cuadro depresivo a raíz del conflicto matrimonial. Asimismo, en orden a perfeccionar tal

²⁴No obstante, puede mencionarse que la jurisprudencia actualmente se expide sobre la temática en procesos de diversa índole. A modo de ejemplo, también puede citarse la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia Rosario, 7ª Nom., de fecha 18/08/2017, en los autos "L., S. M. c. M., C. D. s/ tutela anticipada", donde se requirió como medida de protección ante una situación de violencia económica el adelanto de bienes que en definitiva se le asignarían como consecuencia de la disolución de sociedad conyugal en virtud del divorcio vincular. Los magistrados realizaron también en esta oportunidad, una lectura del caso en clave de género e hicieron lugar a lo peticionado.

²⁵Legajo N° 1 –“QUERELLANTE: MONTERO , GRACIELA NORA; IMPUTADO: REYES, EDUARDO ÁNGEL Y OTROS s/LEGAJO DE APELACION”.

operación, llevó a una mujer al Registro de la Propiedad Automotor quien se hizo pasar por M.

De dicho fallo, es de resaltar el voto del Dr. Hornos, quien plantea argumentos mediante los cuales detecta y visualiza los estereotipos de género en nuestra sociedad y menciona la responsabilidad de los funcionarios y operadores del sistema en la revisión y modificación de los patrones culturales que perpetúan la violencia contra la mujer. Los otros dos magistrados encuadran su decisión en un argumento de dogmática jurídica: como se encuentra afectado el bien jurídico "fe pública", la excusa absolutoria fundada en la relación conyugal no opera.

La formación de funcionarios y magistrados con perspectiva de género resulta fundamental a fin de que puedan detectar las maniobras violencias en perjuicio de las mujeres y que por medio de sus sentencias coadyuven a sancionar y desterrar aquellos patrones socioculturales que promueven la discriminación del "género débil". En el caso, el marido afirmó falsamente que la ausencia de su cónyuge ante el comprador del vehículo se debía a un supuesto "cuadro depresivo" que padecía a raíz del conflicto matrimonial. En su voto, el Dr. Hornos concluyó que "...la conducta desplegada por R. orientada a defraudar los derechos patrimoniales de su cónyuge, para lo cual falsificó su firma y su identidad y, en consecuencia, privó a G. M. del dinero que le correspondía por su parte del vehículo, constituye violencia de género del tipo económica y bajo la modalidad de violencia doméstica (artículos 5.4.a y 6.a de la ley 26.485)" y que "debe también resaltarse que el desarrollo de la maniobra investigada estuvo rodeado de prejuicios asociados a estereotipos discriminatorios hacia la mujer". Ello es así dado que "el descalificativo empleado para describir una falsa situación, se corresponde con un estado estereotipado de la mujer con dolencias psiquiátricas y, por ende, de superioridad del sexo masculino, que es preciso erradicar de la sociedad en orden a alcanzar la igualdad de género, como mandato constitucional y convencional imperativo".

El caso mencionado conlleva el análisis del art. 185 inc. 1 del Código Penal, en cuanto prevé una excusa absolutoria entre los cónyuges por delitos de orden patrimonial taxativamente enumerados: hurtos, defraudaciones y daños. Ello implica que, si bien esas conductas constituyen delitos, por motivos de política criminal deben estar exentas de punibilidad y, por ende, no procede la investigación penal de estas infracciones cometidas "intramuros" del hogar. Esta norma, construida a la luz del modelo patriarcal, no resiste el análisis o control de convencionalidad dado que atenta claramente con los mandatos internacionales asumidos y mencionados anteriormente, toda vez que garantiza la total impunidad de los delitos cometidos contra la mujer y favorece la perpetuación inveterada de la violencia en su contra y protege los patrones estereotipados que legitiman esa discriminación.

6. Reflexión final.

Los fallos expuestos llevan a reflexionar sobre la necesidad de que los magistrados adopten medidas que, en cada caso, sean eficaces para lograr el cumplimiento de las resoluciones judiciales, más aun en aquellos casos en que se constatan actitudes que importan un verdadero ejercicio de coerción y violencia en perjuicio de las mujeres. En procura de dicha eficacia, pueden adoptar medidas variadas con el único límite de la imaginación y, claro está, la razonabilidad. En la actualidad, como consecuencia del marco normativo referenciado, resulta innegable que en los procesos de familia se ha producido "...una notable reconfiguración del rol de los jueces, a tono con las exigencias que se derivan de las circunstancias sociales, en una sociedad democrática, pluralista, dinámica y crecientemente participativa. Se le atribuye un mayor y más comprometido protagonismo como "motor y artífice relevante en la implementación de las transformaciones" que se persiguen a través de la aplicación e interpretación de las novedosas instituciones que se crean y su articulación con las existentes. El juez debe ser la cara

visible de una justicia auxiliaria, de colaboración, de “acompañamiento”, el núcleo central de una jurisdicción que no solo es dirimente sino, antes bien, protectoria”²⁶.

En los casos como los comentados resulta indispensable que se adopte dicho rol activo como modo de hacer cesar la violencia que diariamente se despliega contra las mujeres. En caso de que esto no ocurra, es decir, si el Poder Judicial hace caso omiso de los reiterados reclamos, si se constatan conductas que dolosa y deliberadamente omiten el cumplimiento de obligaciones legales y ocasionan una grave vulneración de derechos fundamentales, puede configurarse la denominada violencia institucional contra la/s mujer/es involucradas, en los términos de lo normado por el art. 6 inc. b de la Ley 26.485²⁷.

Por lo demás, el poder judicial -y todos los operadores del derecho que intervengan- debe operar justamente como garante de los derechos de las mujeres víctimas de violencia, ante lo cual se debe operar a pedido de parte o de oficio en el dictado de medidas urgentes conducentes a hacer cesar de manera inmediata la conducta violencia, evitar su repetición y aún, adoptar medidas preventivas, y ostentan de las más amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso (arts. 16, 22, 26, 27, 30, 31, 32 y concordantes de la Ley 26.485). En caso de no hacerlo, operaría como un verdadero encubridor, protector del agresor y fortalecedor de su situación de poder e impunidad, a la vez que se convertiría paralelamente en

²⁶ BERIZONCE, Roberto O., “El Juez acompañante en los procesos de familia”. RDP, 2015-2, PP.187-212.

²⁷ “ARTICULO 6º.- Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: (...) b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil; (...)”.

perpetrador de violencia institucional. Por si fuera poco, dicha omisión antijurídica por parte de un organismo del Estado contraría todas las normas que lo obligan a adoptar medidas positivas de protección y tutela diferenciada, y al incumplir tales mandatos haría pasible a la República Argentina de responsabilidad internacional.

En efecto, ya no es posible sostener que la violencia que se desarrolla en el ámbito doméstico es un supuesto en el cual el Estado no debe intervenir ya que dicha concepción, a partir de las distintas obligaciones asumidas por el Estado, es una cuestión que escapa a las partes y por tanto tiene trascendencia pública: el Estado se comprometió a erradicar esa violencia, como pilar fundamental para alcanzar la plena vigencia de los derechos humanos en condiciones de igualdad.

En fin, la negligencia y/o falta de efectividad del Estado para prevenir estas prácticas degradantes así como para procesar y condenar a los agresores en casos de violencia económica contra la mujer crea un ambiente que facilita y reproduce esa violencia. Ello es así dado que al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado para investigar y sancionar dichos actos se propicia su prosecución a la vez que puede generar la mentada violencia institucional. Debemos bregar por la toma de conciencia de los distintos agentes y operadores del sistema para lograr la tan pretendida efectividad y eficacia de las medidas judiciales como forma de protección de los derechos humanos, en el entendimiento de que el valor en juego no es más ni menos que la dignidad de las mujeres.



LA JUSTICIA COMO COTIZADORA DE CUERPOS: LOS QUE VALEN MÁS Y LOS QUE VALEN MENOS.

Paloma Galmes

Ana Josefina Villagra

1. Introducción.

Históricamente la sociedad ha construido una imagen de víctima ideal. Blancos, clase media alta, sanos, trabajadores, honestos, en fin, aquel que reúna todos los requisitos que les permita verse reflejados. Desde las charlas en el club hasta las prácticas judiciales, y ni hablar de los medios de comunicación, se hacen eco de estos parámetros sociales y los reproducen. En los últimos tiempos, el feminismo ha centrado la atención sobre cómo estas construcciones son utilizadas como medio para desacreditar ciertos relatos que visibilizan a la mujer como víctima histórica de una sociedad patriarcal y clasista.

Este trabajo pretende analizar cómo esos ámbitos construyen o hacen de la mujer una buena víctima o una mala víctima, influyendo así en la suerte que corren sus casos en la justicia. Centrándonos en los delitos contra la integridad sexual, los cuales continúan siendo tratados bajo parámetros antiguos y conservadores, que no concuerdan con la reforma legislativa del año 1999 de la ley 25.087; bajo la hipótesis de que un mismo relato ganará o perderá credibilidad dependiendo de las características

personales de la mujer que lo cuenta, en violación del artículo 5 de la CEDAW.

2. Construcción histórica de la víctima.

El origen etimológico del término víctima podría situarse en el vocablo latino *victima*, “ser vivo sacrificado a un Dios”. Al día de hoy, las acepciones aceptadas de la palabra víctima en el diccionario de la RAE son la de “persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra, persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita, y persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito”. En la evolución del término, pese a su secularización, se mantiene la noción etimológica de la víctima en relación con la idea de un daño que se hace a una persona o animal en pos del beneficio de otro, es decir lo sacrificial se mantiene como un rasgo definitorio. (Arias, 2012)¹

Desde la victimología², distintos autores han clasificado diferentes categorías de víctima. Las dos más importantes son las realizadas por VonHentig en 1948 y Mendelsohn en 1958. El primero distinguió a las víctimas de acuerdo a cuatro criterios: las características de la situación, las actitudes propias del individuo, la capacidad de resistencia y la propensión a ser víctima. Por otro lado, Mendelsohn establece como criterio la valoración de la implicancia

¹ARIAS, M., *Teoría crítica y derecho humanos: hacia un concepto crítico de víctima*. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas, volumen 34, Nº 4, 2012, paginas 31-60.

²“La victimología puede ser definida hoy como una ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimización y desvictimización. Conciérne pues a la victimología el estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimización (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima.” Josep M Tamarit Sumalla (“Manual de Victimología”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006).

de la víctima en el hecho; así, a más responsabilidad de la víctima en el hecho delictivo, menor culpabilidad del victimario.

Es decir, ambos definen a la víctima como un sujeto capaz de influir significativamente en el hecho delictivo, su estructura, su dinámica y su prevención. De esta manera delimitan la construcción de una víctima inocente o ideal, que es aquella que no tiene responsabilidad alguna en el hecho, y la víctima infractora o simulada, que tiene asociada responsabilidad en el hecho.

A pesar de las contribuciones de estos autores, la victimología de visión masculina no siempre operó en beneficio de la “víctima olvidada”. Más bien contribuyó al desarrollo de una tendencia a “culpar a la víctima”, que subsiste hasta hoy. Así, desde el principio la noción de víctima culpable ha sido un componente importante de la victimología como disciplina y de su ideología del delito. Esta imagen de víctima culpable ha trascendido los estudios académicos y se reproduce constantemente en el discurso popular (Madriz, 2001).³

De esta manera, cuando se define una víctima, se está definiendo al mismo tiempo lo que no es víctima, lo que no es aceptable como tal, y lo que merece o no ser públicamente castigado (Hickman, 2008).⁴

La importancia de esto radica en comprender cómo las víctimas son concebidas como aceptables o inaceptables, cómo incluso llegan a ser negadas como víctimas, y cómo esto se puede extrapolar al tratamiento de la víctima a nivel criminológico y social; tiene el potencial de permitirnos ser capaces de comprender de qué manera se determina que una víctima sea considerada merecedora de castigo. Nos aportaría medios para atajar críticamente tipologías

³MADRIZ, Hester. *A las niñas buenas no les pasa nada malo*. Siglo XXI (Mexico), páginas 94-95.

⁴HICKMAN, H. (2008). *Estructura, poder y discurso. Un análisis de la disciplina en un colegio de la ciudad*. PennGSE Perspectives on Urban Education N° 2, Vol. 5, 2001, páginas 1-9.

que cargan a la víctima por el mero hecho de serlo, y para que la persona que consideramos una víctima sea capaz de definirse y defenderse discursivamente a sí misma (Correa Blázquez y Fernández Ramírez, 2016)⁵.

Es decir, existen ciudadanos y colectividades que a pesar de ser víctimas del sistema de derecho vigente son excluidos de la conciencia social de víctima por no gozar de derechos institucionalizados o por una aceptación generalizada de que sus derechos no merecen ser respetados. Estas víctimas son la mujer en la sociedad machista, las razas no blancas en la sociedad racista occidental, los homosexuales en las estructuras heterosexuales, las clases explotadas por una economía de lucro, los inmigrantes, etc.

3. La mujer en la sociedad machista.

Históricamente las mujeres han sido consideradas inferiores, y se las ha educado en consecuencia. Se les ha impuesto desde su manera de vestir hasta los límites de su deseo sexual.

El mayor o menor acatamiento a los requerimientos morales de las instituciones y la sociedad ha contribuido a su clasificación y categorización. Se ha diferenciado a la mujer merecedora de respeto de la mujer inmoral que no la hace merecedora de amparo y protección.

De acuerdo a los términos conceptuales de víctima que se han delineado a lo largo del trabajo, esta distinción va a marcar una distribución selectiva y estigmatizante del estatus de víctima, en el cual solo quedaría inserta aquella que ha acatado los comportamientos socialmente impuestos.

⁵CORREA BLAZQUEZ Magdalena y FERNÁNDEZ RAMÍREZ Baltasar. *La construcción del mito de la víctima aceptable*. En Revista de victimología N°4, 2016, paginas 31-52.

Para Crenshaw, más que el problema de la existencia de categorías se trata de analizar qué valores se asocian a las mismas desigualdades y cómo tales valores promueven y crean jerarquías sociales⁶.

De esta manera no todas las mujeres que padecen violencia son iguales en el imaginario social, existen las “buenas víctimas” y las “malas víctimas”. Su construcción se produce a partir de la intersección de género, edad y posición racializada, que tiene soporte en un cuerpo y una estética que legitima lo que han padecido⁷.

Desde el foco en la estética “provocativa”, a la exposición en las redes sociales, las malas relaciones familiares, las salidas nocturnas y los gustos sexuales, influyen en la construcción de una mala reputación previa de la mujer víctima que reduce la posibilidad de ayuda hacia ella (Soria y Hernandez, 1994)⁸.

Algunos trabajos han señalado que la violencia física y muerte de ciertas personas goza de legitimidad cultural en virtud de su corporalización extrema. Y en esta misma línea se habla de sistemas de violación fuertemente racializados, donde las jerarquías raciales se reproducen en los actos de violencia sexual. En virtud de tal sistema, algunas mujeres, como las negras o las indígenas,

⁶CRENSHAW, K. *Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color*. En PLATERO, R. (Ed), *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, 2012 (1° ed., páginas 87-122). Barcelona: bellaterra.

⁷TOMASINI, M. y MORALES, M. G. *La “mala víctima”. Cuerpos, estéticas juveniles femeninas y violencia sexual*. Anuario de investigaciones, volumen XXIII, 2016, facultad de psicología UBA.

⁸SORIA VERDE, M. y HERNANDEZSANCHEZ, J. (1994). *El agresor sexual y la víctima. Una aproximación desde la psicología jurídica y forense*. (1° ed.). Marcombo: Barcelona.

aparecen como menos merecedoras de respeto que otras (Boesten 2008)⁹.

En este marco, MacRobbiese refiere a la percepción de la chica hipersexualizada en distintos medios de comunicación. Estos promueven mensajes que muestran como ser una chica socialmente aceptable a partir de la gestión de la apariencia. El entramado de tales significantes interviene en la construcción de mujeres (hetero) sexualmente deseantes y (hetero) sexualmente deseables.¹⁰

Estos imperativos en torno al cuerpo y la estética en el marco de la teoría de cosificación generan la socialización de las mujeres como conciencia corporal cosificada. Esto implica la percepción de ellas como objetos sexuales y favoreciendo la asunción de un punto de vista externo de su propios cuerpos.

Estas mismas presiones por convertirse en alguien deseable, como lo exige la sociedad, ubica a las chicas en una posición ambigua en la cual el límite entre su constitución como tal y el exceso de ello genera una sanción social que puede llegar a ser incluso el ejercicio de la violencia.

El patriarcado capitalista opera social y culturalmente en la construcción de las niñas como objeto de consumo privilegiado, convocándolas a constituirse bajo la premisa que impone una precoz hipersexualización de las identidades para luego reducirlas a la cosificación más extrema.

Esta atribución de ser una mujer de dudosa moralidad entra dentro de la matriz de jerarquización de género dentro de la cual hay mujeres que son descartables, es decir se convierten en un objeto

⁹BOESTEN, J. *Narrativas de sexo, violencia y disponibilidad: Raza, violencia y disponibilidad: Raza, genero y jerarquías de la violación en Perú*. En WADE, P., URREA Giraldo, F. y M. VIVEROS VIGOYA (Eds.), *Raza, etnicidad y sexualidades: ciudadanía y multiculturalismo en América Latina*, 2008 (1° ed., paginas 199-220). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

¹⁰MCRORBIE, A. "Top Girls?". *Young Women and the post-feminist sexual contract. Cultural Studies*, 21 (4-5), 2007, paginas 718-737.

sexual para ser usadas y desechadas. Su estética y sus prácticas corporales vuelven a la portadora responsable de la violencia ejercida sobre ella (Soria y Hernandez, 1994)¹¹.

“Cuando resultan exterminadas por el dispositivo sancionador machista, si no logran superar el estándar de la víctima acorde con las expectativas, serán doblemente lapidadas, primero por sus victimarios, luego por el discurso dominante que, tras machacar con que la clave del éxito está en la disposición (para los demás) de sus cuerpos, en la misma operación las condena por eso.

Este último golpe de domesticación es parte indispensable de esa violencia expresiva y como tal está dirigida a las que escuchan: para que aprendan a ser buenas chicas y vean cual es el lugar correcto, por donde circular y por donde no; y si aun las cosas van mal, al menos serán confirmadas como buenas víctimas. Incluso si mueren, podrán ser víctimas perfectas. Claro que si son blancas, ese es un camino menos escabroso”. Arduino (2015)¹²

Este sistema que culpa a las víctimas reproduce la idea de que las mujeres que asuman los atributos masculinos serán responsabilizadas por ello, como dice Lydia Lunch “por pasar sus días buscando satisfacción, o peor aún, su satisfacción”.

Esta construcción de “mala víctima” discursivamente se ve reforzada en las nociones de precariedad, que socialmente diferencian entre aquellas víctimas dignas y no dignas de duelo, es decir, desde el discurso dominante, algunas pérdidas de vida son presentadas como dignas de llanto y otras son sustraídas de la

¹¹SORIA VERDE, M. y HERNANDEZSANCHEZ, J. *El agresor sexual y la víctima. Una aproximación desde la psicología jurídica y forense*, 1994 (1º ed.). Marcombo: Barcelona.

¹²ARDUINO, Ileana. *La mala víctima*. Revista Anfibia, Universidad Nacional de San Martín, 2015. Disponible en URL <http://revistaanfibia.com/ensayo/la-mala-victima/>

solidaridad empática y condenadas a soportar una exposición diferencial a la violencia y la muerte (Arduinio, 2015).¹³

Estos modelos, por un lado presentan a la buena víctima caracterizada por su pérdida de oportunidad, sueños truncados, vidas arrebatadas, y por el otro, a aquella definida por sus carencias, los famosos “Ni Ni”, ni estudian, ni trabajan, ni son buenas niñas, y como consecuencia de ello tampoco son una buena víctima.

A pesar de que ambas víctimas comparten una precariedad en términos de género, a las “malas víctimas” se les suma la precariedad diferencial de ser pobres, negras, adictas, putas, tienen un “pero” para la sociedad que justifica lo que les pasó: con quién o en qué andaba, cómo se vestía, si se drogaba o no, cómo o con quién tenía sexo, si vendía servicios sexuales, si se sacaba *selfies* en poses provocativas, si ejercía su sexualidad libremente (Silvestri, 2017).¹⁴

Se les atribuye la carga de ese “no sé qué” que le permite a la sociedad mirar para otro lado bajo la excusa de “eso a mí no me va a pasar”, “por algo será” o “quien mal anda, mal acaba”.

4. Sobrevivir como prueba de la mentira.

Bajo esta lógica de la selectividad, cualquier cosa que hagan las mujeres las pone en duda, sin importar qué fue lo que las victimizó. Pero en los delitos sexuales todos esos estereotipos se agravan porque vivimos en sociedades en las que no es relevante lo que efectivamente hizo el acusado y lo relevante es lo que hizo o dejó de hacer a lo largo de toda su vida la víctima, sociedades que

¹³ ARDUINIO, Ileana. *La mala víctima*. Revista Anfibia, Universidad Nacional de San Martín, 2015. Disponible en URL <http://revistaanfibia.com/ensayo/la-mala-victima/>

¹⁴ SILVESTRI, Leonor. *No me callo mas, ni tampoco me calmo nada. Una humilde opinión a la misoginia modificación de la ley 24660*. Al margen del margen, 2017.

enseñan a las niñas a no ser violadas en lugar de enseñar a los varones a no ser violadores.

La sociedad en su imaginario social construye una imagen de víctima ideal de los delitos sexuales, el cual utiliza de modelo y límite para encuadrar y diferenciar cada relato. Cuando el testimonio de la víctima se aparta de esa imagen, se lo pone en el banquillo de los acusados y todo lo que diga y haga ella y su entorno se vuelve dudoso.

No solo se les exige un comportamiento previo acorde a los estándares morales de la sociedad que les permita probar que no se expusieron voluntariamente a la agresión sexual, sino que durante la misma y con posterioridad la víctima debe renunciar a su vida para que la opinión popular le crea. No alcanza con el dolor privado, se les exige exteriorizarlo para que su rutina no se utilice como prueba por parte de la defensa.

Se las revictimiza, no bastando con que hayan visto ultrajada su intimidad, sino que también se las priva de hacer con su experiencia lo que quieran porque cualquier cosa que hagan pone en duda el hecho de la violación. Sobrevivir, negociar, cualquier cosa excepto morir físicamente o de pena, quiere decir que no te violaron. Sobrevivir es la prueba de su mentira.

La sociedad, los medios de comunicación y hasta las prácticas judiciales, les exigen una vida respetuosa de sus parámetros, para acompañarlas y protegerlas en casos de violencia sexual. Y si son “malas víctimas”, si eligieron vivir a su manera, el juez de turno será el encargado de dar el consentimiento que a ellas les faltó.

“Porque es necesario quedar traumatizada después de una violación, hay una serie de marcas visibles que deben ser respetadas: tener miedo a los hombres, a la noche, a la autonomía, que no te gusten ni el sexo ni las bromas. Si no eligió resistirse aun pudiendo ser asesinada, es que le estaba gustando, porque, probablemente,

ella lo iba buscando. Debió haber renunciado a su vida para que la opinión popular le creyera” (Aznar, 2017)¹⁵.

Todos estos pensamientos naturalizados y arraigados en la sociedad son una pieza clave en la cultura de la violación bajo la que nos hemos educado. Pues, si solo las consideran una cosa, no sería necesario ni que consintieran.

5. Masculinidad del derecho.

El sistema penal, salvo situaciones contingentes y excepcionales, no solo es un medio ineficaz para la protección de las mujeres contra la violencia (particularmente la violencia sexual), si no que duplica la violencia ejercida contra ellas. Se trata de un subsistema de control social, selectivo y desigual, tanto de hombres como de mujeres, de un sistema de violencia institucional, que ejerce su poder y su impacto sobre las víctimas.

El sistema penal duplica la victimización femenina, pues además de la violencia sexual masculina, la mujer se convierte en víctima de la violencia institucional, que reproduce dos grandes tipos de violencia estructural de la sociedad: La desigualdad de clases y la desigualdad de género, recreando y utilizando los estereotipos inherentes a estos dos tipos de desigualdad.

Este sistema, no solo es ineficaz para proteger a las mujeres contra la violencia sino que además, las somete a juicio y las divide. No juzga a las personas, sino que selecciona a los autores y a las víctimas de acuerdo a su reputación personal. En el caso de las mujeres, de acuerdo con su reputación sexual, estableciendo una línea divisoria entre las mujeres consideradas “honestas” (desde el punto de vista de la moral sexual dominante), que pueden considerarse víctimas del sistema; y las mujeres “deshonestas” (de

¹⁵ AZNAR, Rosario. *La violación no terminará contigo*. Pikaramagazine, 2017.

las que la prostituta es el modelo radicalizado), que el sistema abandona en la medida que no se adecuan a los patrones de moralidad sexual impuestas por el patriarcalismo a la mujer (Pereira de Andrade, 1997).¹⁶

El discurso feminista de la neocriminalización reproduce la dependencia masculina, en la búsqueda de la autonomía y emancipación femenina; en la búsqueda de liberación de la opresión masculina recurren a la protección de un sistema clasista y sexista, corren de los brazos violentos del hombre para caer en los brazos del Estado institucionalizado en el sistema penal, donde encuentran la misma respuesta discriminatoria en otro lenguaje.

6. Reforma de la ley 25.087: de la honestidad a la integridad sexual .

Desde el año 1921, con la sanción del Código Penal Argentino, los delitos sexuales han encerrado en su tipicidad un conjunto de prejuicios y estereotipos tanto para con las victimas como para con los victimarios.

En su origen, fueron llamados delitos contra la “honestidad”, y tuvieron que pasar 78 años para que los legisladores consideraran necesario cambiar el nombre y el bien jurídico protegido por el Capítulo III del Código Penal Argentino.

Además de las omisiones y errores de los tipos penales en particular, que el bien jurídico protegido fuera la “honestidad” conllevó a una reducción y reinterpretación de qué era lo que se afectaba con los delitos sexuales y a quién o sobre qué recaían las consecuencias de esos aberrantes hechos.

¹⁶ PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *Criminología e feminismo: da mulher como vitima a mulher como sujeito de construcao da cidadania*. Sequencia 35, 1997, paginas 42-49.

Si buscamos “honestidad” en las enciclopedias o diccionarios jurídicos encontramos, entre otras definiciones: “Decencia y pudor, particularmente en materia sexual”; “Como bien jurídico protegido comprende los delitos de adulterio, violación y estupro, corrupción y ultrajes al pudor y rapto. Puede decirse que lo que se ataca con estos delitos son los sentimientos que se refieren a la moralidad y normalidad de los actos sexuales”; “Castidad, decencia, moderación en las personas, dichos y hechos”; “Pudor, recato, decoro”; “Modestia y cortesía”.

A raíz de estas interpretaciones, la aplicación literal del término honestidad en los delitos sexuales llevaba a sostener que quien tuviera experiencia sexual no podía ser sujeto pasivo del delito. La experiencia sexual desplazaba la honestidad, salvo en el caso de la mujer casada, quien la adquiría y practicaba dentro de los cánones legitimados de la actividad sexual matrimonial. (Zaikoski, 2013)¹⁷

Pero en realidad, la mujer al contraer matrimonio lo que adquiría, además del ejercicio de su sexualidad, era la venia de la sociedad para hacerlo, dejaba de ser juzgada y cuestionada por la opinión de los familiares y vecinos. Ingresaba en los cánones legitimados de actividad sexual.

Como contrapartida, quien ejercía la actividad sexual fuera del matrimonio resultaba excluida y cuestionada por la sociedad y la ley.

Esta connotación moral en el tipo penal, respondía a consideraciones sociales acerca de la sexualidad y tenía directa

¹⁷ ZAIKOSKI, Daniela. ¿Qué cambio con la reforma de la ley 25087? Análisis de sentencias penales sobre delitos sexuales. Revista perspectivas de las ciencias económicas y jurídicas. Vol 3 N° 1., 2013, Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNPam.

relación con el modelo de hombre, mujer y niño/a al interior de la familia, que sostuvo el derecho por largo tiempo. (Zaikozki, 2013)¹⁸

Incluso, respondía a una concepción medieval de la violación, en la que lo afectado era la honra de los hombres de la familia, quienes tenían derecho a disponer de las mujeres, ignorando, de esta manera, la voluntad, el deseo y la libertad de la mujer.

Finalmente, en el año 1999 con la reforma de la ley 25.087 se reformo el título III del Código Penal Argentino y se introdujo un nuevo bien jurídico protegido: “la integridad sexual”, que en principio se muestra ajeno a las consideraciones ético-morales presentes en el anterior tipo.

Esta reforma fue el resultado de la movilización y reclamos realizados por los grupos feministas, y recogió postulados del derecho penal, los derechos humanos y los estudios de género.

La importancia que representa la existencia de un bien jurídico ajeno a cuestiones morales, religiosas y de elecciones personales, es la posibilidad de que cualquier persona que es víctima de estos delitos sea considerada como tal, sin importar de qué forma vive y ejerce su sexualidad. Son tipos penales que, aplicados idealmente, deberían estar ajenos a toda consideración personal realizada por los juzgadores y aplicadores del derecho, y estar orientados únicamente a comprobar los elementos del tipo.

Ahora bien, a pesar de esta modificación, y como vimos a lo largo de todo el trabajo, bajo la búsqueda de la verdad en los casos de delitos sexuales, aparecen prejuicios acerca de cómo fueron los hechos, que importancia tienen o que preconceptos existen acerca de quienes lo cometieron y sobre qué debió hacer la víctima.

Sumado a ello, y teniendo en cuenta que la sanción aplicada en el marco del derecho conlleva siempre un mensaje implícito para

¹⁸ ZAIKOSKI, Daniela. *¿Qué cambio con la reforma de la ley 25087? Análisis de sentencias penales sobre delitos sexuales*. Revista Perspectivas de las ciencias económicas y jurídicas. Vol 3 N° 1, 2013, Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNPam

un destinatario muy distinto del sujeto pasivo del castigo, en los delitos contra la integridad sexual cuando se castiga, no solo se lo hace al imputado, también se emite un mensaje ejemplificador o disuasorio.

Y como contrapartida, cuando absuelven no solo le dicen al victimario que no transgredió ningún orden social sino que al mismo tiempo están interpelando a la víctima. A ella y a otros potenciales sujetos pasivos de un delito, el discurso jurídico les está diciendo que es posible padecer aquello que sufrieron, que es posible que aquello que sufrieron no sea delito después de todo.

Incluso, a 20 años de la reforma de la ley 25.087, persiste en los operadores la atribución de ciertos caracteres a la víctima tales como el ser honesta, ser buena mujer, provocadora, u otros; cuando en los mismísimos fundamentos de la ley se explicaba que se cambiaba la condición de ser honesta por el derecho a la integridad sexual, siendo la honestidad un concepto moral que adjetivando la sexualidad de la víctima en realidad demostraba el carácter machista del discurso jurídico. (Zaikoski; 2013)¹⁹

Es aquí donde radica la importancia de la aplicación e invocación del derecho, cómo se interpreta el derecho que se invoca y qué funciones cumple, qué encubre y qué imaginario sostiene. Si los jueces siguen fallando en base a la moral sexual y al estereotipo tradicional de familia, mujer y niñez, si en las declaraciones se siguen preguntando cuestiones personales de la víctima, la reforma de la ley 25.087 no ha cumplido su objetivo y se ha quedado únicamente en la letra de la ley.

Y más importante aun es entender que dichas interpretaciones y prejuicios encubiertos en una norma, la distorsionan. La norma en si es neutral, debería aplicarse de igual forma a los casos en concreto. Son las practicas de los operadores

¹⁹ ZAIKOSKI, Daniela. *¿Qué cambio con la reforma de la ley 25087? Análisis de sentencias penales sobre delitos sexuales*. Revista Perspectivas de las ciencias económicas y jurídicas. Vol 3 N° 1, 2013, Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNPam

judiciales las que hacen el resto; las que parecen no haber receptado el cambio legislativo del año 1999, las que parecen no haberse adaptado a los cambios sociales y culturales, las que parecen no entender la libertad de las mujeres, las que parecen querer adoctrinar a las mujeres más que condenar a los delincuentes.

7. La “mala víctima” en las prácticas judiciales.

Los estereotipos de género analizados, además de distorsionar las percepciones sociales sobre los relatos de las mujeres víctimas de delitos sexuales, en la práctica judicial conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos. Afectando de esta forma el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial.

Desde el momento de la denuncia, las mujeres deben enfrentarse a un ambiente de discriminación basado en el género, el cual se refleja en la reducción de sus relatos a detalles morbosos y la emisión de juicios sesgados y discriminatorios, la minimización del hecho y su calificación como pasional, la desconfianza en el relato de la víctima, y prácticas hostiles que culpan a la víctima y su familia, en razón de su estilo de vida, la ropa que usa, las horas que pasa en la calle, o por sus relaciones sentimentales anteriores, etcétera (Comisión IDH, informe 2011)²⁰.

Este proceso victimizante tiene la carga de ser exigido socialmente, como prueba del hecho relatado. Ya que la prueba máxima de que no fuiste violada es que no hiciste la denuncia. Con el agravante de que luego de hacerla no hay instituciones que acompañen dicho acto y protejan a la denunciante. Esto puede generar que la víctima abandone el proceso o se niegue a cooperar con la acusación.

²⁰ Comisión IDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, la OEA/Serv.L/V/II, 2011. Páginas 203-266.

Estas prácticas revictimizantes violan el derecho de acceso a la justicia e incrementan la desconfianza de las víctimas en que la estructura del estado puede realmente protegerlas de la violencia (Pique y Pzellinsky, 2015)²¹.

Todo el sistema judicial se ve atravesado por los estereotipos y la selectividad, que tiene su corolario en la sentencia del juez. Pero existe una etapa preliminar en los procesos judiciales en la que se decide si un caso pasa a juicio, cómo pasa y con qué pruebas. Los operadores y operadoras del derecho deben controlar con eficacia y perspectiva de género la información sujeta a análisis, sobre todo si respeta las prohibiciones de litigar y decidir en base a estereotipos de género.

Las leyes de violencia contra las mujeres y todos los instrumentos de derechos humanos exigen que todos los poderes del estado tengan la obligación de no sucumbir ante sesgos de raza, nacionalidad, género, edad, etcétera.

Cuando la decisión judicial se salda a fuerza de prejuicios, cuando los jueces se atajan con expresiones “sin ánimo de juzgar la vida privada de la víctima” para luego relatar el estilo de vida y los gustos sexuales de la misma, hace a la decisión en sí misma violenta; se deja de hablar de los hechos para hablar de la víctima. Una sentencia de jueces técnicos basada en prejuicios, ya sea de condena o absolución, es arbitraria. No interesa la opinión que los operadores y las operadoras del derecho tengan de la víctima, su función es dar razones legítimas de lo que alegan o resuelven, y los prejuicios sexistas no lo son (Arduino y Lorenzo, 2018)²².

En este sentido, para que las mujeres víctimas de violencia sexual accedan a la justicia se debe garantizar en el proceso una

²¹ Pique, María Luisa y Pzellinsky, Romina. Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctima de violencia de género. Revista jurídica de la Universidad de Palermo, año 14, N° 2., 2015, Páginas 228-229.

²² ARDUINO, Ileana y LORENZO, Leticia. Lucía Pérez y la justicia patriarcal, imposible violar a una mujer tan golosa. Revista Anfibia, 2018. Disponible en URL <http://revistaanfibia.com/ensayo/imposible-violar-a-una-mujer-tan-viciosa/>

previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas.

8. El Estado Argentino en falta ante la comunidad internacional.

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 5 establece que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;...”

En este sentido, la CEDAW y las Observaciones Generales del Comité de la ONU que interpretan esa convención, junto a las leyes de violencia contra las mujeres y todos los instrumentos de derechos humanos que exigen que todos los poderes del estado tienen la obligación de no sucumbir ante sesgos de raza, nacionalidad, género, edad, etc., le marcan el camino a los operadores judiciales y ponen en sus manos una obligación internacional operatoria y de obligatorio cumplimiento: la prohibición de decidir con estereotipos.

El 1 de noviembre el Comité de Expertos de CEDAW analizó los avances y retrocesos de Argentina en relación con los compromisos asumidos en la garantía de los derechos de las mujeres durante el período de 2010 hasta 2016. Durante el 65° período, que tuvo lugar en Ginebra, el Comité consideró el informe oficial presentado por el gobierno nacional y los informes alternativos o “sombra” enviados por las organizaciones de la sociedad civil.

El 18 de noviembre el Comité emitió su informe con comentarios y recomendaciones y en el Punto 12 de la

recomendación, referido al acceso a la justicia y los mecanismos de denuncia legal existentes para las mujeres en nuestro país manifestó su preocupación por las barreras institucionales, procesales y prácticas que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia, tales como: a) Estereotipos discriminatorios, prejuicios judiciales y conocimientos limitados sobre los derechos de la mujer entre el poder judicial y la policía; entre otros.

Es importante resaltar que se considera que la implementación de las decisiones de los organismos internacionales es crucial para lograr la efectiva protección de los derechos de las mujeres. La protección internacional queda inconclusa si en efecto no alcanza su objetivo de protegerlas, porque las decisiones de los órganos de supervisión internacional no son ejecutadas a nivel local. Y a pesar del compromiso asumido por el estado argentino desde el año 1985, en todos sus niveles, hemos visto que los operadores judiciales no se han adaptado a las modificaciones legales y como consecuencia de ello continúan violando la convención, haciendo caso omiso a la recomendación del comité y dictando resoluciones contrarias al bloque convencional y constitucional de derecho.

9. Conclusión.

La justicia como cotizadora de cuerpos: los que valen más y los que valen menos. Si quienes hacen a la justicia te consideran una mala víctima, tu violación y tu muerte estará justificada.

Nada importó el cambio de paradigma impuesto por la ley 25.087, los movimientos feministas y las movilizaciones sociales que reivindicaron y reivindicán la cuestión de género. Los operadores judiciales siguen actuando bajo la lógica de la “honestidad”, donde la indagación sobre la conducta pasada de la victimatena relevancia para determinar la pena aplicable, y exigiendo respeto por “su moral sexual” en cada caso.

Las malas víctimas son violadas una y otra vez, por el delincuente, por el estado, por la justicia y por los medios de comunicación. Se les exige una conducta intachable antes, durante y después del hecho. Cada margen transgredido, cada centímetro de piel expuesta, cada confrontación a la moral patriarcal, las coloca en el banquillo de las acusadas.

El poder judicial sigue haciendo caso omiso a la recomendación de la CEDAW y se sigue sentenciando en violación a normas convencionales que acarrearán responsabilidad internacional para el estado. Los jueces parecen permitir discusiones eternas sobre la crianza, la educación y los gustos sexuales de cada mujer que se expone al escrutinio judicial, y luego resuelven en base a ello.

El juez es el responsable de decidir qué es lo que llega a juicio, si la vida de la víctima o el hecho que sufrió, pero pareciera que para ellos una cosa lleva a la otra.

Desde la modificación legal del año 1999 el bien jurídico protegido es la integridad sexual, por lo que la indagación sobre el comportamiento sexual de las víctimas no se encuentra justificada. Que esto siga ocurriendo genera un miedo que aleja a las mujeres de la justicia, favoreciendo la impunidad, el silencio y el mantenimiento de las dinámicas de violencia sexual que se reproducen en nuestra sociedad.

Frente a la complicidad de los operadores judiciales con la concepción social patriarcal, machista y clasista, resulta imperante terminar con la discrecionalidad del juzgador a la hora de decidir la admisibilidad o exclusión de la prueba referida al comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima.

Los argumentos estereotipados son discriminatorios y perpetúan el rol cotizador de la justicia. Le dan al juez y a los operadores judiciales el poder de otórgale a cada cuerpo un valor, dependiendo de su moral sexual, supliendo la prueba concreta del hecho llevado a juicio. Esto constituye un acto lesivo del derecho a la no discriminación y a la igualdad receptados en nuestra

Constitución Nacional, y no puede permitirse dentro del proceso, pues su mera existencia aleja a las personas del acceso a la justicia favoreciendo la impunidad y el silencio.

Bibliografía.

Arduinio, Ileana y Lorenzo, Leticia (2018). Lucia Pérez y la justicia patriarcal, imposible violar a una mujer tan golosa. Revista Anfibia.

Arias, M. (2012), Teoría crítica y derecho humanos: hacia un concepto crítico de víctima. Revista critica de ciencias sociales y jurídicas, volumen 34, N° 4.

Bodelon, Encarna (1998). El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres. Revista de ciencias sociales: delito y sociedad.

Crenshaw, K. (2012). Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color. En Platero, R. (Ed), intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada (1° ed). Barcelona: bellaterra.

Galaz Valderrama, C. y Guarderas, Maria (2016). La intervención psicosocial y la construcción de las “mujeres víctimas”.

Madriz, Hester (2001). A las niñas buenas no les pasa nada malo. Siglo XXI (Mexico).

McRobbie, A. (2007). “Top Girls?”. Young Women and the post-feminist sexual contract. Cultural Studies, 21 (4-5).

Murillo, Celeste (2014).Artículo “La víctimas y las otras”, diario “La Izquierda”.

Pereira de Andrade, Vera Regina (1997). Criminología e feminismo: da mulher como vitima a mulher como sujeito de construcao da cidadania. Sequencia 35,

Pique, María Luisa y Pzellinsky, Romina (2015). Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctima de violencia de género. Revista jurídica de la Universidad de Palermo, año 14, N° 2.

Silvestri, Leonor (2017). No me callo mas, ni tampoco me calmo nada. Una humilde opinión a la misoginia modificación de la ley 24660. Al margen del margen.

Soria Verde, M. y HernandezSanchez, J. (1994). El agresor sexual y la victima. Una aproximación desde la psicología jurídica y forense. (1° ed.). Marcombo: Barcelona.

Zaikoski, Daniela (2013). ¿Qué cambio con la reforma de la ley 25087? Análisis de sentencias penales sobre delitos sexuales. Revista perspectivas de las ciencias económicas y jurídicas. Vol 3 N° 1. Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNPam.



DOCTRINA

NUEVOS MODELOS DE FAMILIAS Y TECNICAS DE FERTILIZACION HUMANA ASISTIDA: SU RECONOCIMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

Nancy Mercedes Lucero

1. Introducción.

En Argentina, desde 1994, momento en que se reforma la Constitución Nacional y se incorpora el art.75 inc. 22, adquieren jerarquía constitucional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –con constitucionalidad originaria y derivada– y se impone un modelo de Estado constitucional y convencional de derechos; no obstante, ¿se respeta ese bloque de convencionalidad?

Los cambios sociales gestados en las últimas décadas transformaron el modelo de familia tradicional, formado por una pareja heterosexual sobre el cual estaba montado el discurso jurídico de códigos y leyes, dando lugar a otros modelos de organización familiar, como las uniones homosexuales, parejas de hecho o familias monoparentales, no bastando las visiones clásicas antropológicas, sociológicas y jurídicas para definir al derecho de familia.

La medicina reproductiva, con sus enormes avances científicos, constituye uno de los factores decisivos en la ruptura del modelo heterobiologicista. El proceso procreatorio reservado exclusivamente a la sexualidad humana, con el uso de técnicas de reproducción humana asistida –TRHA–, dejó de serlo al posibilitar el desarrollo de la actividad procreacional fuera del ser humano. Producto de ello

casos indeterminados, y ciertamente controvertidos, se comenzaron a plantear ante los tribunales, lo que lleva a preguntarnos ¿dónde está el derecho de familia? ¿lo encontramos en la ley? ¿en la Constitución Nacional? ¿en el convencionalismo?

El avance de la ciencia y sus postulados pusieron a prueba criterios y creencias, y obligaron a su renovación y actualización, por ende, de acuerdo con el paradigma que adopte quién lleva adelante la tarea de interpretar y aplicar la normativa vigente, se puede afirmar que será diferente el contenido, el campo de actuación y también la satisfacción de los derechos de las familias.

2. Impacto de las técnicas de reproducción.

Se podría afirmar que en la actualidad tenemos tantos modelos de maternidad como familias existen. Las nuevas TRHA calaron paulatinamente en la sociedad y dieron lugar a una serie de interrogantes jurídicos al cambiar por completo conceptos sociales primarios, como son la paternidad y la maternidad, e incluso la propia concepción de la familia al permitir a las parejas y, muy especialmente a la mujer, optar por formar diferentes modelos de familia.

La evolución positiva evidenciada por los tratamientos como la preservación de óvulos, ovodonación, criopreservación de embriones, generan formas muy diversas de vivir la maternidad y de formar una familia; no obstante, ese derecho no es privativo de la mujer, también el hombre estarían en condiciones de vivir su paternidad a través de estas técnicas, puesto que, en principio, no habría justificación suficiente para no permitirle el acceso a las mismas, pese a los institutos adicionales que requerirían, como en el supuesto de gestación por sustitución, figura aún no regulada en nuestro país.

Cambios que transformaron radicalmente muchas de las figuras jurídicas y con ello devinieron obsoletos muchos de los conceptos clásicos que constituían el derecho de familia o al menos se vieron desbordados. Una de las materias afectadas es la filiación, dado que estas técnicas posibilitan la reproducción sin sexo al separar reproducción humana de sexualidad, hecho que supera las estructuras jurídicas existentes y da lugar a vacíos legales.

Sin embargo, a pesar de los aparentes vacíos —ello en consideración a la falta de una ley en materia de criopreservación de embriones, fertilización *post mortem* o la no recepción de la maternidad subrogada entre otras figuras—, si se considera que Argentina desde 1994 transita el modelo de Estado constitucional y convencional de derechos, surge una mayor protección de Derechos Humanos, en consecuencia, el fortalecimiento de los derechos reproductivos, a la vida y a la voluntad procreacional, con la posibilidad de recurrir a la fuente constitucional y convencional, a principios y a la contundente jurisprudencia e informes de los órganos del Sistema Interamericano en materia de derechos humanos al momento de resolver casos indeterminados.

De las TRHA importan a este análisis la fertilización *post mortem* —FPM—técnica que, en principio, es aquella que se produce en el seno la mujer supérstite luego del deceso de su cónyuge. Por tratarse de procreación artificial da lugar a diversos cuestionamientos desde lo jurídico y se plantean ante la justicia acciones declarativas de certeza, medidas autosatisfactivas y amparos de parejas, pero fundamentalmente mujeres, en procura de una respuesta rápida al reconocimiento de su derecho a ser madres y a formar una familia, con implicancia sobre los valores salud-vida, derecho a la libertad, a la salud reproductiva, a la procreación, a la descendencia y a la no discriminación, a través de la transferencia de embriones criocongelados —en otros casos, no *post mortem*, sino estando ya divorciadas del padre biológico—.

La respuesta de parte de las obras sociales en general va por la negativa a brindar las prestaciones de cobertura del tratamiento, con

argumentos tales como impedimentos legales, vacíos normativos, desconocimiento de la voluntad procreacional y contradictorios cuestionamientos éticos y morales. Ciertamente un límite a la autonomía reproductiva la cual se ve vulnerada desde el momento en que se niegan los medios al obstaculizarse el acceso a los servicios de salud.

Al constituir un supuesto especial cuya característica definitoria radica en que se realiza después de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio, se pueden presentar dentro de esta categoría diferentes supuestos tanto desde el plano fáctico como teórico.

En relación a los sujetos la doctrina ha identificado tres: a) que el miembro supérstite de la pareja o matrimonio —heterosexual o del mismo sexo— sea mujer, en tal caso en su cuerpo se realizará la FPM, b) que sea el varón, lo que implicará recurrir a la gestación por sustitución, técnica que no está permitida en nuestro país, y c) que ambos fallezcan, lo que también implicará la realización de la GS, y respecto a sus modalidades, puede ser que la técnica se realice con un embrión criopreservado de la pareja generado durante la vida de ambos o bien que el embrión sea generado también *post mortem* con material genético criopreservado del fallecido/a u obtenido a través de la extracción de su cadáver.

Como se observa, estas posibilidades fácticas que brinda la biotecnología interpelan al derecho que puede adoptar diferentes posturas frente a la FPM: su permisión expresa y la regulación de las condiciones de su realización y sus efectos, su prohibición expresa o el silencio jurídico —este es el caso de la Argentina—.

Veamos ahora cómo se configuró el quiebre de modelo de familias y el entramado legal. Las TRHA posibilitan que el proceso de gestación que se realizaba exclusivamente dentro del cuerpo de la mujer y que estaba basado en una relación sexual heterosexual, pueda consumarse fuera de su cuerpo con el aporte de un donante de gametos —masculino/femenino—, esto es, sin que opere ninguna clase de acto sexual previo, avance científico y tecnológico que

posibilitó que el deseo de ser madre y padre adquiriera un nuevo significado y se amplíe sin ninguna clase de discriminación en torno al plan de vida de las personas ni a su orientación sexual.

Como expresa el Dr. Gil Domínguez, “este quiebre provino de los derechos consagrados en la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y de la jurisprudencia internacional que proyecta la convencionalidad interpretada, así, el nuevo significativo planteado al desprenderse de la amarra naturalista posibilitó que un otro abierto y receptivo de los derechos ampliara las fronteras a constituciones subjetivas que expresaran el amor filial más allá de la relación sexual”¹.

En nuestro país se intentó regular la FPM en el artículo 563 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, cuya redacción fue eliminada del código efectivamente sancionado luego del debate parlamentario, por ende, existe un vacío legal, con los desafíos que implica para los jueces frente a los casos que se plantean. El artículo establecía:

[En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso].

¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “Embrionación”, consultado el 23 de marzo de 2019 en underconstitucional.blogspot.com/07/07/2015.

Diversos fueron las objeciones de parte de los detractores al momento del debate parlamentarios, entre ellas la generación intencional de un niño huérfano, ello en defensa de los derechos del niño que se pretende crear y planteando, que frente a los derechos de la viuda para continuar con su proyecto de maternidad se encuentran los derechos del hijo a tener un padre. Se deslizó también la posible comercialización indiscriminada que pudiera generarse con la donación de ovulo, espermatozoides, embriones, alquiler de útero, agravado por la maternidad y paternidad sustitutiva, generando la posibilidad de tener hijos a parejas homosexuales y a varones o mujeres solteras o viudas.

Argumentos con sesgo discriminatorio y que se pueden rebatir fácilmente tomando en cuenta las realidades sociales, atento que el tema de una familia compuesta por una mamá y un papá dejó de ser un punto válido para oponerse a estas técnicas dado la diferentes formas en que se constituyen las familias en la sociedad actual, con no solo infinidad de nuevos modelos familiares, sino de casos en los que por vía de relaciones sexuales nacen niños que son criados por solo uno de sus progenitores sin que ello genere debates, deslizándose cierta ideología por la cual pareciera ser que la procreación por vía sexual sería la única válida.

De parte de las posturas que sostienen que el embrión es persona, el cuestionamiento giró en torno el trato antinatural e indigno dado a los embriones que son eliminados o congelados indefinidamente. Cabe destacar que también se frustró la regulación de la figura gestación por sustitución, la cual genera una complejidad distinta dentro del campo de las TRHA debido a que involucra en el proyecto parental a una tercera persona, la mujer gestante, disociando gestación de maternidad —embarazo de filiación— y como tal, las objeciones planteadas básicamente por la Iglesia Católica y sectores radicales dentro del feminismo giraron en torno a dilemas éticos y jurídicos, entre ellos la posible explotación del cuerpo de la mujer que podría suscitar esta técnica.

Ciertamente lo complejo de algunas prácticas médicas, sus implicancias y las controversias morales, sociales, éticas y legales que originan, dividen la opinión de juristas y legislaciones en el mundo, no obstante, a pesar de no darse un avance desde el punto de vista legislativo en nuestro país, la ciencia no se detiene. Ante ello y las nuevas realidades sociales la opción del silencio o aparente neutralidad por parte del legislador es cuestionable porque abre una brecha entre esta y, la ciencia jurídica y la realidad.

Resulta necesario el planteo de nuevas reflexiones y dictar normas que alberguen posibles soluciones a los problemas que originan no solo la aplicación de estas técnicas, también otros temas hoy en debate en la sociedad argentina, y si bien no son de análisis en este trabajo, ni las posturas abstencionistas ni las prohibitivas podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición, lo cual conduce a preguntar, ¿ese silencio o aparente neutralidad mantenida por quienes tienen la obligación de legislar son tales?, o, ¿será que con esa actitud ya están dando una respuesta?, ¿el Estado, acaso no está incumpliendo con el principio de no regresividad ?

3. Marco legal interno.

Se puede decir que el Código Civil y Comercial en vigencia desde agosto de 2015 apunta a cierta igualdad real, conbase en un paradigma no discriminatorio y respetuoso de las características de la sociedad multicultural. Un código que, respecto al tema de análisis, cuando de derecho de familia se trata es amplio, respetuoso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que enfáticamente en diversos fallos sostuvo “En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no se reduce únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las

partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”².

Se podría decir que no pretende promover ciertas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas, sino regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista en la que se inserta la regulación de las TRHA como una tercera fuente filial con características propias, donde no interesa ya el vínculo biológico y/o genético ni tampoco el jurídico de la adopción, sino el volitivo: la voluntad de ser padres y madres —art. 562 CCC— independientemente de quien aporte el material genético para ello. Así, no sólo se busca regular diferente lo que es diferente, sino regular para permitir que lo diferente suceda y que sus efectos, en definitiva, sean iguales³.

Esta nueva visión es fruto, entre otras razones, del proceso de constitucionalización del derecho de familia. La llamada constitucionalización del derecho civil y la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en el bloque han tenido fuerte impacto en el Derecho de familia, no obstante, en materia de protección de embriones aún no existe ley⁴.

El CCC en el art.19 establece que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, así quedó redactado luego de los mayores debates generados al momento de la reforma y dejó a una ley especial la protección del embrión no implantado —así lo dispone la Norma Transitoria Segunda— con lo cual estableció

²CIDH “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, fallo del 24-2-2012.” Forneron e hija vs. Argentina”, fallo del 27-4-2012, accedidos en [www.corteidh.or.cr/jurisprudencia2,ficha técnica](http://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia2/ficha_técnica).

³ Pérez, Agustina; (2014), “Fertilización Post Mortem: Qué dicen y que piensan los medios y la doctrina en nuestro país”, Abeledo Perrot, SJA N°12,2

⁴Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”. Revista Jurídica La Ley, 8/10/2014.

expresamente que la tutela civil del embrión tiene una intensidad menor que la del embrión concebido dentro del cuerpo de la mujer o del concebido mediante las TRHA que luego es implantado.

Cabe destacar que el CCC en sus dos primeros artículos revaloriza los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como pilares, al disponer en el art. 1: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...” y en el art. 2: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Por su parte la Ley Nacional de Reproducción Medicamente Asistida N°26.862 y su Decreto Reglamentario 953/13—ley a la cual la provincia de La Pampa adhirió por Ley N°2737— se centra en la cobertura por parte del sector salud. Mantiene la misma lógica que el código en materia de derechos humanos y pluralidad, principio de igualdad y no discriminación, respeta exigencias de la Corte IDH y regula técnicas de baja y alta complejidad. Describe el objeto de la ley el cual es “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, definiendo la mismas como “todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo”.

En su art. 7° dispone que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida toda persona mayor de edad que preste su consentimiento informado, lo cual indica que cualquier persona puede ser beneficiaria con independencia de sexo, estado civil, de que viva sola o en pareja, de su orientación sexual, de que pueda o no concebir naturalmente, etc., bastando únicamente que sea mayor de edad y consienta la práctica. Si bien no contempla expresamente la realización del tratamiento con uno de los progenitores fallecidos, no significa que este excluida ni mucho menos prohibida, por ende, la negativa del tratamiento

estaría en franca contradicción con el principio de reserva de la ley consagrado por el art.19 de la Constitución Nacional, postulado que ciertamente opera en la sociedad democrática a modo de garantía de libertad, protegiéndola de las indebidas interferencias.

Por su parte, el decreto reglamentario 953/13, en su Fundamento expresa:

[Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana —conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional Derechos Humanos—. Que la Ley N.º 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa ... Que la ley de marras sigue lo prescripto científicamente por la Organización Mundial de la Salud en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida].

Se observa que en torno a las THRA se adopta una mirada plural, progresista, que abarca técnicas de alta y baja complejidad, también habilita el acceso a las mismas a toda persona con total independencia de su estado civil, sin dejar de destacar además, que de las disposiciones del CCC —art. 560 a 562— y postulados de la Ley 26.862 se desprende el núcleo duro conformado por el consentimiento informado y la voluntad procreacional, dupla que a decir de la Dra. Marisa Herrera, constituye el nudo gordiano de la

filiación derivada de las TRHA⁵, dado que, frente a situaciones especiales o excepcionales como la ruptura de la pareja o fallecimiento de alguno de sus miembros, se han originado conflictos jurídicos en torno a la falta de renovación o incluso ante la revocación, casos que generaron tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público.

4. Marco legal convencional. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Convención Americana —CADH como otros Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos defienden el derecho a la integridad personal, protegen la libertad personal, la vida privada y familiar, la dignidad. Desde su Preámbulo reafirma el respeto por los derechos esenciales de los hombres, reconoce que éstos tienen como fundamento los atributos de la persona humana, reafirmando que el ideal del ser humano libre solo puede realizarse si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos. En tanto la Declaración Universal de DH, la Convención Universal de DH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, nos hablan del reconocimiento y respeto por la dignidad humana, rasgo común a todas las declaraciones de derechos. Este atributo no tiene precio, implica trato digno, acorde con su valor en sí mismo⁶.

Por su parte la Comisión y Corte Interamericana de DH han interpretado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a TRHA forma parte del ámbito de los derechos a la

⁵ Herrera, M. (2018). “Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino”, en *Revista de Antropología Social* 27(1), 353-380

⁶Santiago, Alfonso. “La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional”. *Prudentia iuris*,83. U.C.A.

integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar y la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja.

La Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria, el artículo 11.2 y el artículo 17. Este último reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general e indica que el derecho de protección, entre otras obligaciones, involucra favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, siendo un derecho tan básico que no se puede derogar, aunque las circunstancias sean extremas. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia⁷.

En la opinión consultiva OC-17/2002 emitida por la Corte IDH en el ejercicio de su competencia para la interpretación la Convención se desarrolló el contenido y el alcance del derecho. El órgano tuvo la oportunidad de abordarlo y declarar su violación en varios casos⁸, sin embargo, no existe una definición general de familia en la normativa interamericana ni en otros instrumentos internacionales, la construcción del concepto ha sido jurisprudencial e interpretativa.

5. Modelos de interpretación y valoración.

⁷ CIDH, “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica”, fallo del 28/11/2012. accedido en [www.corteidh.or.cr/jurisprudencia2,ficha técnica](http://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia2/ficha_tecnica).

⁸ CIDH, “Atala e hijas vs. Chile”, fallo de 24/02/2012, accedido en [www.corteidh.or.cr/jurisprudencia2,ficha técnica](http://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia2,ficha_tecnica).

Centrémonos ahora en la interpretación y valoración que puede llevar adelante un juez. Se puede inferir que asume roles diferentes y puede dar diversas respuestas según el modelo de paradigma en el que se enrole, ello como ya se referenció, marcará los diferentes contenidos, campo de actuación de operadores y también la satisfacción diferente de los derechos de las familias, configurándose tres respuestas posibles: a- Pura y exclusivamente estructurada y constituida por la ley y dentro de ella por la máxima expresión que es el Código Civil, b- Conformada o determinada por la Constitución y c- Conformada o constituida por la Constitución más convencionalidad —2 fuentes diferentes—.

Se diferencian tres modelos: la ley, la Constitución y la Constitución más convencionalidad. El primer modelo aspira a dar todas las respuestas de la materia objeto de su regulación, aquí el rol del juez es subsumir, se limita a realizar un control de legalidad y todo lo que lo exceda implica invasión al Poder Legislativo, en cuanto al abogado, solo cumple un rol de tramitador de la legalidad. Se puede observar que la ideología que subyace es el monismo moral, postura para la cual solo es moralmente relevante lo que la ley tiene previsto, imponiendo límites a los derechos sin dar un fundamento, utilizando formulas tales como la moral y las buenas costumbres, el bien común, el interés público, el orden público familiar. La ley no crea solamente un orden normativo, también uno simbólico e impacta en la constitución de subjetividades.

En el segundo modelo nos encontramos dentro del paradigma vigente entre 1853- 1994. Estado en el que hay reconocimiento de derechos y la ley pasa a ser una garantía primaria de los contenidos en la CN, consecuencia de ello es que cuando no los garantiza se corre y se aplica la Constitución —vg. cuando estamos en una situación de determinación de derechos— declarándose inválida en el supuesto de colisión. En este paradigma los jueces dejan de desarrollar actividad subsuntiva y pasan a tener actividad ponderativa y determinativa, ejerciendo control de constitucionalidad a pedido de parte y de oficio, un control dinámico, pleno, aplicado a todos los ámbitos del derecho

secundario. La ideología imperante en este modelo es la del pluralismo moral —aunque en contraposición predominó el monismo— dando lugar a un orden simbólico en el que existe un otro abierto e indeterminado, una ideología basada en cuatro pilares: todos los derechos poseen igual jerarquía, derechos como principio, sostenido por el derecho a la no discriminación y particularismo⁹.

El tercer modelo es el vigente desde 1994 y no solo se reivindica la consagración del texto constitucional como norma suprema y efectiva para todos los individuos por igual, también se incorporan en el art 75 inc.22 los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Es el paradigma de estado constitucional y convencional de derecho, plantea, en teoría, la existencia de un bloque de convencionalidad que nutre al derecho de familia y en él se presentan dos fuentes, dos lógicas, dos reglas de reconocimiento y dos reglas de interpretación diferentes, no obstante en la práctica para muchos tribunales es el modelo de estado legislativo de derecho el que prima, como si la reforma constitucional nunca hubiera ocurrido y los contenidos de los derechos dependiesen exclusivamente de la voluntad del legislador de turno, aunque como se verá más adelante muchos tribunales respetan y aplican normativa y jurisprudencia convencional en sus fallos.

En este modelo constituyen derecho vigente la CN y los Tratados, un derecho vivo, interpretado por la Corte Suprema —CSJN—, órganos y jueces locales, al tratarse de un control del tipo difuso obliga a todos los jueces nacionales sin excepción, ya sea a pedido de partes, ya sea de oficio. Parte de sentencias transnacionales, informes particulares, se manifiesta mediante opiniones consultivas, recomendaciones e informes generales por país, operando así ese control externo una vez agotados los recursos internos.

⁹ Implica que cada titular de derechos debe encontrar en la CN una respuesta al ejercicio de sus derechos.

Este paradigma refuerza el rol de los jueces y los convierte en necesarios portavoces de la aplicación e interpretación de los Instrumentos Internacionales y de las decisiones que adopten los órganos de control, deviniendo obsoletos los roles clásicos de juez.

6. Interpretación desde nuestra jurisprudencia.

Desde hace algunos años en el derecho argentino se afianza con cierta resistencia la postura que entiende que CN, Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y los que adquieran tal jerarquía mediante una ley especial —art.75 inc.22 CN—, opiniones consultivas y fallos emanados de los tribunales que crean tales tratados —CIDH— integran el denominado bloque de constitucionalidad federal que impregna, estructura y condiciona el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico argentino. En esta lógica ninguna norma puede violentar, omitir o contrariar dicho bloque, pudiéndose afirmar que, en el campo de interés directo de las TRHA en nuestro país, el derecho civil se encuentra constitucionalizado y convencionalizado a la vez ¹⁰.

En su art.1° el Código Civil dispone: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”.Plantea un dialogo de fuentes y establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada, enumerando una serie de ellas y la obligación de tener en cuenta la Constitución, leyes, tratados de derechos humanos y la finalidad de la norma al momento de resolver casos.

¹⁰ Herrera, M. (2018). “Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino”, en Revista de Antropología Social, 353-380.

Aplica el criterio de integración sinérgica y recoge una pauta hermenéutica. La implicancia más directa de la pauta es que funciona en varios niveles o pasos e implica ver cada norma y componente del ordenamiento a través del prisma de la CN, sus principios, reglas y valores.

Implica por un lado que no se deben aplicar normas que no puedan ser consecuentes con el respeto y la tutela de los criterios constitucionales y por otro puede orientarnos en supuestos de ambigüedad o vaguedad de la norma. De este modo, en casos donde existan varias formas de interpretación posibles, habrá de preferirse el que arroje el resultado más compatible con la Constitución y no aquel que la ignore o sea inconsistente con sus postulados. Así, la pauta de interpretación conforme puede orientar al intérprete a la hora de reconstruir un vacío legal ¹¹.

Como se puede observar se excluyó a la jurisprudencia como fuente no obstante mantener su lugar como fuente secundaria o formal del derecho, en razón de que la casuística resulta ser el campo de pruebas y análisis principal en la medida que muchas soluciones del código se establecen en base a principios que tienen mayor posibilidad de desarrollo jurisprudencial que las rígidas reglas y por la renovada exigencia de la motivación incorporada en el art. 3° que impone al juez el deber de resolver, con lo cual un compromiso mayor de despliegue hermenéutico susceptible de decantar en jurisprudencia ¹².

En su art.2° dispone: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos

¹¹“La pauta de interpretación conforme”, Revista “Cuadernos de doctrina judicial de la provincia de La Pampa”, editada por el Centro de capacitación judicial de la provincia de La Pampa, issn 2313-9285, separata junio de 2015.

¹²Revista “Cuadernos de doctrina judicial de la provincia de La Pampa”, editada por el Centro de Capacitación judicial de la provincia de La Pampa, separata junio de 2015.

humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Mediante estas reglas de interpretación se buscó aportar coherencia con el sistema de fuente, de este modo la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley y al incluir sus finalidades se dejó de lado la referencia a la intención del legislador, se mencionan las leyes análogas incluyéndolas como criterios de interpretación para dar libertad al juez en los diferentes casos.

Con relación a los tratados internacionales cabe señalar que todos los que ha suscripto el país y resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso, es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero, además, cuando se interpreta una norma tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos por su contenido valorativo. También los principios y valores son normas de integración y de control axiológico, solución coherente con la jurisprudencia de la CSJN que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos.

Finalmente hace una referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite excluir una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es también conforme con la jurisprudencia de la CSJN, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.

Según la Corte, la expresión en las condiciones de su vigencia del artículo 75 inciso 22 significa que los instrumentos de derechos humanos incorporados al bloque deben ser aplicados según la jurisprudencia de los tribunales internacionales y demás órganos competentes para su interpretación. Esto significa que debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana como órgano que

fija las pautas interpretativas de la Convención Americana y demás instrumentos de derechos humanos del Sistema Interamericano.

El máximo tribunal en sus primeros fallos dictados luego de la reforma constitucional del año 94 reconoció carácter vinculante a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y consideró que las opiniones de la Comisión debían servir como guías para la interpretación de los instrumentos internacionales¹³. No obstante, no siempre mantuvo la misma postura, sino que la relativizó en fallos posteriores al sostener que, si bien la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de los instrumentos que hacen parte del bloque debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, en relación con las recomendaciones de la Comisión Interamericana, el principio de buena fe que obliga al estado argentino a realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por el órgano, no supone un deber de los jueces de dar cumplimiento a su contenido, pues no se tratan de decisiones vinculantes para el poder judicial. Por lo tanto, las recomendaciones de la Comisión no pueden constituir motivo de revisión de las resoluciones judiciales porque esto afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales¹⁴.

En análisis de la causa "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", el Dr. Gil Domínguez sostuvo que "se produjo un retroceso, al establecer la Corte un estándar interpretativo regresivo del art. 75 inciso 22 párrafo segundo de la Constitución argentina,

¹³CSJN, "Girolodi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación" -causa No. 32/93. 07.04.1995, Bramajo, H.J. s/recurso de hecho. 12.9.1996. accedido en sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consulta sumarios.

¹⁴CSJN, "Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus", 22.12.1998, Fallos 321:3555. "Felicetti, Roberto y otros s/revisión", 21.12.2000, Fallos 323:4130, accedidos en sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consulta sumarios.

debilitó la fuerza normativa de los derechos humanos y vació de contenido el núcleo ideológico de la reforma constitucional de 1994. El razonamiento expuesto por la mayoría implica el fin de la convencionalidad aplicada y el fin del principio *pro homine*¹⁵.

Recordemos que el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre¹⁶.

Argentina como país avanzado en materia de garantizar derechos y como estado parte del Sistema Interamericano tiene el deber de respetar y acatar las decisiones de los órganos del sistema. En algunos de los pronunciamientos como “Artavia Murillo vs Costa Rica”, “Atala Rifo vs Chile”, “Forneron vs Argentina”, la Corte IDH se ha expedido sobre el derecho a formar una familia, derecho a la salud reproductiva, principios de igualdad y no discriminación, derecho a beneficiarse del desarrollo y progreso científico.

El órgano se hace eco de los cambios sociales y culturales en torno a los modos de entender y configurar familias y proyectos parentales, como de la amplitud del concepto salud y el impacto de las TRHA, las cuales originalmente se desarrollaron como respuesta o alternativa médica a un problema de salud, no obstante, hoy se debe entender que el derecho a la salud y al acceso a ellas involucra no sólo la salud física sino también la salud psíquica cualquiera que

¹⁵ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable retroceso en materia de derechos humanos”, underconstitucional.blogspot.com/14/02/2017.

¹⁶ PINTO, Mónica: “El principio *pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” - repositoriocdpd.net, 2014.

sea la orientación e identidad sexual de la persona, admitiendo que es sólo uno de los tantos derechos humanos que involucran las TRHA, manifestándose como perspectiva obligada a la hora de subsanar los vacíos legales en cuanto a ellas ¹⁷.

Si se analiza la jurisprudencia de los tribunales argentinos en la materia, en general muestra una tendencia proclive a posibilitar la fecundación *post mortem*, con planteos que no son nuevos —el primer caso se presentó en 1999— e involucran extracción compulsiva de semen, utilización de gametos masculinos criopreservados, transferencia de embriones criopreservados creados con óvulos propios o mediante ovodonación, este último supuesto dio lugar a un fallo del Juzgado Civil n°4 de La Pampa en el 2015, confirmado por la Cámara de Apelaciones y vale la pena referir brevemente a los argumentos allí vertidos tanto por la Jueza de 1° Instancia como por los camaristas. De ellos surgen dos posturas claras, dos modelos de estado, dos formas de interpretar y valorar, dos paradigmas diferentes detrás de los cuales se enrolan los jueces.

Se trata de la causa “A., C.V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempre s/Amparo”.La amparista pretende que se le otorgue prestación total e integral, necesaria y gratuita para la transferencia de embriones criopreservados. Su esposo falleció cuarenta y nueve días antes de la fecha fijada para la realización de la transferencia de embriones criopreservados y el sistema de salud denegó la cobertura considerando aspectos ético-legales tales como el derecho del niño por nacer, derecho a la identidad, falta de regulación de la técnica, inexistencia de vulneración de derechos a la salud y a ser madre y argumentando la falta de voluntad procreacional del cónyuge fallecido.

¹⁷Agustina Bladilo, Natalia de la Torre, Marisa Herrera (2017) “Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis”. Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017.

La jueza hace una distinción entre transferencia y fecundación debido a las posturas en torno al estatus jurídico del embrión y referencia el fallo Artavia Murillo, doctrina de la Corte Suprema en materia de control de convencionalidad y el concepto de familia del fallo Forneron. Respecto al consentimiento informado sostiene que se presume que la voluntad procreacional del varón expresada 49 días antes de su fallecimiento se mantiene y en cuanto a la ley 26.862 manifiesta que, si bien no contempla la práctica pretendida tampoco la prohíbe y aplica el principio de reserva del art 19 de la CN, haciendo lugar a la pretensión de la amparista.

La Cámara confirma el fallo con el voto de la mayoría. Entre las expresiones vertidas sostiene que el fin de la ley no es abolir o restringir la libertad, sino preservarla y extenderla y la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley. Ella requiere la determinación de su versión técnicamente elaborada como resultado de una hermenéutica sistemática y razonable y es propio de la interpretación indagar el verdadero sentido y alcance mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto.

Que las lagunas jurídicas resultan cubiertas con la integración de principios de justicia que están fuera del ordenamiento — heterointegración— o principios generales del derecho que están dentro de dicho ordenamiento y que se aplican por analogía— autointegración— y que el modelo de decisiones judiciales basado en principios explica y justifica adecuadamente el papel de los jueces en un estado democrático de derecho.

De este modo los camaristas sustentan la aplicación de principios jurídicos fundamentales ante la ausencia de regulación legal cuando se trata de la protección de derechos humanos fundamentales.

Por su parte, del voto en disidencia encontramos argumentos diferentes. Apunta que asiste razón al apelante por cuanto la petición no se encuentra regulada en la Ley Nacional N° 26.862, tampoco en su Decreto Reglamentario N° 956/13, en cuanto

mencionan a los beneficiarios de los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sin aludir a la situación planteada —ello es la realización del tratamiento con uno de los progenitores fallecido. Sostiene la inexistencia del consentimiento del concubino, ausencia ésta que no podrá subsanarse por cuanto el mismo ha fallecido, requisito que a la luz de las normas referenciadas y aplicables al caso es insalvable y no se puede presumir en virtud de que era un derecho subjetivo personalísimo del mismo que feneció con su fallecimiento, por lo que no se puede hablar de un consentimiento presunto.

Se evidencian dos paradigmas, tanto la 1° instancia como el voto mayoritario de Cámara apelan al modelo de Estado constitucional y convencional de derechos, en tanto del voto en disidencia surge el apego a la ley propio del modelo de Estado legislativo.

7. A modo de conclusión.

Definitivamente el rol del juez en la actualidad puede y debe ser más amplio, más participativo, activista como lo define el Dr. Peyrano, lo cual no implica vulnerar normas o violar el debido proceso y dejar de lado lisa y llanamente todo el sistema procesal, sino utilizar las herramientas disponibles en el convencionalismo para vindicar derechos.

A la fecha la gran cantidad de leyes muestra una clara hiperinflación legislativa, con una normativa muchas veces redactada sin técnica específica suficiente, lo cual genera microistemas legales con una lógica interna que contradicen al sistema general convirtiéndose en cuerpos extraños y que lleva a interpretaciones en ocasiones contradictorias, por ende, cabe insistir si Argentina está inmerso en el paradigma de Estado constitucional y convencional de derechos, al momento de resolver en materia de derechos fundamentales y reconocer los nuevos modelos de familias

¿deviene en una condición *sine qua non* que exista una ley palmaria que regule cada caso?

Dentro del paradigma, sostener la existencia de vacíos normativos y la carencia de normas en materia de derecho de familia no deja de ser un argumento debatible, máxime si se considera el principio *pro homine*, el *staredecisis* constitucional y convencional, el criterio de interpretación dinámica de la ley y el deber de no regresividad que pesa sobre los estados partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.



LA ESCUCHA DE NNYA EN LA MEDIACIÓN: UN ESPACIO A CONSTRUIR

Andrea Esther Manavella

1. Introducción.

Los niños participan en muchos ámbitos que los involucran, tales como la escuela, los medios de comunicación, o diversos programas ejerciendo sus derechos y asumiendo sus responsabilidades, sin embargo existe mucha reserva al momento de incorporarlos a la mediación.

La familia constituye un sistema interaccional y los niños forman el “subsistema hijos” y el “subsistema fraterno” dentro del “sistema familiar” como un todo

Al desmembrarse el “subsistema pareja” permanece hacia el futuro “el subsistemaparental” en cabeza de los mismos sujetos que concurren a la mediación como “partes” y cuando hablan de sus hijos (quienes aún los unen), confunden los intereses de estos (cuidados, gastos escolares, vivienda, etc) con los conflictos relacionales de la pareja. Los niños quedan entonces cautivos, en esta distorsión irresponsable de la responsabilidad parental, por lo que es menester poner en perspectiva la necesidad de que las voces de niños y adolescentes se escuchen.-

La perspectiva constitucional-convencional del Código Civil y Comercial de la Nación, que recepcionó los nuevos paradigmas de las relaciones familiares sumado a normas de procedimiento en la materia, obliga a considerar que esta evolución normativa exige el ejercicio operativo y la tutela efectiva de todos los derechos contemplados en “el interés superior del niño”.-

Al decir de Grosman “se entiende por interés del niño” que éste mantenga un estrecho vínculo con ambos progenitores, de modo tal que estos puedan cumplir en forma amplia y conjunta con su función parental dentro de un sistema donde se respeten las necesidades del hijo de acuerdo a la edad, personalidad, disposiciones y actividades, sin perjuicio de que también se consideren las necesidades de los progenitores y se les proporcione la debida ayuda para que el menor evolucione adecuadamente ...”¹ “...la forma para resolver los conflictos sea a través del consenso, rechazando la imposición y violencia², tal aseveración encuentra en la mediación un espacio propicio con la inclusión y participación directa de los mismos en todas las cuestiones que afecten sus vidas y que su voz sea tenida en cuenta.-

Desde este enfoque, la figura del mediador es fundamental, en él recae la responsabilidad de velar por el interés superior del niño colaborando en la construcción de las condiciones que permitan generar una verdad co-construida sobre la base de la participación de dos verdades de idéntico valor.

2. Los niños, niñas y adolescentes y la mediación.

La mediación brinda la oportunidad de pensar las crisis familiares como un proceso de reorganización y reordenamiento de la familia, luego de la ruptura o quiebre de la pareja, en temas como: quien quedará al cuidado de los niños; como y quien dará satisfacción a sus necesidades; de qué manera compartirá el

¹ Grosman, Cecilia, “Intercambio interdisciplinario acerca del derecho de visita a los hijos en los casos de divorcio, separación o nulidad de matrimonio” en “Terapia Familiar” p. 256, citado por Blanco, Luis G. – Gavotti, Alicia M. – Polakiewics, Marta en Interés del menor: Derecho de comunicación (visitas), Doctrina, Lexis N° 0003/011918)..

² Grosman, Cecilia, “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental. Publicado: AP/DOC/1073/2014

progenitor no conviviente tiempo con los hijos; de qué forma se comunicarán ambos padres respecto a las múltiples circunstancias de los niños; la presencia de las parejas de los padres; la integración de las familias ensambladas; el contacto de los niños con otros parientes, etc. Todos estos acuerdos impactan y comprometen el futuro de los niños y que en consecuencia resulta necesario que sean oídos.-

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que escuchar a las niñas y niños es fundamental para que sean felices y vivan mejor en general y que es tan vital como comer o estudiar; el interés superior del niño es una norma de procedimiento que determina que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte un niño en concreto, el operador deberá aplicar el interés superior del niño, demostrar que lo tuvo en cuenta y evaluar en el caso que es lo que representa el interés superior, lo que requiere, que sea consultado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta³.-

Las experiencias con inclusión de niños en la mediación, dentro de un encuadre de trabajo responsable del mediador, cuidando el justo equilibrio entre los derechos de la autodeterminación de los hijos y las responsabilidades parentales, permite descentrar a los progenitores de una lucha de poder y permitir escuchar las necesidades para elaborar el proyecto parental futuro.-

En tal sentido, en el Centro Público de Mediación Judicial (CEPUMEJU) de la Provincia de La Pampa en el año 2015 se concretó una co-mediación (abogada y psicóloga) en la que resultaba involucrado un niño de 10 años y al compartir la experiencia el equipo mediador expresaba: “ ... en un ambiente humanizador, distendido que favoreció el dialogo, la escucha y la circulación de la palabra, la participación del niño permitió re-encauzar la situación

³ PEREZ, Agustina, *Sobre cómo debe interpretarse el interés superior del niño previsto a la luz de los estándares internacionales*, 07/07/2016, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/sobre-como-debe-interpretarse-el-interes-superior-del-nino-previsto-en-codigo-civil-y-comercial-a-la-luz-de-los-estandares-internacionales-por-agustina-perez/>

familiar problemática e ir más allá de un acuerdo sobre régimen comunicacional dado que ambos padres pensaron en asumir obligaciones respecto de su hija en pos de su desarrollo, bienestar emocional y protección integral de sus derechos”.⁴

Considerando la brevedad de este aporte, mencionaré los enfoques que más interesan en la participación de los niños en la mediación.

3. Antecedentes: derecho del niño a ser oído.

La Convención Americana de los Derechos Humanos (1969) en el art 8.1 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) en el art. 14.1 establecen el derecho a ser oído con todas las garantías debidas.-

La Convención sobre los Derechos del Niño de raigambre constitucional adoptada por nuestro país mediante la ley 23849 (1990) expresa el fin del paradigma tutelar y su reemplazo por la doctrina de la protección integral y reconoce a los NNA como sujetos de derecho y titulares de todos los derechos humanos más un plus de derechos como consecuencia de su especial situación de vulnerabilidad. El art 12 expresa: “Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño” y en su segundo apartado dice: “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte

⁴ Centro Público de Mediación Judicial del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa (CE..PU.ME.JU.), “Mediación y protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes: nueva visión de justicia”. disponible en <http://www.juslapampa.gob.ar/mediacion/index.php/sobre-mediacion/105-comediacion-familiar-ninos-en-el-proceso>

al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado... norma que reviste el carácter de operativa.-

Las 100 Reglas de Brasilia (2008) han dejado en claro que la edad importa una condición de vulnerabilidad, pues presenta especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia (Regla 3).

Esta condición de vulnerabilidad comprende todo niño, niña y adolescente (o sea, persona menor de dieciocho años de edad), excepto que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Indica que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (regla 5).-

La Observación 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño relativa al derecho del niño a ser escuchado establece una interpretación amplia respecto a incluir a todo niño y señala normas de procedimiento para que la participación de NNA se haga en un proceso con todas las garantías procesales, incluso hace mención al respeto de las formas no verbales de comunicación

La Observación N° 14 (2013) incorpora un concepto dinámico del interés superior del niño que deberá ser tenido en cuenta considerando la opinión del niño, a quien se le debe brindar toda la información necesaria para que pueda tomar una decisión plena informada, lo que incluye el derecho a ser oído de manera amplia.-

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2015) receptó los distintos modelos de familia, bajo los principios de democratización y multiculturalismo, lo que se ha dado en llamar la constitucionalización del derecho de familia en palabras de Aída Kemelmajer de Carlucci, la humanización conforme el Dr. German Bidart Campos y el de universalización, utilizado por Nelly

Minyersky⁵, incorporando a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y la participación progresiva del menor de edad en las decisiones sobre su persona (art. 639).

El art. 706 del CCC referido a los principios generales que rigen los procesos de familia enfatiza que “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.” O el artículo 642 del mismo texto legal que faculta al juez a someter las discrepancias a mediación cuando hubiere desacuerdos reiterados entre los padres o cualquier otra causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental.

La ley 26601 (2005) de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en su art. 24 específicamente se refiere al derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernan y en aquellos que tengan interés y que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo y el artículo tercero in fine establece claramente que: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.....

En la Provincia de La Pampa la ley 1556 (1994) sobre Normas complementarias para la protección integral para niños y adolescentes y luego la Ley 2703(2013) de adhesión a la ley nacional 26.601 garantiza a las Niñas, los Niños y las/los Adolescentes en cualquier procedimiento que los afecte, el derecho de la Niña, el Niño o el/la Adolescente a ser escuchado en cualquier etapa del procedimiento en función de su capacidad progresiva y cualquiera sea la forma en la que se manifieste. Su opinión será considerada al momento de tomar una decisión que lo afecte o pueda

⁵MINYERSKY, Nelly, *Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares- Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994*. Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial. Año I. N° 1. Ediciones Infojus. pág. 43

afectarlo (art. 54) y además crea la figura del Defensor del Niño, Niña y Adolescente.

El Reglamento de la Ley 2699 de Mediación Judicial Obligatoria de La Pampa expresa: “Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes: En el proceso de mediación familiar debe privilegiarse el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Cuando hubiere menores involucrados o la mediación tratarse sobre cuestiones que los afecten, pueden ser escuchados por el mediador familiar y/o por el profesional capacitado convocado, siempre que medie acuerdo de las partes, salvo que por su edad, grado de madurez o circunstancias especiales no resultara posible o conveniente” (art. 31).

4. El principio de la *autonomía progresiva* de los NNyA.

El art. 639 del CCC se refiere expresamente a la participación progresiva del menor de edad en las decisiones sobre su persona:

- a) La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo.
- b) A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;
- c) El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

De lo previsto por el art 18 de la CDN se desprende que el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluto, sino que encuentra como límite el interés superior del niño, y tiene como finalidad la crianza y educación de los hijos, es decir que la autoridad de los padres es una función que tiene como finalidad el interés del infante y los derechos y deberes de los padres deberán ejercerse en ese interés.⁶

⁶ Sup.CortePcia de B:A 6-10-2010 UV RDF 2011-III-133

5. Las necesidades de Niños. Niñas y adolescentes durante la separación que debemos considerar para colaborar en la mediación.

Desde el enfoque del “Método de Harvard”, indagar sobre el interés de los niños implica poner sobre la mesa intereses comunes de ambos padres, que atento a sus posturas no han podido escucharlos. Así el mediador puede trabajar sobre las necesidades infantiles y adolescentes⁷:

- Necesitan entender lo que sucede con explicaciones acorde a su edad y capacidad de comprensión
- Confianza en la continuidad del amor y el cuidado de sus padres
- Mantener lazos de amor con ambos padres y personas significativas
- Seguridad en cuanto a la falta de responsabilidad por la ruptura
- Permiso emocional de un progenitor para seguir amando al otro
- Ante la modificación del mundo familiar mayor contención y afecto
- Si es posible, no sumar a la pérdida de un progenitor el estrés de la mudanza de su hogar y el cambio escolar
- Sostener sus rutinas de estudio, descanso y juegos o esparcimiento
- Sostén económico evitando un brusco descenso de su nivel de vida
- Que sus padres tomen decisiones sin involucrarlos.
- Que cada padre y ambos a la vez sean capaces de ejercer un rol adulto y de contención en la función parental

⁷ Parkinson, Lisa. Mediación Familiar. Teoría y Práctica: Principios y estrategias operativas. (2005) Pag 176

Una vez que el mediador se nutre de los intereses en juego de los hijos, puede tomar a los mismos como hipótesis de abordaje y diseñar y elaborar proyectos parentales con los progenitores ayudando a concentrarse individualmente en cada niño, en continuar con el papel que ambos tienen en la vida de sus hijos, en la distribución o co-participación de tareas, determinar las necesidades económicas de cada niño y el compromiso de sostenimiento

La Mediadora Matilde Risolía (1996) cuando argumenta sobre el objetivo específico de la Mediación Familiar dice: ” *Inscribir al conflicto en un marco de cooperación, en vista no a la disolución de una familia, sino a su reorganización, atribuyendo a las partes la posibilidad de reglar sus relaciones futuras, es el propósito de la mediación familiar... el objetivo no es tanto formalizar un acuerdo que regule las relaciones de las partes, sino plasmar una sociedad parental para la nueva etapa de familia*” (p.119-120).-

6. Participación directa de NNyA en la mediación.

Si bien es cierto que en la mayoría de las mediaciones las partes arriban a acuerdos sobre temas que afectan directamente a NNyA sin escuchar su opinión y sin tomar en consideración las necesidades, sentimientos y reacciones de los niños pueden resultar ineficaz en la práctica e insostenible en el tiempo, además de constituir un incumplimiento de los derechos tutelados en el interés superior del niño de raigambre constitucional.-

Cabe preguntarnos ¿Que significa oír a los niños ?

- o es simplemente percibir sonidos o darse por entendido de algo dicho, “oír” es algo más que una acción e involucra, sistemáticamente otras acciones que lo integran y completan: es empalmar, es observar, es escuchar, es saber preguntar, es relacionar, es contrastar, es analizar. Es poder distinguir lo manifiesto de lo latente, lo demandado de la necesidad sentida, lo que aparece de lo que es. Y es, fundamentalmente, poder integrar y comprender lo así oído en el interior del

juego de las relaciones que conforman la dinámica organización de una particular familia y su medio...(Pereyra, 2007)⁸

- *es en la escucha, donde la palabra del niño cobra valor y lo personaliza* (Felibert, 2016)⁹

Coexisten diferentes y distinguidos mediadores con una larga trayectoria y experiencia en entrevistar a niños que se emplazan en la defensa de darles voz, entre ellos Silvia Ducach se refiere a la mediación de la palabra y sus efectos en la inclusión de niños y adolescentes ... “implica reconocerle capacidad y condiciones para opinar sobre las acciones en las que están implicados, escuchar supone hablar, exige una relación dialéctica donde se pone en juego más de una voz, más de una palabra requiere respetar la singularidad de cada uno, sus tiempos subjetivos y evolutivos, además de reconocerlo con su historia, su cultura y como sujetos de deseo”¹⁰

Una investigación realizada en Australia se centró en los beneficios de la inclusión de los niños en la mediación en divorcio realizado en cuatro etapas: trabajo con los padres, entrevista con los chicos, devolución de la información a los padres, continuación de la mediación y luego una etapa de seguimiento que efectivamente confirmó los beneficios de incluir en las entrevistas a niños durante el proceso.-¹¹

Marines Suares luego de explicar y fundamentar las razones para la inclusión de los niños en la mediación y la utilidad de la

⁸PEREYRA, Graciela: “Oír a los Niños. Reflexiones desde la práctica del trabajo social” en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia* n° 35. Lexis – Nexis – AbeledoPerrot. 2007, Pg. 77

⁹FELIBERT, María Paola. *Los niños en la mediación ¿tienen la palabra?* Diario El Derecho del 24/06/16.

¹⁰*La mediación de la palabra y sus efectos en la inclusión de niños y adolescentes*, Revista La Trama N° 24/Abril 2008

¹¹Mc Intosh (2000) pag 56-69

involucración de los mismos; describe los seis puntos que deben ser tenidos en cuenta en la entrevista con los niños, niñas y adolescentes¹²:

- 1) Las condiciones, clarificando el mediador con los padres y con los chicos el motivo y los objetivos, aclarando que su labor es colaborar con los padres para que éstos tomen las mejores decisiones.
- 2) Las entrevistas que pueden comenzar la familia conjunta (padres e hijos interactuando), grupales por ejemplo el subsistema de hermanos o individuales sobretodo en caso de preadolescentes y adolescentes.
- 3) La privacidad del lugar para que lo que manifiesten los chicos no sea escuchado por los padres (carácter confidencial).
- 4) La presentación del entrevistador mediador capacitado que va a conducir la entrevista a los niños.
- 5) La devolución de la información a ambos padres, respetando los acuerdos realizados con los niños en cuanto a que puede transmitirse.
- 6) El análisis de casos especiales.

Si bien la cuestión de la inclusión de los adolescentes a participar de forma directa en los asuntos que los involucren es mayoritariamente aceptada, surge la duda respecto a los niños hasta los 13 años atento a la capacidad evolutiva el principio de la capacidad progresiva que menciona la legislación; sin embargo considero que la edad no debe ser una limitación o restricción sino una oportunidad por lo que en mediación debemos efectuar una interpretación amplia e incluir a todo niño garantizando el derecho a ser oído,, tal es así que la observación general 12 párrafo 21 hace especial mención al respeto de las formas no verbales de comunicación.-

¹²Mediando en sistemas familiares (2011). Pag 397-403

7. La práctica.

La normativa citada recepta el principio del ejercicio progresivo de los derechos de los niños, el reconocimiento de la capacidad evolutiva de cada niño, niña y adolescente a participar, a expresar su opinión en los asuntos que les afecten y que sea tomada en cuenta en función de su edad y madurez; sin embargo en la práctica cotidiana los NNyA están ausentes en las mesas de mediación, salvo en algunas excepciones.

En tal sentido, Marines Suares“.... considera que a pesar de la legislación constitucional respecto de los derechos del niño a ser escuchado y que se lo tenga en cuenta son escasas las entrevistas que se realizan en los procesos de mediación, sobre todo en las provincias que tienen mediación prejudicial que son realizadas por abogados, lo que confirma que la no inclusión es porque no se sienten capacitados para ello.¹³

La realidad de la mayoría de las provincias como La Pampa que prevén la mediación prejudicial obligatoria cuando llega al Centro de Mediación dependiente del Poder Judicial un requerimiento sobre cuestiones de NNA, concurren las partes con sus letrados y el mediador –abogado-, sin embargo el Asesor de Menores, el abogado del niño y los niños se encuentran ausentes, salvo alguna excepción como la experiencia mencionada.

Teniendo en cuenta que la legislación provincial expresamente establece que en los procesos de mediación familiar debe prevalecer el interés superior del NNA es necesario que los mediadores asumamos el compromiso para los mismos sean escuchados.

Por lo tanto, como mediadores que brindamos un servicio aspirando a construir una sociedad más pacífica, pluralista y tolerante, con capacidad de autocrítica, reflexiva y con

¹³Mediando en sistemas familiares (2011). Pag 389/390

responsabilidad social, debemos asumir la gestión de los conflictos propiciando la cultura del dialogo en un ambiente más humanizador y que incluya a todos los protagonistas del conflicto familiar, lo que permitirá una visión más integral al mediador y eventualmente una decisión que se ajuste al caso en particular “decisiones guantes”.¹⁴

8. Reflexiones finales.

Cárdenas¹⁵ plantea que la mediación permite la visibilización de las necesidades del niño y la niña ante los padres, al mismo tiempo que permite que los padres conozcan las percepciones de los niños y niñas acerca de la situación en que se encuentran involucrados todos, en lo que se denomina el “círculo del sistema familiar”, favoreciendo así las posibilidades de escucharse mutuamente y buscar soluciones compartidas.

La garantía de ser escuchado el niño está dada por la comparecencia a la mediación como sujetos de derecho y no como objeto de protección con el o los progenitores como parte de un sistema familiar que atraviesa una crisis y que es importante la participación directa facilitándole la voz, en virtud de que puede ocurrir que los intereses sean opuestos a lo de los adultos y/o éstos no posean como objetivo el mejor interés del niño.-

Para finalizar, mencionaré algunas reflexiones y/o líneas de acciones posibles para que como mediadores repensemos nuestras prácticas cotidianas en pos de escuchar a NNYA en la mediación:

a.- El “interés superior” del niño, niña o adolescente (NNyA) en todos los asuntos que los involucren implica una regla de procedimiento para la mediación; si lo procesal no está en

¹⁴BARONI, María Cecilia y otro. *Proceso de Familia en la Provincia de Chaco*. Editorial Contexto. Resistencia. Año 2013 Pag 69

¹⁵CARDENAS, Eduardo José. *Las mediaciones en conflictos familiares* (1999) Editorial Lumen (pag 240 y ss)

concordancia con lo sustancial ¿Dónde estaría “el mejor interés del niño”?.-

b.- El mediador como colaborador y facilitador de la comunicación e interacción familiar debe brindar el protagonismo a las partes ayudando a potenciar los recursos propios a través de las herramientas (escucha activa, empatía, legitimación, reconocimiento, empoderamiento, etc) para que puedan darse cuenta que ellos mismos son capaces de resolver el conflicto.-

c.- El mediador –abogado- deberá desandar aquellos mitos o miedos de que para escuchar a un niño o adolescente debe poseer una profesión específica, no es una instancia terapéutica, lo que no significa minimizar los riesgos, sino un profundo y continuo conocimiento y entrenamiento específico.

d.- La intervención del mediador debe ser con apego a los principios que rigen la mediación: la observación, la interacción, la confidencialidad, la voluntariedad, el respeto por la autocomposición, la informalidad, la búsqueda del consenso parental, mantenerla imparcialidad, la participación colaborativa y la mirada centrada en el futuro¹⁶.

e.- El mediador requiere centrarse más en lo que los chicos transmiten (comunicación digital y analógica) a través de la escucha activa que en lo que podemos llegar a preguntar, entendiendo que escuchar a un niño o adolescente es una acción compleja que requiere priorizar el interés superior del niño en concreto, en esa familia y en esa situación en particular en que intervenimos.

f.- Entendida a la mediación como un servicio, los mediadores como operadores del sistema debemos repensar nuestro rol con una mirada crítica hacia adentro, entendiendo que es nuestra responsabilidad y deber ético aplicar, garantizar, integrar y darle contenido al interés superior del niño en toda mediación que intervenimos.

¹⁶Caram, Maria E, Eilbaum, Diana T, Risolia Matilde. Mediación: diseño de una práctica (2006) pag. 36 y sigs

g.-Para lo cual, si bien lo óptimo sería que la inclusión de NNyA sea abordada por un equipo interdisciplinario lo que permitiría ampliar la mirada e integrar saberes provenientes de diferentes disciplinas, en el camino,el desafío del mediador – abogado- es promover y construir colectivamente a través de la capacitación continua y el entrenamiento específico,espacios reales que breguen por hacer efectivoel derecho-garantía del interés superior del niño¹⁷.

h.- La elaboración de un protocolo de buenas prácticas que sirva de orientación y guía para el abordaje eficaz de la escucha del niño, niña y adolescenteen el cual se consensuen el espacio, las pautas, la modalidad, los recursos, la capacitación yentrenamientosespecíficos puede constituir una herramienta útil para los mediadores familiares.



¹⁷PEREZ, Agustina, *Sobre cómo debe interpretarse el interés superior del niño previsto en Código Civil y Comercial a la luz de los estándares internacionales*. Publicado en [nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com), disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/sobre-como-debe-interpretarse-el-interes-superior-del-nino-previsto-en-codigo-civil-y-comercial-a-la-luz-de-los-estandares-internacionales-por-agustina-perez/>

INCONSTITUCIONALIDAD DEL COBRO DEL IMPUESTO A LAS GANANCIAS A LOS JUBILADOS Y PENSIONADOS.

José Bauducco

1. Introducción.

Este trabajo analiza la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias que el Estado percibe, mediante descuento directo en recibos previsionales, los que producen un constante deterioro de las personas que son titulares de estos beneficios jubilatorios.¹

La Constitución Nacional consagra derechos inmanentes a la dignidad humana en todos sus aspectos, desde el nacimiento hasta la edad de retiro laboral, en resguardo ante los avances que puedan vulnerarlos, a fin de neutralizar los intentos de desnaturalizar el espíritu constitucional, privilegiando la tutela de los derechos humanos sobre las leyes que pretendan restringir o vulnerar esos derechos. Igualmente promueve la obtención de un nivel de vida digno a toda persona, en especial de aquellas, que, por su edad y vulnerabilidad, no están en capacidad de obtener rentas de su trabajo. el reconocimiento de tales derechos positiviza un sentido reclamo de los adultos mayores, propugnado además por los estudiosos de la materia, coloca a Argentina como país de avanzada en esa temática.

¹Nota: Trabajo basado en tesis de Maestría de Magistratura y Derecho Judicial, Universidad Austral, “La Inconstitucionalidad del Impuesto a las ganancias que se retiene a los Jubilados y Pensionados”, autor Mag. José Raúl Bauducco.

El impuesto a las ganancias va en detrimento del haber jubilatorio; demostrar su inconstitucionalidad permitirá a los jubilados conocer su situación de cara a los órganos recaudadores y obligaría a extremar su cuidado al cobrar los impuestos, so pena de nulidad por vicios de inconstitucionalidad, al ser demandados ante los órganos judiciales competentes.

2. Marco Normativo.

La Constitución Nacional, en el Preámbulo, establece, entre sus objetos, afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad como fines primordiales del Estado-Nación.

Es por ello que en el marco del ejercicio democrático y de la vida social, toda ley que dicte el Congreso Nacional debe apuntalar esos fines primordiales, con el objeto de contribuir a la promoción del bienestar general.

La razón de esta problemática se halla en la vigencia de normativas legales que, ostensiblemente, atentan contra los postulados constitucionales, como ocurre con la Ley 20.628 o Ley de Impuesto a las Ganancias, que establece:

“...Constituyen ganancias de cuarta categoría las provenientes:...

c) De las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y de los consejeros de las sociedades cooperativas...”²

² Ley 20.628 o Ley de Impuesto a las Ganancias: Artículo 79 inciso c. Congreso de la Nación, 1997.

También en la Ley 24.241, denominada *Ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones*, artículo 115, se establece la imposibilidad descrita:

Artículo 115. Las jubilaciones, retiros por invalidez, pensiones por fallecimiento y demás prestaciones otorgadas conforme a esta ley estarán sujetas en cuanto corresponda al impuesto a las ganancias. (Subrayado fuera de texto).

De manera que, al margen de la discusión doctrinaria acerca de la antigüedad de las normas tributarias, al ser gravadas con el impuesto a las ganancias los recursos provenientes de las jubilaciones y pensiones, por la aplicación de la norma transcrita, se produce una merma del ingreso a ser percibido por los adultos mayores, con la consiguiente afectación de su calidad de vida.

Este deterioro reiterado del haber jubilatorio por fuerza de las retenciones que se ejecutan, consideradas inconstitucionales, trae aparejado otro problema, pues al tratarse de un descuento permanente y consecutivo, queda expuesto al arbitrio de la autoridad ejecutiva de turno.

Es preciso enfatizar que la Constitución Nacional establece parámetros notoriamente protectorios de la dignidad humana en todos sus aspectos. Uno de los más importantes, es la seguridad social conceptualizada como un derecho fundamental que garantiza el bienestar inherente a la dignidad de las personas. Es una responsabilidad primaria del Estado garantizar su ejercicio efectivo.³

De esta manera, las instituciones del Estado quedan encargadas de proteger a todos los ciudadanos y ciudadanas de avances legales

³ En congruencia con lo expuesto, el artículo 14 bis de la Constitución Argentina, garantiza a los gremios el otorgamiento de los beneficios de la Seguridad Social, la cual tiene carácter integral e irrenunciable. La Seguridad Social, desde la Constitución consagra jubilaciones y pensiones móviles, al mismo nivel de la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, las compensaciones económicas familiares y el acceso a una vivienda digna. Se debe llamar la atención acerca del carácter universal de estos beneficios de rango constitucional.

en su contra que pudieran afectar negativamente estos principios constitucionales, especialmente, cuando por razones de edad, un trabajador decide disfrutar de los años de vida no activa desde el punto de vista laboral y, en función de ello, solicita el beneficio previsional.

Las jubilaciones y pensiones, son reivindicaciones de rango constitucional cuyo objetivo es proteger al individuo frente a contingencias de la vejez, o incapacidad laboral activa, entre otras. Promueven la obtención de un nivel de vida digno para el adulto mayor que ya no puede obtener renta de su trabajo, situación que lo asimila a los grupos más vulnerables de la sociedad.

El Estado está obligado, en resguardo de los principios constitucionales, a dictar las leyes que deroguen este tributo, para que todas las personas puedan disfrutar una mejor calidad de vida, en el marco de un amplio acuerdo social, cuestión que debe ser dejada al margen de las contiendas electorales, en virtud de la universalidad de su interés.

La Seguridad Social se define como el sistema de protección que una sociedad construye a fin de brindar amparo frente a los riesgos que atraviesan todos los seres humanos a lo largo de la vida.

Desde la perspectiva axial de esta investigación la Seguridad Social es un derecho constitucional. Se integra a los demás derechos humanos y es, por antonomasia, un derecho social.

El eje central de la investigación es la constatación de que el impuesto sobre los ingresos por concepto de jubilaciones y pensiones, contraviene el ordenamiento jurídico vigente, en virtud de que tales ingresos no deben ser considerados ganancias y el gravamen que recae sobre ellos contraviene lo establecido en la Constitución, en las leyes previsionales, la doctrina y la jurisprudencia moderna.

En función de lo expresado, se observa, que desde la reforma constitucional de 1994 y la jerarquización de los instrumentos internacionales que poseen rango constitucional, el derecho de la

Seguridad Social ha evolucionado sustancialmente, en lo concerniente a los derechos individuales, al punto de lograr escindirse del derecho del Trabajo, al cual siempre y en razón de la temática propia de la materia, estuvo ligada como un apéndice del mismo.

El derecho del trabajo es una rama que ofrece soluciones a conflictos y necesidades laborales del hombre en su etapa activa, como así el derecho de la Seguridad Social es el instrumento jurídico necesario en cuyo marco se reivindicán los derechos de los trabajadores que ya no están en su etapa laboral activa, los jubilados y/o pensionados, entre otros.

El desarrollo del derecho de la Seguridad Social, debido a la reforma permanente que han tenido las leyes que lo rigen, a la reforma de la Constitución Nacional y a la jerarquización de los instrumentos internacionales ha permitido dar una amplitud superior al marco jurídico, en beneficio de aquellos que ven vulnerados sus derechos.

Es necesario que se supere la solución casuística propia de la jurisprudencia que sólo decide sobre el caso particular puesto a su determinación, mediante una ley general que así lo disponga.

3. Concepto - Principios de la Seguridad Social.

La Seguridad Social representa ese derecho a que las personas sean protegidas por el Estado y la sociedad ante tales contingencias, es la manera en que la sociedad manifiesta su solidaridad ante los más vulnerables cuando estos enfrentan situaciones difíciles.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la Seguridad Social es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de

vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.⁴

Paradójicamente, la Seguridad Social es un derecho humano fundamental reconocido y aceptado en numerosos convenios y tratados internacionales, reconociéndoles incluso su condición de derecho fundamental, pero solo un sector de la población disfruta de tal derecho.

En efecto, incluso desde sus orígenes la Seguridad Social toma protagonismo cuando unos pocos trabajadores se unen con fines de protección mutua, avanzando hasta la protección de todos ellos. Tal protección se extendió luego a los trabajadores independientes pasando a la protección de toda población contra determinadas contingencias, tales como la vejez, la enfermedad y la muerte.

Por principios de una institución jurídica se deben entender los rasgos directores de dicho instituto. No se trata de simples descripciones de las características generales de un modelo normativo de la Seguridad Social.

Los principios sociales responden a una decisión valorativa. Se extraen de la realidad objetiva, esto es, de las circunstancias morales, sociales, políticas, económicas que conforman la sustancia principal de la vida del Derecho.

Las normas sirven para aplicar el Derecho vigente. Contienen determinaciones a ser aplicadas en el campo de lo fáctico y jurídicamente posible; entonces, si una norma vale y es aplicable, se debe hacer exactamente lo que ella exige.

Ello permite comprender por qué los jueces que confrontan casos de difícil resolución, acuden a los principios jurídicos, de conformidad con los métodos de interpretación. Los principios del

⁴ Organización Internacional del Trabajo - Hechos Concretos sobre la Seguridad Social. (s.f.). www.ilo.org. Recuperado el 10 de junio de 2018, de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

Derecho, explican de la mejor manera posible las reglas vigentes, susceptibles de aplicación en el caso y ofrecen la mejor justificación para la resolución de la controversia.⁵

En el ámbito de la Seguridad Social, los principios son directrices, su papel es guiar el sistema en función de un fin último, de carácter ético, como es la promoción de la dignidad humana por una parte y la evitación de las desviaciones del sistema por otra.

En este propósito, conviene hacer un repaso de algunos estos principios, con el objeto de evitar perderlos de vista al momento de intentar garantizar el acceso al sistema de Seguridad Social y además promover la transparencia en la administración del sistema de seguridad social. Estos principios serían: 1) Universalidad, 2) Integridad o suficiencia, 3) Solidaridad, 4) Unidad 5) Igualdad.

4. La Seguridad Social en la Constitución Nacional.

Desde el inicio, en el preámbulo de la Constitución Nacional se establece la organización política que para la Nación, en su síntesis final estipula los fines a los cuales deben tender sus objetivos, estos es, una política social que manda a promover el bienestar general.

Como ordena la Constitución para el cumplimiento de sus fines, se deberán legislar las políticas sociales tendientes a lograr el bien común. Toda ley que el Congreso Nacional dicte debe propender al objeto de brindar “el bienestar general”, más aún en los que se refiere a materia social.

Se deben dictar políticas para trascender los tiempos, las ideologías y los gobiernos. Políticas sociales que deben resguardar derechos de aquellos que, en casos contingentes, no se vean privados de sus derechos que deben gozar por imperio de la Constitución Nacional.

⁵ DWORKIN R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona. Editorial Planeta. P. 38.

En efecto, es la Constitución Nacional la que establece la orientación de las políticas sociales a desarrollar, integrando y abarcando a todos los beneficios que la seguridad social otorga, en la faz planificadora y ejecutora del Estado, plasmándola en sus leyes que deberán resguardar los derechos que nuestra Carta Magna regula para cuando las contingencias de la vida sobrevienen.

Las políticas de Seguridad Social que el Estado planifica y ejecuta colectiva e individualmente, deben estar elaboradas de forma tal que logren proporcionar en la etapa post laboral, las herramientas económicas que el individuo debe afrontar para cuando ya no sea generador de un trabajo de cualquier índole, remunerado y socialmente útil, las contingencias de la vejez que dignamente se procuró en su etapa laboral activa.

En efecto, establece la Constitución Nacional (art. 14 bis) que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

En dicha disposición constitucional encontramos los lineamientos generales dentro de los cuales son regulados los derechos de la seguridad social y estarán amparados los ciudadanos en general. Regula la estructura jurídica en la cual se deberá desarrollar y planificar la seguridad social, delegando en el Estado la facultad de prestar el servicio de la seguridad social, la cual contiene los principios de integral e irrenunciable.

Por su parte, el Dr. Chirinos sostiene que lo expresado implica que la Seguridad Social, debe dar cobertura a todas las necesidades sociales. Es lo que se ha denominado, también, principio de

suficiencia, según el cual las prestaciones deben ser suficientes y acordes a las necesidades creadas por cada contingencia.⁶

Asimismo, el autor citado afirma que:

“El otro carácter que establece la cláusula en análisis es el de irrenunciabilidad. Sobre él, podemos afirmar que genera efectos tanto en los sujetos activos como pasivos de la seguridad social. Respecto de los primeros, implica que éstos tienen derecho a que se cubra su necesidad, mientras que, sobre los segundos, recae el imperativo de otorgar tales prestaciones”.⁷

En las palabras de Chirinos podemos ver el carácter que la propia Constitución Nacional le da a la seguridad social, delegando en el Estado las facultades de gestión en el otorgamiento de sus beneficios a la ciudadanía, dando a éste un rol de intermediario y supletorio a tales fines.

Se deben cubrir todas las necesidades de vida, sea salud, vivienda, alimentación, esparcimiento y bienestar familiar; o sea un retiro de la vida activa que pueda sobrellevarse con dignidad, acorde al nivel de vida que tenía en la etapa activa laboral, para así poder disfrutar como adulto mayor de una etapa de cobertura económica y social suficiente, que dé cobertura integralmente a sus necesidades básicas y satisfaga un plan de vida con las metas que nos proponemos al inicio de nuestra etapa laboral activa.

Para esto el artículo 14 bis constitucional delega en el Estado la facultad de otorgar los beneficios de la seguridad social, con la participación de los propios interesados. Crea pautas en las que determina los derechos y garantías que el individuo queda al resguardo de cualquier tipo de avasallamiento por parte del Estado mismo.

⁶ CHIRINOS, B. (2011). *Manual del derecho de la Seguridad Social* (Primera ed.). Buenos Aires: La Ley. p53.

⁷ CHIRINOS, B., *Ibid.*, p53.

Garantizar estos derechos es un elemento sustancial que debemos proteger para satisfacción individual de todos los ciudadanos. Es en la seguridad social donde el individuo cuenta con la garantía del cumplimiento de la protección del Estado frente a las contingencias sociales; es decir, un derecho irrenunciable, que no depende de la voluntad del Estado, sino que el individuo tiene derecho al beneficio previsional, un derecho universal que abarque a todos sin distinción alguna.

De acuerdo con Carnota, Sabsay y Manili, la integralidad es una expansividad ya no subjetiva u horizontal, como la universalidad, sino objetiva y vertical, consistente en la cantidad de contingencias que a través de las prestaciones el sistema y subsistemas de la seguridad social contemplan por medio de específicas coberturas.⁸

Continúan Carnota et al.(2009) afirmando:

“Por su parte, la irrenunciabilidad hace al origen heterónimo y no contractual de la seguridad social. Verificada la situación de “contingencia”, directamente se desencadena opelegis la protección de la cobertura prevista, independientemente de la voluntad del sujeto afectado. Se debe procurar que esa cobertura llegue a tiempo, sea tempestiva y oportuna, lo cual también se ha denominado principio de inmediatez”.⁹

Se ve cómo claramente se distinguen los dos caracteres más importantes, pero no los únicos, en cuanto a los valores que la Constitución Nacional le otorga a la seguridad social en el ordenamiento jurídico argentino.

El principio de la integralidad, enunciado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, comprende a todos los derechos de la seguridad social que conforman la base estructural por la cual deben

⁸ Cfr. CARNOTA, W., SABSAY, D.yMANILI, P. (2009). *Comentarios al artículo 14 bis 3° párrafo*, Constitución Nacional Argentina. (J. L. Depalma, Ed.) Buenos Aires: Hammurabi. p.583.

⁹ *Ibid.*, p. 583.

estar ajustadas el conjunto de leyes que hacen operativos tales derechos sociales.

En efecto, integralidad implica que deben cubrirse todas las contingencias que al ser humano le pueden sobrevenir, sea nacimiento, desempleo, asignaciones familiares, invalidez, jubilación o pensión.

Paro también significa que esa protección que, por mandato constitucional opera la legislación, en su faz de retiro debe cubrir las necesidades básicas individual y familiar que merece para su satisfacción y goce en su etapa de pasividad laboral, donde deben protegerse, como se mencionó anteriormente, los derechos básicos del ser humano: salud, vivienda, alimentación, esparcimiento y bienestar familiar.

Forman parte también de los principios constitucionales, en materia de la seguridad social, además de la ya mencionada integralidad, los principios de irrenunciabilidad, descentralización administrativa, autonomía financiera y económica, autogestión, unidad, tuitivo, razonabilidad y progresividad.

Por otra parte, la Constitución Nacional establece las atribuciones al Congreso Nacional, en lo relativo al dictado de un código de Seguridad Social.¹⁰

En efecto, establece dicha norma que corresponde al Congreso dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones.¹¹

Se confiere al derecho de la Seguridad Social una importancia superior que la que hasta el presente tiene, al punto tal que se coloca a esta rama del derecho en una posición de igualdad e importancia

¹⁰ Art. 75 inciso 12 Constitución Nacional, Congreso de la Nación, (1994).

¹¹ Constitución Nacional, Ibid.

respecto de las ramas del derecho como el Civil y Comercial, hoy unificados en un mismo Código, y al derecho Penal, en lo que a codificación se refiere.

Tiene una significancia en la práctica que unificará las distintas leyes que hoy legislan este derecho, debiendo remitirse el operador judicial a un plexo normativo único. Le dará un carácter realmente autónomo de las ramas del derecho que hasta hoy están vinculadas, como el derecho del Trabajo. Ya no será un apéndice de este derecho, tal como se las estudia en nuestras universidades y se las anexa en los manuales y tratados para su estudio.

Su redacción articulará todas las leyes que la rama de la Seguridad Social íntegramente, las que con un método ordenado por tipos de calificación y carácter del objeto que se trate, traerá consigo misma la codificación una impronta superior y un mejor servicio de Justicia, por cuanto en las distintas interpretaciones jurisprudenciales que se hagan de la materia tendrá más claridad en cuanto a los objetos demandados por los particulares. No será necesaria una constante remisión a una legislación extraña al Código, sino que los tipos allí legislados tendrán una solidez y certeza jurídica aún mayor.

5. El Impuesto a las ganancias. Concepto.

En este estado, se hace necesario realizar una breve noción sobre lo que son los tributos, a fin de pasar luego a hacer referencia al impuesto a las ganancias.

Los tributos son recursos que el Estado recauda de sus ciudadanos para solventar el gasto público en general.

En palabras de Jarach (2013) los tributos son las prestaciones, generalmente en dinero, que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio, en virtud de una ley que crea obligaciones a cargo de los

sujetos, en la forma y cuantía que la misma ley establezca, para cubrir el gasto que le demande el cumplimiento de sus fines.¹²

En efecto, el Estado tiene la potestad de crear por su propia voluntad ciertos tributos, exigibles a los ciudadanos para el cumplimiento de sus fines, sin embargo, tal potestad no es ilimitada ya que se encuentra sometida a varios criterios.

La potestad tributaria solo se puede ejercer mediante ley, es decir que todo tributo solo se puede crear mediante la aprobación de una ley (principio de legalidad), pero además cada persona debe contribuir en equitativa proporción a su capacidad de pago (principio de capacidad contributiva).

Aunado a ello, existen dos principios de verdadera importancia para el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, estos son, el principio de igualdad, según el cual, se debe dar un tratamiento igual a quienes se encuentra en situaciones análogas, y el principio de no confiscatoriedad, según el cual, el impuesto no debe ser una carga importante sobre la propiedad o sobre la renta.

Ahora bien, el impuesto a las ganancias es un tributo que grava los ingresos que se declaren haber tenido en el ejercicio económico anterior, por parte de personas físicas y empresas.

Este impuesto va dirigido directamente a las ganancias que hayan tenido una periodicidad, que haya permanecido la fuente productora y que ésta esté habilitada. Deben darse estos tres elementos para que sea considerada ganancia de acuerdo con lo establecido en la ley.¹³

¹² JARACH, D, Finanzas públicas y derecho tributario (Cuarta ed.), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, p. 226.

¹³ Art. 2 Ley 20.628 o Ley de Impuesto a las Ganancias, Congreso de la Nación, (1997).

Sin embargo, la propia ley hace una distinción según la cual para las sociedades de capital todas las rentas que obtengan se encuentran alcanzadas por el impuesto a las ganancias.¹⁴

Es decir, que hay una diferencia entre los sujetos obligados pues mientras para las sociedades de capital todas sus rentas son susceptibles de ser gravadas, para las personas humanas no todas sus rentas son susceptibles de ser gravadas, siendo los criterios diferenciadores los siguientes: i) que sean susceptibles de una periodicidad, ii) la permanencia de la fuente que los produce y iii) su habilitación.

La periodicidad significa que la renta tenga la capacidad de quedarse en el tiempo y que no sea accidental, debe repetirse y ser periódica en el tiempo, se requiere por lo menos un año de ejercicio económico.

En lo referido al requisito de permanencia de la fuente, significa que ya no es solo la renta lo que debe permanecer en el tiempo, sino también la fuente productora de la renta, para que también pueda volver a generarse la renta.

Y con respecto a la habilitación, esto significa que la fuente productora de la renta tenga condiciones para poder generarla.

Como puede observarse, el apartado 1 del artículo 2 de la ley exige requisitos que, pueden o no, darse para las sociedades y empresas unipersonales en general.¹⁵

De lo anterior se puede inferir que si una persona física obtiene rentas que no reúnen las citadas características de periodicidad, permanencia y habilitación de la fuente, estas no serían gravadas por el impuesto a las ganancias.

¹⁴ Apartado 2 Art. 2 Ley 20.628 o Ley de Impuesto a las Ganancias, Congreso de la Nación, (1997).

¹⁵ Apartado 1 Art. 2 Ley 20.628 o Ley de Impuesto a las Ganancias, Congreso de la Nación, (1997).

6. La jubilación como ganancia.

En la actualidad, a pesar de las modificaciones legales y de las decisiones jurisprudenciales, todavía existe un gran número de jubilados a quienes el Estado retiene el impuesto a las ganancias. Ante esta situación, se viene planteando la interrogante si los jubilados deben o no tributar dicho impuesto.

Entre las tesis planteadas ha cobrado importancia la que sostiene que los salarios y las pensiones de jubilación no constituyen ganancias, y, en consecuencia, deberían estar exentos.

Por eso es preciso aclarar que tales beneficios producto de salarios y haberes jubilatorios, están protegidos por la garantía de integridad, proporcionalidad y sustitutividad, lo cual se contrapone a la idea de que sean pechados por el propio Estado, cuando es éste el encargado de velar por la vigencia y efectividad de estos principios constitucionales.

Ha sido criterio sostenido de la jurisprudencia específicamente de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que la naturaleza jurídica de las prestaciones previsionales como contraprestación por una contingencia, no puede equipararse con una ganancia producto del ejercicio de una actividad con fines de lucro.¹⁶

En efecto, ha dicho la Cámara (2017) que:

“La Cámara Federal de la Seguridad Social (...) ha sostenido, desde sus orígenes, que las jubilaciones y pensiones no constituyen una gracia o un favor concedido por el Estado, sino que son consecuencia de la remuneración que sus titulares percibían como contraprestación laboral y con referencia a la cual efectuaron sus aportes y como débito de la comunidad por dichos servicios, por lo que una vez

¹⁶ Cámara Federal de la Seguridad Social (CFSS), Sala II, Calderale Leonardo Gualberto C/ Anses S/Reajustes Varios (Cámara Federal de la Seguridad Social (CFSS), Sala II 16 de mayo de 2017).

acordadas configuran derechos incorporados al patrimonio y ninguna ley posterior podría abrogarlos más allá de lo razonable, pues encuentran como valla infranqueable expresas garantías de orden constitucional”.¹⁷

En el mismo sentido se pronunció la Cámara Federal de Apelaciones de Gral. Roca, al afirmar que:

“La “ganancia” es el provecho, interés o fruto que se obtiene de las relaciones con terceros, sean comerciales o no. La inclusión de los términos “provecho”, “fruto” e “interés” remiten a acciones orientadas al rinde, es decir, a la obtención de una renta. (...) Como el haber jubilatorio no es una contraprestación, ya que, por definición, quien la percibe no trabaja, se esfuma por completo, y sin el menor margen para la duda, la idea de que un ingreso jubilatorio es una “ganancia (...) El haber previsional no es un provecho o fruto de tratos con otros, mucho menos de índole mercantil, sino que es un ingreso que se tiene cuya causa o título no es una contraprestación del jubilado sino un hecho anterior, ya finiquitado, que fue la realización de una cantidad determinada de aportes durante su vida económicamente activa y el haber llegado a la edad estipulada. (...) Si la ley que establece el impuesto a las “ganancias” atrapa en uno de sus renglones un ingreso económico que no ostenta esa cualidad, padece una inconsistencia legal en sus términos, pues incluye hechos que no son los que la propia ley contempla como aquellos que deben ser gravados, definiendo además como sujetos pasivos del tributo a quienes no podrían serlo”.¹⁸

También, en un sentido parecido se pronunció la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (S/F), que afirmó en su

¹⁷ Cámara Federal de la Seguridad Social (CFSS), Ibid.

¹⁸ Cámara Federal de Apelaciones de General Roca (CFGR), Fornari, Silvia Cristina – López, Silvia Liliana C/Estado Nacional – Administración Federal de Ingresos Públicos S/ Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad (Cámara Federal de Apelaciones de General Roca (CFGR) 2017).

oportunidad que "el beneficio jubilatorio no es ganancia en los términos de la ley tributaria, sino un débito social que se cumple reintegrando aportes efectuados al sistema previsional".¹⁹

7. Límites de la potestad tributaria del Estado.

Tal como ut supra se mencionó, el Estado tiene un poder jurídico de exigir contribuciones a las personas sometidas a su soberanía. Luego, según expresa Villegas, del poder tributario surge la potestad tributaria, que es la facultad de dictar normas jurídicas de las cuales nace para ciertos individuos la obligación de pagar tributos. De esta manera la potestad tributaria es la facultad estatal de crear, modificar o suprimir tributos, lo cual, traducido al campo jurídico implica la posibilidad de dictar normas generadoras de contribuciones que las personas deben entregar coactivamente.²⁰

Aparentemente no es mucha la diferencia entre poder y potestad tributaria, tal como afirma Giuliani Founrouge, quién es del criterio de que la expresión "poder" está relacionada con la tradición y por ello lo prefiere al de potestad.²¹

No obstante, el poder tributario del Estado, existen ciertas limitaciones para su ejercicio basadas en principios jurídicos fundamentales, lo cual garantiza formal y materialmente que no se ejerza arbitrariamente el poder, y en el caso específico, el contenido de la norma tributaria.

Para Schindel se denomina poder tributario a la facultad o posibilidad jurídica del Estado de exigir tributos con relación a

¹⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (CFP), Cuesta Jorge Antonio c/AFIP s / Acción de Inconstitucionalidad (Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (CFP) S/F).

²⁰ VILLEGAS, H., Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario (Novena ed.), Astrea, Buenos Aires, 2007, p255.

²¹ GIULIANI, C., Derecho Financiero (Novena ed.), La Ley, Buenos Aires, 2004, p249.

personas o susceptibles de ser comprendidos en el ejercicio de la autoridad de ese Estado. Este poder tributario, como expresión de soberanía, suele tener limitaciones, ya sea de orden territorial, en cuanto a los criterios de vinculación a adoptar para ligar la materia gravable con el ejercicio soberano del referido poder, como de orden jurídico, emanadas de normas constitucionales que regulan su alcance.²²

Continúa Schindel afirmando que el ejercicio de este poder es una forma de cercenamiento o limitación del derecho de propiedad; esto es, de los intereses apreciables que una persona pueda poseer fuera de sí misma, fuera de su vida y de su libertad.²³

Sin embargo, son los principios jurídicos los que actúan imponiendo límites a la potestad tributaria, ya que ésta no puede ser omnipotente en un Estado de Derecho que se precie de serlo.

Por eso Valdés Costa afirma que:

“Todas las cuestiones prácticas deben resolverse, necesariamente, en función de los principios jurídicos fundamentales que en materia tributaria tienen especial relevancia: los de legalidad, tutela jurisdiccional e igualdad. Son principios comunes a todas las ramas jurídicas, pero que, en el Derecho Tributario, juntamente con el principio de la división de funciones, son de particular aplicación en virtud de que es la única rama jurídica en que el Estado asume la triple función de creador de la obligación, acreedor de ella y juez de los conflictos que se presenten. Esos principios como bien lo ha señalado Kelsen se desarrollan en la doctrina, que los especifica en subprincipios, reglas y conceptos generales, como son, a título de ejemplos, el caso de la igualdad ante las cargas públicas, para cuya obtención es indispensable aplicar

²² Cfr. SCHINDEL, A., Los principios constitucionales de la tributación. (J. L. Depalma, Ed.) Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, I., 2009, p706.

²³ SCHINDEL, A, Ibid, p706.

los conceptos de capacidad contributiva y de progresividad elaborados por la economía financiera; de la determinación de los elementos que integran el principio de legalidad; (...) las prohibiciones de la retroactividad y de la llamada confiscatoriedad” .

En efecto, el principio de legalidad es el límite formal respecto al sistema de producción de normas, mientras que los límites materiales son la capacidad contributiva, la generalidad, la igualdad, la proporcionalidad, la no confiscatoriedad y la razonabilidad.

Para Giuliani Fonrouge el principio de legalidad de la tributación es considerado una regla fundamental del Derecho público.²⁴ Es una garantía esencial en el Derecho constitucional tributario, en donde se requiere que todo tributo sea creado por una ley material y formal, entendida ésta como la disposición que emana del órgano constitucional que tiene la potestad legislativa, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución para la sanción de las leyes.²⁵

Esto implica que es el Congreso de la Nación es el titular del poder fiscal y por ende el que puede crear tributos. No hay tributos sin ley.

Otro principio jurídico que limita el poder tributario es el principio de igualdad, el cual se encuentra establecido en el artículo 16 de la Constitución Argentina, en su doble forma de igualdad ante la ley y de la igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas.

En criterio de Jarach el principio de igualdad ha sido interpretado como un verdadero límite al poder tributario y a su

²⁴ Cfr. GIULIANI, C., Derecho Financiero (Sexta ed., Vol. I), Depalma, Buenos Aires, 1997, p364.

²⁵ NOVELLI, M., Los Principios Generales de la Tributación Argentina, disponible en: NOVELLI, M., <https://www.economistas.es/contenido/REAF/gestor/05-NOVELLI.pdf>, Recuperado el 21 de junio de 2018, s.f, p124.

ejercicio por parte del Poder Legislativo con la consecuencia de que si éste lo viola, el Poder Judicial, como supremo intérprete de la Constitución, puede invalidar la ley que lo infrinja.²⁶

Para Bidart Campos, el concepto de igualdad fiscal es la aplicación del principio general de igualdad a la materia tributaria, razón por la cual afirma que: a) todos los contribuyentes comprendidos en una misma categoría deben recibir igual trato; b) la clasificación en categorías diferentes de contribuyentes debe responder a distinciones reales y razonables; c) la clasificación debe excluir toda discriminación arbitraria, hostil o injusta; d) el monto debe ser proporcional a la capacidad contributiva de quien lo paga; e) debe respetarse la uniformidad y generalidad del tributo.²⁷

En otro orden, pero dentro del mismo contexto, el principio de proporcionalidad coloca límites a la potestad tributaria, ya que implica que cuando se creen contribuciones que graven a los habitantes, estas tengan un equilibrio adecuado con la capacidad contributiva de éstos.

Tal principio se encuentra consagrado en la Constitución Nacional según la cual el Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado, ente otras cosas, por las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General. (Art. 4 C.N.)

Pero también se encuentra en el artículo 75, inciso 2º C.N., según el cual corresponde al Congreso, entre otras cosas, imponer contribuciones proporcionalmente iguales.

Para García Belsunce (1982) la garantía constitucional de la proporcionalidad puede resumirse diciendo que un impuesto es

²⁶ JARACH, D., Finanzas públicas y derecho tributario (Cuarta ed.), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, p317.

²⁷ BIDART CAMPOS, G., Manual de la Constitución Reformada, Ediar, Buenos Aires, 1998, p540.

proporcional cuando guarda relación con la riqueza o base imponible y la capacidad contributiva.²⁸

Los principios de proporcionalidad y de capacidad contributiva están íntimamente ligados, ya que se habla en la Constitución de contribuciones que equitativa y proporcionalmente imponga el Congreso a la población, además se dice que la igualdad es la base del impuesto, pero además se otorga al Congreso la facultad excepcional de imponer contribuciones directas y que ellas deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación.²⁹

Por su parte, para el principio de generalidad es necesario que los impuestos abarquen todas las categorías de personas previstas en la ley y no solo una parte de ellas, es decir, no deben ser afectadas personas en lo individual.

Según Flores Zavala el gravamen se debe establecer en tal forma, que cualquier persona cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del crédito fiscal, debe ser sujeto del impuesto.³⁰

El principio de no confiscatoriedad es otra garantía para controlar el poder tributario, pero también un principio garantista del derecho a la propiedad consagrado en la Constitución Argentina (Art. 17 C.N.), crucial en el tema que se aborda en el presente trabajo.

De acuerdo con este principio el Estado debe garantizar la propiedad privada, promoviendo la razonabilidad de los tributos, para lo cual se deben ponderar tanto las finalidades económico-sociales como las circunstancias de tiempo y lugar.

²⁸ Cfr. GARCÍA BELSUNCE, H., *Temas de Derecho Tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, págs 105 y s.

²⁹ Cfr. VILLEGAS, H., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario* (Séptima ed.), Depalma, Buenos Aires, 1999, p196.

³⁰ Cfr. FLORES, E., *Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas* (Décima Segunda ed.), Porrúa, México D.F, 1970, p192.

En palabras de Fonrouge "la razonabilidad de los tributos es materia circunstancial y de hecho, que debe apreciarse de acuerdo con las exigencias de tiempo y lugar y finalidades económico-sociales de cada impuesto".³¹

La Corte Suprema de Justicia también ha considerado que:

“El carácter confiscatorio de un gravamen no puede ser establecido sino como consecuencia del análisis detenido de las circunstancias de hechos que condicionan su aplicación y su incompatibilidad por tal motivo con la garantía constitucional de la propiedad no puede resultar sino de la prueba de la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado”.³²

Tales apreciaciones llevan a afirmar que los impuestos no pueden ser confiscatorios porque de ser así, se estaría subvirtiendo la garantía del derecho de propiedad consagrada en la Constitución.

Del mismo modo, se puede afirmar que el tributo no puede absorber una parte sustancial de la renta o del capital gravado, ya que de lo contrario sería confiscatorio.

8. Jurisprudencia.

1. “Sánchez, María del Carmen c/ Anses s/ Reajustes varios”. C.S.J.N. 17/05/2005.
2. “Castañeira, Darma Emilia c/ Anses s/ Ejecución Previsional”. Cámara Federal de la Seguridad Social. 11/10/2007.

³¹ GIULIANI, C., Derecho Financiero (Sexta ed., Vol. I), Depalma, Buenos Aires, 1997, p369.

³² Corte Suprema de Justicia, La Esmeralda Capitalización S.A. v. Provincia de Córdoba, 207-373 (Corte Suprema de Justicia).

3. "Galliano, Gregorio c/ Anses s/ Ejecución previsional". Cámara Federal de la Seguridad Social. 04/04/2008.
4. "Carbone, Antonio c/ AFIP suc. Corrientes s/ Amparo". Juzgado Federal de Corrientes. 06/10/2010.
5. "Rivas, Esther c/ AFIP s/ Amparo Ley 16.986". Juzgado Federal de Corrientes N° 2. Cámara Federal de Corrientes. 13/11/2013.
6. "Dejeanne, Oscar Alfredo y otro c/ AFIP s/ Amparo". C.S.J.N. 10/12/2013.
7. "Esquivel Humbert, Emilio Simeón c/ AFIP s/ Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad". Juzgado Federal de Concepción del Uruguay N° 2. 31/03/2014.
8. "Esquivel Humbert, Emilio Simeón c/ AFIP s/ Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad (Ordinario)". 12/04/2016.
9. "Cuesta, Jorge Antonio c/ AFIP s/ Acción de Inconstitucionalidad". Juzgado Federal de Paraná N° 2. 21/04/2014.
10. "Cuesta, Jorge Antonio c/ AFIP s/ Acción de Inconstitucionalidad (SUMARISIMO)". Cámara Federal de Paraná. 29/04/2015.
11. "Fornari, Silvia Cristina - López, Silvia Liliana c/ Estado Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos s/ Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad". (Expte. N° FGR 21000305/2012/CA1) Cámara Federal de General Roca. Fecha
12. "Calderale, Leonardo Gualberto c/ Anses s/ Reajustes Varios". Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala 2. Causa N° 17477/2012. 16/05/2017.
13. "García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad". Este fallo del 26/03/2019 pone de resulta que la Reforma Constitucional de 1994 originó el deber del legislador para dar respuestas especiales y diferentes para los sectores vulnerables, entre ellos, los jubilados, con el fin de asegurarles un goce pleno y efectivo de todos sus derechos.

9. Conclusiones.

La seguridad social es el conjunto de principios y leyes, que, basados en valores éticos sociales y teniendo en miras el bien común, tienen como fin primordial la cobertura de todas y cada una de las contingencias que las personas son susceptibles de enfrentar en la vida, desde el seno materno hasta su muerte.

El contenido social de nuestra Constitución Nacional, los tratados internacionales con los principios humanísticos que de ellos emergen y la jurisprudencia nacional que adoptan como fundamento esos principios, es sustento principal para concluir sobre la validez constitucional o no, de la aplicación del impuesto a las ganancias en las jubilaciones y pensiones.

Estos tratados internacionales aprobados por una ley del Congreso de la Nación y tienen jerarquía constitucional.

De la Constitución Nacional podemos extraer los principios y derechos que garantizan una vida digna a nuestros adultos mayores; este transcurso de la vida como adulto mayor se logra percibiendo una jubilación que debe solventar las necesidades económicas y sociales, tal como lo promueve la Declaración Universal de Derechos Humanos.³³

Nuestra Constitución Nacional delinea en este sentido un carácter social, humanista y tuitivo en el contenido de las leyes, en lo que a la seguridad social se refiere; lo que debe tener inexorablemente como resultado, ser jurídicamente protector del adulto mayor, del jubilado y del pensionado.

Este sentido humanitario es destacado por el preámbulo de la Constitución Nacional cuando reza “promover el bienestar general”, que no es ni más ni menos que obtener el calificado logro que la

³³ Art. 25 Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948).

persona viva decorosamente y en plenitud con una dignidad tal, que llegado el tiempo de adultez sienta interiormente que el esfuerzo y sacrificio realizado en pos de un tránsito decoroso, sea considerado positivamente lo trabajado, lo interactuado socialmente y en su caso, de corresponder, lo logrado en el seno del núcleo familiar.

Cuando se hace referencia a lo trabajado, se quiere referir al ser humano en su aspecto laboral que desarrolla su faz intelectual y económica, de la que obtiene los frutos económicos para solventar los gastos que los quehaceres cotidianos le deparan, ya sean gastos individuales o del grupo familiar; todo gasto que demande la necesidad de cubrir lo indispensable para vivir dignamente.

Este mandato de “promover el bienestar general” tiene en sentido amplio el de asegurar los beneficios de la seguridad social, que la propia Constitución Nacional impulsa, garantiza y protege; con un fuerte y profundo sentido protectorio, ya sea desde la concepción del niño por nacer hasta el adulto mayor, ambos casos situados al inicio y al final de la vida del ser humano, que requieren por parte del Estado la tutela que el mandato constitucional le otorga.

Las leyes de la seguridad social deben estar dirigidas, a asegurar los beneficios que el espíritu constitucional promueve. Hacia la protección de aquellos, ya sea tutelando el valor “vida” hasta el valor “económico”. En el valor económico de la tutela encontramos la integralidad del haber jubilatorio.

En la Constitución se encuentran las bases hacia donde deberán dirigirse la construcción dogmática de las leyes inferiores que pongan en práctica la vigencia de los principios humanistas consagrados en la Constitución. En base a esas leyes han de cimentarse los principios de solidaridad contributiva, equidad, accesibilidad, integralidad e irrenunciabilidad que los entes estatales deberán otorgar en lo cotidiano.

El artículo 14 bis C.N. está inserto en la primera parte de la Constitución Nacional, en el capítulo “Declaraciones, Derechos y Garantías”, los llamados derechos sociales que materializan, donde

dice: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social la que tendrá el carácter de integral e irrenunciable”.

En su parte no reformada, claramente expresa el artículo 14 bis que a los beneficios de la seguridad social se los deben considerar integrales e irrenunciables.

Son “integrales” porque deben cubrir todas y cada una de las contingencias a las que el jubilado está expuesto, solventando todas ellas con lo percibido en su haber mensual jubilatorio; el Estado debe garantizar que el total del haber jubilatorio que los jubilados y pensionados cobran mes a mes, cubra todos los gastos necesarios para llevar una vida digna.

La integralidad está también dada en el quantum del beneficio, en su monto total, el que le realizó el Estado y le fijó un monto, el cual bajo ningún aspecto puede ser disminuido.

La integralidad está fijada en base al cálculo sujeto a aportes que el jubilado realizó en su etapa laboral, por lo que el monto del haber mensual está calculado en función de los aportes y contribuciones efectuados, es inadmisibles que el Estado que estableció el monto del haber mensual, lo disminuya mediante la aplicación del descuento del impuesto a las ganancias al haber jubilatorio.

La integralidad garantiza la cobertura de todas las contingencias que los jubilados y pensionados tienen diariamente. Gastos que hacen, como ya se dijo, a la salud y el bienestar, alimentación y vestido, la vivienda y asistencia médica, y todas los servicios públicos y sociales que hacen al transcurrir satisfactorio de la etapa final de nuestro ciclo biológico.

La integralidad está garantizada en función del carácter humanista que la Constitución Nacional le imprime a las leyes de la seguridad social, con un carácter solidario practicado en el sistema de reparto que debe hacer prevalecer el bienestar del Hombre antes que a la Economía, es decir, primero está el Hombre y después la Economía, la que deberá adecuarse a las necesidades integrales,

prevaleciendo el ser humano y su devenir por la vida con dignidad, con los medios económicos necesarios a su disposición para satisfacción personal y familiar.

La integralidad tiene, porque así lo acuerda la Constitución Nacional, el fin protectorio del beneficio jubilatorio, entendiendo a éste como el medio-fin para cubrir el abanico de necesidades ya mencionadas, que el Estado debe garantizar. El Estado garantiza que los montos aportados por los trabajadores en actividad, tengan como resultado la obtención de un beneficio jubilatorio con determinado monto, el que deberá ser calculado en un porcentaje de manera tal llegue a cubrir todas y cada una de las contingencias de la vejez.

Tal es así el carácter protectorio que la integralidad tiene por mandato y fuerza constitucional, que la persona está protegida por la seguridad social, es así, por expreso mandato que la Constitución Nacional le da al Congreso Nacional para legislar en ese sentido. Es decir, que en lo que se refiere a jubilaciones y pensiones, los legisladores deben ineludiblemente tener en cuenta el carácter protectorio del artículo 14 bis, que la Constitución Nacional consagra.

El carácter de “irrenunciable” tiene como fin que la persona que es beneficiada con una jubilación no puede renunciar, por lo que, a través de este beneficio se persigue que esa persona lleve una vida cónsona al nivel de satisfacción que en su etapa de actividad laboral gozaba. Esta irrenunciabilidad tiene por objeto, en primer lugar, que la persona tenga un beneficio jubilatorio, y, en segundo lugar, que nada ni nadie desconozca los principios que la Constitución Nacional le otorga a la seguridad social, ésta como política de Estado, el tener como fin supremo promover el bienestar general.

A partir de la reforma constitucional de 1994, los tratados internacionales son jerarquizados con rango constitucional, son los que están enumerados en el artículo 75 inciso 22, y su enumeración es taxativa.

Esta jerarquización con rango constitucional de los tratados internacionales trae como consecuencia inmediata el respeto al que

deben someterse el dictado de las leyes inferiores de la Nación, y esto debe tener como único sentido el de resguardar el espíritu pro homine que estos tratados contienen, máxime teniendo en cuenta que son fundamento jurídico de los artículos que forman parte de las “Declaraciones, Derechos y Garantías”, incluidas en la parte primera de la Constitución Nacional.

Tal es así de claro, que la Constitución afirma claramente que “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.³⁴

Estos derechos constitucionalmente reconocidos no son absolutos, sino relativos. Esto es porque así lo dispone el artículo 14 cuando habla del ejercicio de los derechos sociales, serán gozados con el alcance que determine su reglamentación. Estas tienen el límite de lo razonable. Es decir, no es posible mediante la reglamentación, limitar derechos ni alterar el espíritu con el que la norma fue redactada.³⁵

Estos tratados insertos en la Constitución Nacional tienen principios que, a partir de su incorporación, forman parte de ella, como es el principio “pro homine”, por el cual se debe acudir para la resolución de conflictos a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trate de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Este principio debe interpretarse resguardando el derecho del individuo frente al propio Estado, porque es justamente éste quien tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales de sus habitantes, poniendo en práctica políticas públicas protectorias frente al avance de la violación de esos derechos.

³⁴ Art. 75 inciso 22 Constitución Nacional, Congreso de la Nación, (1994).

³⁵ Art. 28 Constitución Nacional, Congreso de la Nación, (1994).

También se ha de destacar el principio de prohibición de regresividad, por el cual el Estado no puede hacer una regresión en el alcance del goce material con el que contaba, es decir, el Estado debe operar en lo formal y operativamente, en favor del principio de progresividad, tutelando los derechos consagrados en los tratados, y que, a partir de la reforma de 1994, tienen jerarquía constitucional.

Esta jerarquización de los tratados tiene como único camino el de la obligatoriedad por parte del Estado de adoptar las medidas necesarias con el fin de maximizar el beneficio a través de los recursos, siempre que estas medidas tengan como objeto impedir el regreso al goce de los derechos.

La Corte Suprema posee una historia de activismo judicial en sus fallos, siendo sus argumentos las corrientes humanistas de la Constitución reformada en 1994, con la valiosa incorporación de los tratados internacionales.

En este sentido, se sostiene que la Corte Suprema debe imponer su rol de manera activista, instando a los otros poderes de la República, a modificar la normativa vigente y legislar de acuerdo al espíritu de los tratados internacionales y la Constitución Nacional, dando una solución categórica en lo que se refiere a la aplicación del impuesto a las ganancias a los jubilados y pensionados.

Una Corte Suprema que inicie el camino a una declaración de inconstitucionalidad del descuento del artículo 79 inciso C de la ley 20.628, será un avance importante a fin que el Congreso Nacional legisle sobre este tema de afectación previsional, que es definitivamente inconstitucional, y que sólo el parlamento nacional puede dar una solución definitiva a este descuento en sus haberes jubilatorios que soportan los jubilados y pensionados. Al Congreso le corresponde legislar sobre la imposición de las contribuciones directas e indirectas, según lo establece el artículo 75 inciso 2 de la Constitución Nacional.

A lo largo de la investigación, en reiteradas oportunidades tanto Juzgados de 1° instancia como Cámaras Federales han sentenciado como inconstitucional la aplicación del impuesto a las

ganancias del artículo 79 inciso C de la ley 20.628 a los haberes previsionales.

Como bien se sabe, la Corte Suprema no tiene plazos para emitir sus fallos, pero el tema a tratar está íntimamente ligado al sustento diario del grupo más vulnerable de la sociedad que, con una vida a costas esperan con ansiedad el pronunciamiento del Poder Judicial, en este tema que ha perdido legitimación social, toda vez que de a poco lo que a los adultos mayores se refiere, va teniendo la importancia y consideración por parte de la sociedad que merece, toda vez que lo que está puesto a dirimir afecta sustancialmente principios constitucionales, los cuales, por la supremacía que la reforma de la constitución de 1994 les otorga, como lo son los contemplados en los tratados internacionales incorporados.

Principalmente cuando el dictado de una política pública, emanada de los poderes Ejecutivo o Legislativo, lesiona uno o varios de los derechos que la Constitución garantiza y es notoriamente irrazonable, es en ese caso que la actuación del poder Judicial debe, irremediamente, examinar si el contenido es razonable o no y contrario o no a los principios constitucionales. Los jueces, en ocasiones, actúan como legisladores precarios de la seguridad social, declarando la inconstitucionalidad de artículos de leyes, remediando alguna legislación que no es coincidente con los principios de la Constitución Nacional.

No se propugna en este trabajo de investigación, la evaluación e invalidación del dictado de políticas públicas de Estado por parte del poder Judicial, sino considerar que el mismo debe tutelar que las políticas públicas estén acordes con los principios que inspira la Constitución Nacional, de manera especial, lo relativo a los adultos mayores, cuando el dictado de una ley cercena derechos que el mismo Estado le reconoció al momento de otorgar un beneficio previsional.

En base a los argumentos analizados, al tratar los principios que de la Constitución Nacional y los tratados internacionales emanan y el dictado de los fallos judiciales que, en materia de

seguridad social se refiere, se confirma que la aplicación del impuesto a las ganancias a las jubilaciones y pensiones debe ser declarado inconstitucional, por ser contrario al espíritu que de ellos mismos establecen, en razón del carácter integral e irrenunciable que el mismo Estado le otorgó.

Aunado a lo anterior, en Argentina se establecen desde el punto de vista constitucional las garantías y derechos fundamentales, teniendo como uno de sus pilares los derechos y principios representativos del ser humano contenidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como en los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos en materia de salvaguarda de derechos humanos, económicos, sociales y culturales.

La potestad tributaria no se concilia con la desproporcionalidad y desequilibrio, sino que, justamente, debe estar regulada con estricto apego a los principios constitucionales y legales, teniendo como norte la equidad y la justicia; en armonía con el principio de legalidad debe existir uniformidad entre la correcta interpretación de la ley y su aplicación.

En este sentido, la jurisprudencia examinada permite establecer que no se puede considerar “ganancia” un ingreso económico que no ostenta esa cualidad; lo contrario revela, no solamente una inconsistencia terminológica, o mejor dicho una anomalía legal. Por su propia naturaleza jurídica el ingreso jubilatorio no se considera susceptible de ser gravado, y mucho menos considerar a los jubilados como sujetos pasivos del tributo.

Del sistema tributario, surge la figura de la capacidad contributiva, la cual refleja la aptitud económica y social para contribuir con el sostenimiento del Estado, teniendo como elementos constitutivos no exclusivamente una apreciación económica, sino que se debe tener en cuenta la justicia social.

Por último, es de gran relevancia señalar, que las sentencias en materia previsional deben cumplir con los parámetros de la lógica jurídica y de la probática judicial; la debida fundamentación persuade

al reclamante de que la decisión dictada es la más justa, pues demuestra que el razonamiento del Juez está basado en los hechos que dieron motivo a la controversia. El régimen previsional presenta un carácter garantista, asegurando a los que adquieran el derecho jubilatorio el bienestar personal y familiar, teniendo el Estado el deber de suministrarle su retribución económica y beneficios compensatorios.



Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2019
en la Imprenta Roma de la ciudad de Santa Rosa,
Provincia de La Pampa, Argentina.
Se imprimieron 250 ejemplares.



PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

justicia.lapampa.gob.ar

