

ISSN 1851-3069

# Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones  
Jurídicas y Sociales A. L. Gioja

**No 19 (dic-2017)**



Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos aires

En el Número 19 de la Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “A. L. Gioja” presentamos la primera parte del Dossier Temático titulado “Pensando el Derecho en clave Pro-Fémmina”. En él encontrarán artículos elaborados por un conjunto diverso de autoras con distintas trayectorias, reunidas aquí con el propósito de efectuar un ejercicio crítico sobre los sentidos sexuados del Derecho así como los diferentes roles, espacios y grados de ciudadanía que con él se disputan. Con este objetivo, convocamos voces de diferentes ámbitos (academia, activismo, operadorxs judiciales, organismos no gubernamentales, entre otros), asumiendo que éstos se habitan entrecruzadamente. Precisamente, de aquí surge uno de los puntos fuertes del número: el enfoque interdisciplinario desde miradas que no sean únicamente locales, sino que se enlacen con perspectivas regionales y latinoamericanas.

El Dossier temático busca promover y fortalecer discusiones jurídicas contemporáneas a través de lentes de género, que revelan el carácter androcéntrico del Derecho y el impacto diferenciado que tiene en las subjetividades, así como en las diversas corporalidades.

Como coordinadoras de este Número Especial, celebramos la iniciativa de incluir números temáticos y tomamos esta propuesta editorial como una oportunidad para sumarnos a los importantes esfuerzos que se han realizado en múltiples espacios por ampliar y difundir las voces de las mujeres en la academia. En este sentido creemos que el Dossier constituye en sí mismo un ejercicio en miras a revertir el desbalance entre artículos de autoras y autores sabiendo, desde ya, que los obstáculos empiezan mucho antes de que los artículos sean enviados a las revistas científicas y se evalúe su publicación.

Un primer agradecimiento es para las autoras, quienes nos han obsequiado con profunda generosidad su mirada crítica, su entusiasmo y su compromiso para construir colectivamente el presente número. También agradecemos a las evaluadoras externas por la labor minuciosa que ha aportado rigurosidad a los artículos que aquí compartimos. Finalmente queremos agradecer al equipo editorial de la Revista por brindarnos la posibilidad de imaginar y de coordinar el presente número. Esperamos que disfruten su lectura.

**Celeste Novelli (UBA/CONICET) y Cecilia Gebruers (UBA)**

Coordinadoras del Dossier

## Introducción al dossier: Pensando El Derecho en Clave Pro-Fémnia

Por Malena Costa\*

Recibido: 20/11/17

Aceptado: 30/11/17

La categoría de género emerge como un producto del movimiento feminista, como efecto del pensamiento puesto en acción, como una creación de intervenciones políticas, sociales y culturales en función de dismantelar los órdenes de alternización, jerarquización e invisibilización femenina. La estremecedora sentencia que Simone de Beauvoir nos legara –*on ne naît pas femme, on le deviant*– siembra las condiciones de posibilidad conceptual de esta categoría. De Beauvoir profundiza en la tesis de la sujeción de la mujer, forjada durante el siglo XIX, para mostrar cómo la alteridad respecto del “uno masculino” se erige sobre el supuesto de la inferioridad femenina, nociones todas que son transmitidas a través de la educación de las niñas para conformar una ontología binaria y jerarquizada. En esta diferenciación sexual binaria, corresponde a lo masculino los atributos considerados como superiores, es decir, la razón, la cultura, el mundo de lo público y la política; mientras que lo femenino queda ceñido en el plano de la emoción, la naturaleza y el ámbito de lo privado/doméstico. A partir de la advertencia de la producción cultural y social de las diferencias sexuales, las nociones de lo que se considera masculino y femenino ya no pueden ser asumidas como una certeza natural, sino que se comprenden de una vez y para siempre en su carácter contingente. Es esa, en definitiva, la potencia avasallante de la categoría de género: al postular la incidencia de lo cultural en la conformación de las diferencias sexuales, produce un desplazamiento sobre las nociones de la naturaleza humana, posibilita desentrañar los mecanismos para la condición de inferioridad que constituye a las mujeres, lesbianas y trans en su conjunto, y logra cifrar siglos de acciones políticas y pensamiento sobre la subalternación de lo femenino.

---

\* Becaria postdoctoral del CONICET-IIIEGE, FFyL, UBA. Integrante de espacio Feminismos Jurídicos en Argentina. Correo electrónico: malenacostaw@gmail.com

El giro epistemológico que supone el género conlleva la revisión no sólo de los modos en que se produce y reproduce el binarismo sexual, sino también del horizonte de inteligibilidad que lo hace posible. Es decir, a partir de la postulación del carácter contingente del binarismo sexual, resulta imposible sostener la neutralidad de cualquier saber establecido. Por el contrario, el género interpela sobre la participación y las complicidades que todo campo del saber sostiene en relación con las diferencias y las desigualdades sexuales. En tal sentido, desde los feminismos se advierte cómo todos los discursos legitimados del saber, desde las más antiguas narraciones filosóficas hasta las ciencias modernas, se construyen desde una posición determinada por su condición masculina. Más concretamente, los ámbitos legitimados del conocimiento se conforman, por lo menos hasta después de la mitad del siglo pasado, de manera exclusiva o mayoritaria por varones. Los campos del conocimiento que se albergan en las instituciones del saber se fundan también en epistemologías sustentadas en esa jerarquización masculina. La consideración de cualquier otra identificación sociosexual en esas instituciones se reduce, hasta hace muy poco, a su carácter de objeto y, por lo general, para dar cuenta de su condición de inferioridad (Maffía, 2007). Tal es también el caso del derecho.

El creciente ingreso de mujeres a los espacios académicos que se produce en los países occidentales a partir de la década de 1960 genera notables transformaciones en la tradición del saber instituido. Como corolario, elementos del pensamiento y la agenda feminista comienzan a permear los campos del conocimiento. De manera progresiva, hacia fines de la década de 1970 en el hemisferio norte, y unas décadas más tarde en el hemisferio sur, se articula un heterogéneo conjunto de conocimientos que se consolida por fin con la introducción de la categoría de género en algunos discursos académicos.

En el discurso jurídico, la incorporación del género permite la elaboración de claves para comprender la predominancia masculina en este campo, así como la relación del derecho con la producción de las diferencias sexuales. Por un lado, las oposiciones que se establecen en el pensamiento occidental desde tiempos remotos entre razón/emoción, ideal/material, libertad/necesidad, individualismo/altruismo, autonomía/comunidad, objetivo/subjetivo, configuran un binarismo jerarquizado y sexualizado. De manera que aquellos términos que se valorizan como superiores son correspondidos con características masculinas, y los términos inferiores son asociados con características de feminidad. Puesto

que el derecho, en tanto saber científico, se vincula con la autonomía de la razón, la libertad individual y el conocimiento objetivo, pareciera coherente que se haya erigido como un dominio masculino (Olsen, 2000). Por otro lado, en la medida en que se asume la contingencia del binarismo sexual, cabe preguntarse cómo opera el derecho en relación con ese orden de jerarquización. En tal sentido, la irrupción de la categoría de género en el campo jurídico introduce un manto de sospecha sobre la neutralidad de este discurso. En efecto, a partir de la transformación epistemológica que supone el género, es posible advertir, por ejemplo, cómo la normativa jurídica produce ciertos sentidos de género, presentándolos como una lectura directa e imparcial de los hechos sociales y, en definitiva, como características de las diferencias sexuales *naturales*. La neutralidad del discurso del derecho interviene para ocultar o velar su carácter productivo; de modo que las figuras legales a través de las que se define a los sujetos aparecen naturalizadas, como consecuencia de una presunta lectura objetiva de los hechos o de la *naturaleza misma* (Frug, 1995).

Los distintos abordajes sobre la relación del derecho y el género permiten avanzar desde la tradicional proclama por la igualdad de derechos hacia una revisión del campo jurídico en su totalidad. La sofisticación de la crítica lleva a una radicalización que aboga por dismantelar la presunta neutralidad del discurso jurídico, exponer sus mecanismos de jerarquización y sexualización binaria y, asimismo, proponer renovados modos de hacer el derecho. No obstante la diversidad de abordajes y posicionamientos respecto del derecho y el género, existe una serie de postulados comunes sobre los que toda crítica se sustenta. Estos postulados conforman la axiomática del área jurídica feminista, por lo que bien pueden reconocerse como principios que acompañan a toda investigación e intervención sobre el derecho en relación con la categoría de género.

En primer lugar, se parte de la convicción de que las experiencias de las mujeres, lesbianas, trans y de todas las sexualidades disidentes han sido tradicionalmente ignoradas por el derecho. Esta convicción evidencia la imposibilidad de la neutralidad del discurso jurídico y destaca asimismo su condición política inherente. Un segundo postulado sentencia la relación indisoluble entre el pensamiento y la acción, entre la teoría y la práctica. En definitiva, este postulado afirma la concepción del conocimiento en tanto praxis, concepción que marca una distancia respecto del objetivismo habitual en la

ciencia jurídica liberal. Por el contrario, desde los distintos posicionamientos feministas se señala que, lejos de la objetividad proclamada, la ciencia jurídica predominante se caracteriza por un fuerte sesgo androcéntrico. Por fin, al asumir la politicidad del derecho, esto es, al advertir que el derecho está condicionado por los intereses de quienes lo construyen y aplican, se vuelve evidente la concurrencia de diversos discursos para la constitución de la trama jurídica en su conjunto. La autonomía del derecho se considera relativa. En ese sentido, las intervenciones feministas en torno al derecho, y cualquier abordaje que interpele la relación del derecho con el género, requieren de manera explícita la articulación de saberes jurídicos y extrajurídicos: conocimientos de las prácticas activistas, investigaciones históricas y sociológicas de la relación del derecho con otros fenómenos sociales, análisis de los escenarios políticos e, incluso, formulaciones de principios axiológicos. La intersección deliberada entre diversas disciplinas del conocimiento aparece entonces como un tercer supuesto. De modo que la postulación del conocimiento en tanto praxis y la interdisciplinariedad configuran los principios básicos en las investigaciones del campo jurídico desde posicionamientos feministas o, más en general, desde cualquier estudio que asuma la categoría de género para la advertencia y el desmantelamiento del androcentrismo del derecho (Costa, 2015).

Desde esos tres principios se estructuran investigaciones y propuestas sobre el campo jurídico a través de diversos enfoques y respecto de muy variados temas. La vasta literatura que conforma el área de los feminismos jurídicos y de los estudios de género sobre el derecho se caracteriza por una virtuosa convivencia entre un acuerdo básico, reflejado en esos tres postulados generales, y una notable discordancia entre posicionamientos políticos y epistemológicos, entre corrientes de pensamiento y metodologías. Cabe destacar que, precisamente, la riqueza de las investigaciones e intervenciones feministas y de los estudios de género sobre el derecho reside allí: en la vigilia crítica, el debate constante y las definiciones abiertas que ponen en jaque las fronteras disciplinares y plantean el desafío de sostener las preguntas y de repensar una y otra vez las respuestas (Pitch, 2010). Desde ese desafío se estructuran los trabajos que componen este dossier, en la articulación de ideas, posiciones y propuestas que abonan a la crítica del androcentrismo jurídico y, a la vez, reflexionan sobre las epistemologías de los estudios de género.

En el primer artículo de dossier, “El concepto de concepción en el contexto de los debates parlamentarios para la reforma del Código Civil argentino”, Sofía Aguilar y Mariana Soto proponen una aguda lectura de los posicionamientos políticos sobre los que se asienta la trama del discurso jurídico. Para ello, Aguilar y Soto ofrecen un análisis de las discusiones que dieron lugar a la modificación del texto del anteproyecto para la reforma del Código Civil y Comercial de Argentina en su Artículo 19, que refiere a la determinación del comienzo de la existencia humana. A través de este minucioso análisis, se pone de relieve el modo en que toda enunciación en términos legislativos implica una conjunción de posturas políticas y éticas. Aguilar y Soto destacan así uno de los postulados asumidos desde los feminismos, por cuanto que exponen cómo la objetividad del discurso jurídico solo puede concebirse desde los condicionamientos dados por una serie de disputas de intereses. En tal sentido es que indican la función simbólica del derecho en la medida en que este opera en vinculación directa con -y, a la vez, condicionado por- las relaciones de poder y jerarquía que atraviesan todo el entramado social. No obstante, en su propuesta epistemológica, Aguilar y Soto advierten la necesidad de no caer en una postura reduccionista respecto del derecho, sino que procuran atender a su autonomía relativa, esto es, tanto a lógica interna del discurso jurídico como a las relaciones de fuerza sociohistóricas que operan en cada momento particular. En esta línea de análisis, este trabajo adhiere a la comprensión del derecho en su función paradójica, esto es, en tanto discurso que potencialmente refuerza posturas conservadoras tanto como produce transformaciones estratégicas sobre el *status quo*. Por fin, Aguilar y Soto concluyen con la advertencia de que en los debates analizados, la disputa por la definición de la concepción supone posicionamientos respecto de la autonomía de los cuerpos gestantes y, en consecuencia, sobre la posibilidad de instalar en el debate parlamentario argentino la legalización del aborto.

En “Internet y género: ¿una herramienta de empoderamiento para las mujeres?”, el segundo artículo de este dossier, Isabel Anayanssi Orizaga Inzunza propone un enclave de análisis impostergable en la actualidad, como es internet, y se pregunta de qué modos y con qué propósitos las mujeres participan allí. La autora parte de la importancia de internet en las sociedades actuales y en tanto espacio en el que toda persona puede manifestar sus posturas, por lo tanto, como un recurso con un notable potencial democrático. Sugiere así una

comprensión más amplia de lo que hoy constituye el espacio público y destaca el reconocimiento jurídico de internet como un medio para el ejercicio de diversos derechos humanos –tales como el derecho a la libertad de expresión, la garantía del acceso a la educación y el derecho de asociación. En tanto el ámbito de lo público se restringe por tradición al dominio masculino, Orizaga Inzunza se pregunta por la incidencia de internet en el empoderamiento de las mujeres. Señala que, a pesar de las diversas políticas para la ampliación del acceso a internet, el uso de este recurso varía de un lugar a otro, lo que ocasiona la noción de “brecha digital” y, más específicamente, en lo concerniente a las diferencias entre varones y mujeres, se utiliza la noción de “brecha de género”. En tal sentido, la autora repone los resultados de un estudio internacional que revela, por un lado, un menor uso de internet por parte de las mujeres respecto de los varones y, por otro lado, un uso ajeno a la búsqueda de información y el reclamo sobre asuntos sociales y políticos. Así, Orizaga Inzunza propone su hipótesis para avanzar en la cuestión del uso de internet por parte de las mujeres y en los aportes que esta herramienta puede hacer en la lucha por el empoderamiento y la inclusión femenina. En el artículo se advierte que la persistencia de conductas violentas y estereotipadas a través de la red inciden en la brecha digital de género, en el uso que las mujeres hacen de internet y, por lo tanto, obturan el potencial empoderador de este recurso. Esta conclusión impele a pensar los modos de intervención y regulación del espacio público digital, y las posibilidades de promover desde allí valores de respeto e igualdad.

En el tercer artículo del dossier, “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, de Mary Beloff se propone una lectura crítica respecto de los avances jurídicos sobre la violencia contra mujeres y niñas. En efecto, señala Beloff que en lo concerniente a las niñas, el amplio cuerpo normativo de protección de derechos, tanto internacional como regional, solo hace referencias tangenciales o, a lo sumo, como una extensión de los derechos de las mujeres o de los derechos de los niños. En tal sentido, Beloff refiere a una “virtual ausencia de las niñas” en las normas internacionales de protección de derechos y hace un llamado a pensar su específica vulnerabilidad por razones etarias y por razones sexogenéricas. De esta manera se trae a colación un tema vigente y acaso poco discutido en las investigaciones feministas y de género como es el de la elaboración de enfoques y estrategias acordes con las experiencias particulares de grupos sociales que exceden tanto a la normativa jurídica, coartada por su

androcentrismo, como a los discursos feministas y de los derechos de las mujeres, centrados en figuras femeninas determinadas por condiciones sexuales, de clase, étnicas y, por supuesto, etarias. El trabajo de Beloff, por un lado, llama la atención sobre el deber de los diversos niveles del Estado para la atención y protección de las niñas. Señala así la necesidad de erradicar los prejuicios basados en estereotipos de género, que muchas veces conllevan a la mala praxis de los operadores judiciales. En tal sentido, se destaca, una vez más, la urgencia de promover en la formación jurídica los conocimientos producidos desde los estudios de género, a fin de sensibilizar a quienes tienen la responsabilidad de atender y proteger a las niñas. Beloff apunta, además, a la frecuente ineficacia de la intervención estatal a través de los dispositivos penales juveniles. Advierte que muchas niñas víctimas y testigos de casos de violencia terminan siendo imputadas y, por lo tanto, relegadas a esos dispositivos, situación que, lejos de paliar y resolver los maltratos padecidos, resulta en una mayor marginación y vulnerabilidad. Por otro lado, el texto de Beloff desentraña aquello que Simone de Beauvoir señala en su famosa sentencia, es decir, la manera en que la subalternación femenina es construida desde la infancia. En efecto, la invisibilización de las niñas en el entramado jurídico, así como la negligencia del sistema de justicia para el tratamiento de la violencia ejercida sobre ellas, constituyen no solo una marca clara de subsunción de la problemática de la vulnerabilidad genérica-infantil sino, además, un refuerzo sobre la violencia padecida. Así, la conclusión del texto de Beloff es contundente en el llamamiento a que el sistema de justicia garantice espacios de confianza y escucha para las niñas a fin de resguardar su cuidado y protección, tal como lo sentencian los derechos más básicos.

El cuarto artículo, "Hacia una igualdad transformadora en las producciones de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. Derechos sociales, mujeres y maquilas", de Natalia Bórquez, refiere a una realidad flagrante de la región latinoamericana, en la que el capital financiero se entrelaza con la connivencia política y la misoginia, para albergar un estado de violencia sistemática, explotación extrema y marginación. Las condiciones de posibilidad de la maquila, en tanto ámbito de abuso de los capitales internacionales para la violación de los derechos humanos, es ocasión para analizar la concurrencia de la violencia contra las mujeres y la falta de acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. Bórquez advierte la falta de

integralidad en los enfoques jurisprudenciales de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Para ello, ofrece un minucioso recorrido por distintos fallos y declaraciones en función de remarcar la ausencia de referencias a las condiciones económicas y sociales de las víctimas de violencia en el contexto de la maquila. En ese repaso, se pone de relieve la penosa estadística que caracteriza a América Latina y el Caribe como la región más desigual del planeta. La propuesta de Bórquez se enmarca en la necesidad, también sugerida en los dos artículos previos, de tomar debida cuenta de las especificidades de cada situación particular a la hora de pensar en el ejercicio de los derechos y el acceso a la justicia. En tal sentido, para afrontar los femicidios cometidos en la maquila, no bastaría con asumir la extendida y tradicional violencia que se ejerce contra las mujeres en general, sino que es imperioso tener en cuenta, además, la subordinación económica que coloca a esas mujeres en particular en una situación de desigualdad y vulnerabilidad. Bórquez avanza en esa clave de lectura a través del análisis de distintas sentencias, y destaca la importancia de que los organismos internacionales den cuenta en sus declaraciones de la diversidad estructural que afecta a las mujeres y cuáles son las consecuencias que ello conlleva en la perpetuación de diversos tipos de violencia de género. En tal sentido, advierte Bórquez que las sentencias analizadas refieren a países que adhieren a los tratados internacionales de regulación laboral. No obstante, esa adhesión es ineficaz si no se asume la especificidad de la desigualdad que afecta a las mujeres en el acceso efectivo a los derechos económicos y sociales. El artículo de Bórquez propone una clave de lectura insoslayable en la medida en que habilita una mayor rigurosidad frente un problema complejo. Asimismo, desde el texto se sugiere la transformación que las ideas feministas podrían producir si lograran una mayor incidencia en el discurso jurídico.

En el quinto y último artículo, "Abuso sexual paterno-filial. Apoyo, credibilidad y protección a niñas, niños y sus madres protectoras como víctimas del delito", de Graciela Dora Jofré, pone el acento sobre el sesgo adultocrático que condiciona no sólo al campo jurídico sino al ámbito público y a las relaciones interpersonales en general. En efecto, Jofré señala que, en la mayoría de las situaciones de abuso infantil, el testimonio de la niña o del niño es la única evidencia con la que se cuenta. Sin embargo, la credibilidad de la palabra infantil es muchas veces puesta en duda, relativizada o, incluso, negada por el mundo

adulto. En tal sentido, en el artículo se advierte que la falta de crédito sobre el testimonio de un relato de abuso es una afrenta sobre la dignidad y, por lo tanto, una violación a un derecho humano básico. Como contrapunto, Jofré señala la tendencia, en algunos enclaves de los ámbitos académico y judicial, de mantener la confianza en las voces de los abusadores, que en la mayoría de las ocasiones son varones. Con este señalamiento se recrudece el panorama de privilegios de los varones adultos y de descrédito de las niñas y los niños. Jofré avanza sobre este desequilibrio para destacar la importancia de las madres denunciantes, quienes no solo sostienen una enorme fortaleza para avanzar con la denuncia de abuso de su hija o hijo, sino que, además, se convierten en la persona adulta que acompaña, escucha y cuida amorosamente del niño o niña abusada. En tal sentido, Jofré hace una intervención sobre el campo de la victimología y sugiere que las madres que denuncian el abuso sexual sufrido por su hija o hijo también deberían ser consideradas como víctimas y, por consiguiente, recibir igual tratamiento. Esta propuesta pone de relieve la urgencia de que el sistema de justicia garantice una efectiva protección no solo de las niñas y niños abusados sino también de aquellas figuras adultas de la familia que sostienen una relación cálida de cuidado y apoyo y que marcan, así, una diferencia respecto del adulto maltratador. El texto de Jofré ofrece con suma sensibilidad un panorama estremecedor como es la pandemia internacional del abuso sexual infantil. La amplia mayoría de los abusadores son familiares varones directos y las cuidadoras son habitualmente las madres, es decir, mujeres. Esto sugiere la consideración de varios asuntos. En primer lugar, la urgencia de producir una transformación del sistema de justicia en su conjunto a fin de hacer de la "perspectiva de género" algo contundente e inapelable. En segundo lugar, el trabajo de Jofré hace un llamamiento insoslayable a pensar en la estrecha vinculación que se corrobora entre las masculinidades predominantes y la violencia. Por fin, dada la habitualidad con que la violencia hacia niñas y niños es ejercida dentro de las familias, resulta imperioso repensar qué tipo de relaciones son las que se ponen en juego en esa estructura considerada como la base de la sociedad. Hace mucho ya que desde diversas corrientes feministas se señala a la familia como un espacio de violencia y opresión hacia mujeres e infantes. Se trata de una advertencia que contradice toda una serie de sentidos sociales hegemónicos y que, por lo tanto, merece de la mayor atención para pensar las

subyugaciones en las relaciones de género y los sesgos adultocráticos del campo jurídico.

En suma, la compilación de estos artículos no puede más que concitar un motivo de celebración. Por un lado, a través de los distintos temas, enfoques y propuestas se abona a la cada vez más amplia bibliografía para la capacitación jurídica en materia de género. Por otro lado, estos textos reafirman la apuesta por la articulación de producciones colectivas originales, forjadas en la sensibilidad y la imaginación. Estas propuestas afianzan el compromiso de las investigaciones y el activismo para el cuestionamiento y la transformación de los pilares androcéntricos blancos burgueses heterocentristas y capacitistas del derecho. Solo desde posicionamientos críticos y creativos es posible componer y alimentar las comunidades epistémicas existentes, en función de socavar aquellos cimientos del derecho y crear nuevas posibilidades jurídicas, más afines a la vida en democracia, a la sororidad, a la igualdad y a la libertad de todas las personas.

### **Bibliografía:**

- COSTA, M. (2015). "Feminismos jurídicos. Propuestas y debates de una trama paradójica". En *Daímon Revista Internacional de Filosofía*, 66, 153-161.
- FRUG, M. J. (1995). "A postmodern legal manifesto". En *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, editado por (Frances Olsen), (491-521). Nueva York:New York University Press.
- MAFFÍA, D. (2007). "Epistemología feminista: La subversión semiótica de las mujeres en la ciencia". En *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 12, 28, 63-97.
- OLSEN, F. (2000). "El sexo del derecho". En *Identidad femenina y discurso jurídico*, editado por (Alicia Ruiz), (25-44), Buenos Aires: Editorial Biblos,.
- PITCH, T. (2010). "Sexo y género de y en el derecho. El feminismo jurídico", En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 435-459.

## LA ESCRITURA EN LOS CUERPOS ARGENTINOS. EL CASO DEL ARTÍCULO 19 EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Sofía Aguilar y Mariana Soto

Recibido: 25/07/17

Aprobado: 08/10/17

### RESUMEN

El principal objetivo de este artículo es analizar y mostrar las reactualizaciones del debate en torno al comienzo de la existencia de la persona humana en el contexto de un proceso puntual, que culminó con la sanción del actual artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación. Para esto hemos definido como nuestra unidad de análisis los debates parlamentarios del anteproyecto, centrándonos en el análisis de argumentos expresados por los legisladores en las sesiones de la Cámara de Diputados y Senadores en 2014 en las cuales fue aprobado el Código Civil y comercial de la Nación.

Nuestra hipótesis central es que en estos debates en torno al uso de algunos términos, con sus explicitaciones y silencios, se pone en juego, una vez más, la posibilidad de delimitar el cuerpo de las mujeres (y de otros sujetos con capacidad para gestar) en Argentina. Estos cuerpos se configuran entonces como un territorio, mapeable, cuyas fronteras son objeto de luchas. Realizamos un análisis documental adaptando las estrategias cualitativas de la Teoría fundamentada, y analizando los resultados desde una perspectiva crítica sociológica y filosófica en el contexto del análisis del discurso jurídico.

### PALABRAS CLAVE

Discurso jurídico- Concepción-Cuerpo

## THE WRITING IN THE ARGENTINE BODIES. THE CASE OF ARTICLE 19 IN THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE

By **Sofía Aguilar and Mariana Soto**

### ABSTRACT

The main objective in this article is to analyze and show the transformations of the debate around the beginning of the existence of human being in the context of a punctual process, which led to the current drafting of the 19th article of the Civic and Commercial Code. To do so we have defined the parliamentary debates as our analysis unit focusing in the arguments expressed by the legislators in the "Diputados" and "Senadores" chambers in 2014, in which the Civic and Commercial code was approved.

Our main hypothesis is that in this debates around the uses of some terms, the possibility of determinate the limits of women's bodies (and also from other gender groups) is at stake in Argentina. This bodies are configured as territories and their borders are objects of struggle. This led to this proposal to carry out of a documental analysis adapting the qualitative strategies of the Grounded Theory and analyzing its results from a critical sociological and philosophical perspective of the legal discourse.

### KEY WORDS

Legal discourse- Conception-Body

## LA ESCRITURA EN LOS CUERPOS ARGENTINOS. EL CASO DEL ART. 19 EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Sofía Aguilar\* y Mariana Soto\*\*

"Mi cuerpo, *topía* despiadada" (Foucault, 2010, p. 7)

### I. Introducción<sup>1</sup>

Entre el año 2011 y el 2014 se produjo en nuestro país un proceso complejo cuya culminación fue la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial unificado para la Nación Argentina (en adelante, CCyCom). En este contexto advertimos que entre el texto propuesto por la comisión redactora y el finalmente sancionado, en lo referente al artículo en el que se define el comienzo de la existencia de la persona humana, hubo modificaciones significativas. Entre el proceso de formación y el producto final hay una ruptura, una distancia, una brecha (Marí, 1993, p. 289). Se abre ante nosotras un escenario en donde hay una puesta en escena de enunciaciones y silencios, de formas expresivas en el texto, y en donde cada actor, como en la danza *butoh*<sup>2</sup>, pone toda su fuerza a disposición de la realización de micro movimientos. La disputa por el uso de los términos busca ganar terreno milímetro a milímetro.

El principal objetivo de este artículo es entonces, analizar y mostrar las reactualizaciones del debate en torno al comienzo de la existencia de la persona humana en el contexto de un proceso puntual, que culminó con la sanción del actual artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación. Para esto hemos definido como nuestra unidad de análisis los debates parlamentarios del anteproyecto centrándonos en el análisis de argumentos expresados por los legisladores en las sesiones de la Cámara de Diputados y Senadores en 2014 en las cuales fue aprobado el Código Civil y comercial de la Nación. Nos hemos

\* Investigadora Adscripta del Instituto A. L. Gioja. Becaria UBACyT de Maestría, Facultad de Derecho, UBA. Docente de Teoría del Estado, Facultad de Derecho, UBA. Abogada.

\*\* Licenciada en Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, UBA.

<sup>1</sup> Este trabajo fue realizado en el marco del Proyecto de Interés Institucional PII510 coordinado por Martín Rempel "Crítica del concepto de concepción en el nuevo Código Civil y Comercial. Derivaciones, consecuencias y puesta en jaque al legislador desde una aproximación iusfilosófica", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> "Tatsumi Hijikata (1928-1986) pensaba que su arte tenía el propósito de recobrar el cuerpo primigenio "el cuerpo que nos ha sido robado": <http://www.ciudaddeladanza.com/bibliodanza/articulos-y-noticias/butoh-la-danza-de-la-oscuri.html>

enfocado en estos documentos porque tienen la particularidad de estar redactados en tiempo real y de portar las intervenciones de una multiplicidad de interlocutores. Esta multiplicidad puede o no reportar en una heterogeneidad de posturas y fundamentos, pero sobre todo muestra las tensiones y disputas por la apropiación de los términos. Nos preguntamos también por los fundamentos (explícitos e implícitos) desde los cuales se sostienen las diversas posturas y también por las formas o la estética discursiva empleada, que de por sí posee un potencial expresivo.

Se trata de un trabajo descriptivo con pretensiones explicativas, basado en un supuesto inicial de trabajo, esto es, que la redacción de los textos legales, (en este caso nos interesa puntualmente el artículo 19 del CCyCom.) está fundada en una cierta concepción del mundo y de los sujetos involucrados. La ley, expresión del "Discurso del Orden" por excelencia, se caracteriza por asignar al resultado de una dada relación de fuerzas, siempre asimétricas, una propiedad natural o divina, es decir, presentarse como un "orden necesario" y provechoso para el mundo (Marí, 1987, p. 97). Es en este proceso en el que a través de la participación de diversos discursos técnicos (como el jurídico y el biomédico) se generan ficciones de neutralidad axiológica y universalidad de los enunciados. Consideramos entonces que a través del trabajo hermenéutico sobre estas fuentes es posible explicitar, mostrar, desarticular y reconstruir los discursos que se cristalizan en esta legislación.

Nuestra hipótesis central es que en estos debates en torno a el uso de los términos, de lo que se explicita y de lo que se silencia, se pone en juego, una vez más, la posibilidad de delimitar el cuerpo de las mujeres (y de otros sujetos con capacidad para gestar) en Argentina. El cuerpo es entendido como un territorio, mapeable, cuyas fronteras son objeto de luchas.

## **II. El proceso de creación y sanción del Nuevo Código Civil y Comercial para la Nación Argentina. El art. 19 del CCyCom**

Entre el año 2011 y el 2014 se produjo en nuestro país un proceso complejo del que participaron profesionales expertos/as de diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas y Sociales, referentes de la sociedad civil y políticos. Su culminación fue la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial unificado para la Nación Argentina. A partir del dictado del Decreto 191/11 en febrero del año 2011 se dispuso la creación de una "Comisión de Reunificación y de Reformas del

Código Civil y Comercial, de la Nación”, integrada por Ricardo Lorenzetti; Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci quienes junto a equipos de trabajo debían elaborar un anteproyecto que sería remitido al Poder Ejecutivo. La Comisión inició su labor en marzo de 2011 y presentó el anteproyecto en marzo de 2012. En un documento oficial sobre los fundamentos del anteproyecto<sup>3</sup> se explican una serie de objetivos estratégicos, políticos y técnicos. Entre ellos se menciona la búsqueda de generar una articulación entre los instrumentos internacionales, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal, receptando y legitimando así la constitucionalización del derecho privado e integrándola con el derecho público<sup>4</sup>. Además se menciona la búsqueda de una igualdad real a través de lo que denominan una ética de los vulnerables, eliminando discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o la riqueza.<sup>5</sup> En este mismo texto se reconoce la complejidad de compatibilizar enfoques multiculturales y las diversas opciones de vida de una sociedad pluralista sin desconocer las particularidades de la cultura latinoamericana, e incorporar criterios que la Comisión consideraba comunes a la región. Si bien se trata de enunciados amplios, estos permiten vislumbrar un proyecto ambicioso que pretendía generar una serie de cambios que no fueron recibidos pacíficamente por muchos actores involucrados en el proceso de sanción.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia realizó modificaciones al anteproyecto conformando el documento que finalmente tuvo tratamiento en el Poder Legislativo y que fue enviado en junio de 2012. En julio de ese mismo año se constituyó la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. A partir de allí se realizaron numerosas reuniones y audiencias públicas en todo

<sup>3</sup> “Fundamentos del Proyecto”. Este documento se encuentra disponible en internet en <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>.

<sup>4</sup> “El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.” Texto disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>.

<sup>5</sup> “El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”. En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.” *Ibíd. supra* nota 4.

el país. El 14 de noviembre del año 2013 se presentaron los dictámenes para la elaboración del Nuevo Código que incorporaba 168 modificaciones. El texto fue aprobado en octubre de 2014 mediante la Ley N.º 26.994, promulgada y publicada pocos días después, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

De todas las modificaciones que se realizaron, como indicamos en la introducción, nos interesó explorar la que modifica lo referente al artículo en el que se define el comienzo de la existencia de la persona humana, en dónde se advierten cambios significativos entre lo que queda explicitado y lo que es omitido en la redacción.

En la redacción de código de Vélez Sarsfield, el art. 70 que se refería al inicio de la existencia de la persona humana, indicaba que esta comenzaba con la "concepción" en el seno materno.<sup>6</sup> El anteproyecto se propuso modificar esta redacción y versaba de la siguiente forma:

"Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado."

Sin embargo, la redacción final de dicho artículo es la siguiente "Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción."<sup>7</sup> Como vemos se eliminó el enunciado que refería al comienzo de la existencia de la persona humana en los casos en los que intervinieran las técnicas de reproducción humana asistida y lo atinente al embrión no implantado. También se eliminó la referencia al seno materno. El enunciado final pone todo el peso de su sentido nuevamente en la palabra "concepción". Esta transformación nos motivó a hacernos algunas preguntas. Principalmente nos interesó conocer cuáles habían sido los argumentos vertidos para conseguir una modificación significativa a la redacción del anteproyecto y analizar las implicancias discursivas. Vislumbramos que más allá de argumentos técnicos era posible que el debate se produjera alrededor de posiciones éticas y políticas (no siempre explicitadas) que se disputaban entre sí la apropiación de este espacio de la ley

<sup>6</sup> "Art 70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas" Código Civil de la Nación. [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340\\_librol\\_S1\\_tituloIV.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_librol_S1_tituloIV.htm)

<sup>7</sup> Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

(Bourdieu, 1985) y, por ende, también dicho aspecto de la regulación de la vida y del cuerpo de las mujeres argentinas (y de otros sujetos con capacidad de gestar). Este proceso (el de la producción del art. 19 del CCyCom.) se presenta entonces como un caso paradigmático de *lucha simbólica*, es decir de una relación de fuerzas en la que cada interlocutor pone en juego sus competencias lingüísticas para imponer los criterios de apreciación más favorables a sus productos (Bourdieu, 1985, p. 40-41). Esta perspectiva nos lleva a preguntarnos por la especificidad del discurso jurídico y por la profundidad de sus efectos simbólicos, no sólo en el plano legal, sino en la construcción de sentidos y representaciones sociales. Bourdieu establece que esta particularidad del campo jurídico está en la capacidad socialmente reconocida que tiene de "(...) interpretar (de manera más o menos libre o autorizada) un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social." (2001, p. 169) Una ilusión de unidad y de autonomía al interior de batallas por la definición de criterios favorables a los propios intereses de una pluralidad de actores, una arena de disputa altamente legitimada a nivel social. Esta es entonces la relevancia que encontramos en el análisis del proceso de redacción del artículo 19 del CcyCom., entendido como un caso significativo para analizar estos procesos desde una perspectiva filosófica y sociológica crítica. En esta misma dirección, la epistemología crítica feminista hace un aporte, y nos permite visibilizar las nociones liberales y androcéntricas de la ciudadanía que conforman los discursos jurídicos y nos aporta una clave de lectura para el análisis de estos debates parlamentarios y textos jurídicos. Se trata entonces de problematizar esa igualdad formal que no es más que desigualdad efectiva en las prácticas e invisibilización de los cuerpos femeninos que históricamente han sido construidos como apropiables y, en caso de resistencia, disciplinables (Maffia, 2009). La demarcación del cuerpo de las mujeres y de otros sujetos con capacidad para gestar, en tanto territorios sobre los que los saberes expertos tienen siempre algo que decir con pretensión de fuerza de ley, y las operaciones de invisibilización de los derechos sobre los propios cuerpos, es una de las dimensiones más llamativas de esta contienda simbólica.

### III. Estrategia metodológica

Hemos definido como nuestra unidad de análisis los debates parlamentarios del anteproyecto. Estos documentos tienen la particularidad de estar redactados en tiempo real y de portar las intervenciones de una

multiplicidad de interlocutores. Esta multiplicidad puede o no reportar en una heterogeneidad de posturas y fundamentos de las mismas, y eso fue justamente lo que nos motivó a analizarlos. No sólo nos preguntamos por los argumentos vertidos sino por la naturaleza de los fundamentos desde los cuales fueron sostenidos y las formas discursivas empleadas en estos. Hemos analizado los argumentos expresados por los legisladores en las sesiones de la Cámara de Diputados y Senadores en 2014 en las cuales fue aprobado el Código Civil y Comercial de la Nación. Para llevar a cabo esta tarea definimos a la estrategia cualitativa de análisis documental basada en una adaptación de alguna categorías de la Teoría Fundamentada (Glaser y Strauss, 2006) como la más pertinente. Retomamos esta estrategia cualitativa basándonos en su flexibilidad y en su perspectiva epistemológica constructivista de los datos que nos permitió elaborar conclusiones en base a las representaciones sociales y construcciones de sentido. Su particularidad está dada por la posibilidad de generación de categorías en simultáneo con el análisis de los datos y a partir de estos mismos. Nuestra adaptación se diferencia del uso corriente en base a entrevistas y observaciones, y le da mayor peso al análisis de documentos que tienen la particularidad de no ser escritos elaborados como tales sino de ser un registro de participaciones orales en tiempo real. Esto no impedirá la utilización de entrevistas u observaciones en etapas futuras sobre este mismo tema.

El trabajo hermenéutico sobre los documentos consistió en un proceso de distintas etapas de codificación que a través de la comparación de las categorías emergentes fue construyendo hipótesis sobre sus relaciones y articulando un marco teórico en base a estos hallazgos. Como primera etapa se realizó una lectura y *etiquetamiento* de los momentos en que se refería al artículo 19 en los debates parlamentarios y anteproyecto, y en los que se refería al inicio de la existencia de la persona humana o los derechos de las mujeres. Luego del etiquetamiento se clasificó las intervenciones de los legisladores por núcleos temáticos y se comenzó con el proceso de *codificación abierta* a partir de un proceso de *comparación constante* en busca de descubrir relaciones de sentido (Soneira, 2013, pp. 153-173)

Realizamos un análisis de los argumentos agrupándolos según se hayan pronunciado a favor de la actual redacción del código o en contra de la misma tomándola como *categoría central*. Esta división es puramente analítica, pero consideramos que nos permitirá esclarecer algunos de los postulados que

subyacen e iniciar una *codificación selectiva* en base a la misma. Como se verá más adelante, hay argumentos idénticos utilizados para tomar postura a favor o en contra de la actual redacción, y argumentos que parten de la misma premisa pero arriban a conclusiones opuestas. Luego de la construcción de un listado de argumentos a favor y en contra de la redacción final del artículo 19 de CCyCom. se buscaron regularidades en los mismos hasta el punto de *saturación teórica* en la construcción de agrupamientos entre los que presentaban los mismos fundamentos. Quedó pendiente para su futura utilización una codificación en base a las dimensiones de género, autopercepción religiosa y pertenencias partidaria al ser emergentes frecuentes en las intervenciones analizadas pero que no aportaban a este primer etapa del análisis que busca entender las construcciones de sentido desde una perspectiva holística, comprendiéndolas como algo que circula, al igual que el poder.

#### IV. Análisis y reflexiones

A continuación daremos cuenta de la sistematización realizada de los argumentos preeminentes y analizaremos los postulados que sustentan su presentación en las respectivas sesiones.

Es relevante mencionar que para este trabajo se recolectaron las alocuciones de 23 legisladores: 9 diputados y 14 senadores en sus respectivas sesiones. De estos 23 legisladores 12 fueron mujeres y 11 varones (estamos haciendo únicamente alusión a la variable sexo de los legisladores ya que no contamos con información completa sobre su identificación de género). La distribución en diputados fue de 2 varones y 7 mujeres, y en senadores, 9 varones y 5 mujeres. En cuanto a las posturas tomadas respecto de la redacción final del artículo 19, en ambas cámaras primó la posición crítica indistintamente del sexo de quienes se expresaran.

Somos conscientes de que estos debates estuvieron fuertemente atravesados por las lógicas partidarias en años eleccionarios que presentaron una alta tensión en los distintos órdenes de la política, y no en menor forma, de lo discursivo. Sin embargo, consideramos pertinente para este trabajo abordar los discursos no deteniéndonos exclusivamente en el apoyo partidario al Nuevo Código Civil y Comercial, sino centrándonos en los argumentos que sirvieron como justificativos del accionar dentro de la legislatura y las concepciones sobre el inicio de la existencia de la persona humana y la posibilidad de disponer del

propio cuerpo, ya que de por sí nos aportan información clave para reconstruir los supuestos que operan en un locus del Poder Legislativo Nacional articulados con el Poder Judicial de la Nación.

Los argumentos que primaron en la postura a favor de la redacción actual del artículo 19 tuvieron como característica una mayor heterogeneidad y dispersión de casos en sus justificaciones. Algunos legisladores sostuvieron que en la redacción actual está claro el significado legal del término “concepción”, y que los artículos 20, 21 y 561<sup>8</sup> esclarecen la significación del artículo 19, explicitando que en el accionar de los jueces “concepción” es equiparable a implantación<sup>9</sup>. Quienes conciben esta igualación de significado también argumentan que el fallo Artavia-Murillo de la Corte IDH (2012)<sup>10</sup> y la jurisprudencia argentina dejan sentada la interpretación de la palabra concepción como sinónimo de implantación.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> “ARTÍCULO 20.- Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.”

“ARTÍCULO 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.”

“ARTÍCULO 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.” Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

<sup>9</sup> Entre los ejemplos se encuentra lo argumentado por el Senador Daniel Filmus: - (...) Nuestra opinión es muy firme en este sentido porque tenemos esa mirada sobre el artículo 19 y, al contrario de lo que planteaba la senadora Negre de Alonso, tenemos ese artículo 21 y ese artículo 561. No es que hace falta modificar los artículos 21 y 561, sino que tanto dichos artículos como la incorporación de la idea de que hace falta una ley específica que regule la fertilización asistida está planteando que la concepción sólo puede ocurrir dentro del seno materno. Me parece que este es el tema central de discusión. Y quiero dejar sentada esta posición para que, cuando se dé el debate y se sienta jurisprudencia al respecto, se tome en cuenta cuál fue el sentido del legislador al plantear esta interpelación del artículo 19. Y voy a discutir algunas de las cuestiones que planteó la senadora Negre de Alonso para dejar claro cuál es la posición. (...) Debates parlamentarios, versión taquigráfica, Cámara de senadores de la Nación, Período 131º 19 Reunión - 9 Sesión especial - 27 y 28 de noviembre de 2013. Pg. 108.

<sup>10</sup> Cf. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) c. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, No. 257.

<sup>11</sup> Diputada Andrea Fabiana García: - “En primer lugar, en relación con la filiación, se deja de identificar el vínculo biológico como único y exclusivo para elaborar el concepto jurídico de filiación. Eso le quita dramatismo a la modificación del artículo 19 que se dio en el Senado y pone en evidencia que este código no prohíbe, no pone en riesgo ni restringe las técnicas de reproducción humana asistida. El artículo 19 establece que la existencia de la persona humana comienza en la concepción. El artículo 20 establece que la época de concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo, es decir que reconoce que la persona humana es el producto de un proceso que se completa en la gestación. Y el artículo 21 determina que los derechos y obligaciones del concebido o el implantado quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. El debate sobre el inicio de la existencia se trata de una cuestión valorada de diversas formas: desde una perspectiva biológica, ética, médica, moral, filosófica y

A diferencia de la posición mayoritaria anteriormente referida, dentro de quienes se encuentran a favor de esta redacción también están quienes consideran que concepción es equiparable a fecundación<sup>12</sup> basándose en el principio *pro homine*.<sup>13</sup>

En cuanto a quienes se opusieron a la actual redacción podemos sistematizar tres grupos de posturas. El primero formado por quienes sostienen que hay una contradicción entre la actual redacción del artículo 19 y otros textos legales (Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida, arts. 20, 21 y 561 del CCyC, adhesión a la Corte IDH<sup>14</sup>).<sup>15</sup> Un segundo agrupamiento de quienes

---

religiosa; pero no es cierto que impone en nuestro Estado laico una creencia específica. Además, como está atravesado por las convenciones internacionales, podemos recordar como decían quienes me precedieron lo que dice la Corte Interamericana en el fallo "Artavia Murillo y otros", que establece que el embrión o implantado no es persona y afirma que cuando se trata de la reproducción asistida la concepción se produce en la implantación del embrión, es decir, lo mismo que dice nuestra ley 26.682. El Código Civil recepta la técnica de reproducción asistida regulando el uso de sus métodos en cuanto a la causa de filiación. Es decir que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnica de reproducción asistida o por adopción, otorgándole los mismos efectos, sea matrimonial o extramatrimonial." Debates parlamentarios, versión taquigráfica, Cámara de Diputados, 17a. Reunión. 12a. sesión ordinaria (especial) 01/10/14 Pgs.24-25.

<sup>12</sup> Como mencionamos previamente en el caso "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", de la Corte IDH: "...se entendió que concepción es sinónimo de anidación, siendo que el término de concepción del art. 4.1 CADH resultaba acorde con un momento (1969) en el que no existía la posibilidad de la fertilización in vitro (fecundación de óvulo y esperma por fuera del cuerpo de una persona). Al respecto, la Corte IDH admite que en el marco científico actual, hay dos lecturas bien diferentes del término "concepción": una corriente entiende por "concepción" el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; y la otra entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última, que es la misma que sigue el articulado en análisis." (Herrera, 2015, p. 49)

<sup>13</sup> Senadora Liliana T. Negre de Alonso: "(...) La Cámara Federal de Salta, en septiembre de 2010, inclusive antes de la ley de fertilización, dictó un fallo –como ustedes saben, acá los nombres siempre son siglas N.R.F. c/ Poder Judicial de Salta, que dice que debe otorgarse a los ovocitos pronucleados la consideración de persona en los términos de nuestra legislación, y ello en razón del principio *pro homine*, según el cual, ante la duda de la existencia de la vida humana, cabe estar siempre a favor de ella. Dice el mismo fallo, en su fundamentación, que se observan distintas posturas respecto de cuándo es el principio de la vida o, de modo más preciso, acerca del momento en que acaece la concepción de la persona. Una, que podría considerarse más amplia, conduce a reconocer a un ser humano en el embrión no implantado. En efecto, al producirse en el ovocito fertilizado la singamia, la unión de ambos pronúcleos, con la consiguiente unificación genética, se estaría ante un nuevo ser, distinto de sus progenitores. La singularidad de su código genético, fruto de una original combinación de los 23 cromosomas maternos y de los 23 cromosomas paternos, cualitativamente distinto e independiente de los códigos maternos y paternos, determinaría la individualidad propia del nuevo ente y las reglas de su futuro desenvolvimiento. De modo que todo lo que cada hombre puede llegar a ser ya está programado por dicho código (...)", Debates parlamentarios, versión taquigráfica, Cámara de senadores de la Nación, Período 131º 19 Reunión - 9 Sesión especial -27 y 28 de noviembre de 2013. Pg. 54.

<sup>14</sup> Cf. supra nota 10.

<sup>15</sup> Senador José M. Cano: "(...) Cuando se modifica de manera absolutamente unilateral e inconsulta lo que ya estaba planificado para ser sometido a dictamen, un claro ejemplo es el de los artículos 19 y 561, realmente es un mamarracho que este Senado vote esa modificación, porque son claramente contradictorios e inaplicables el artículo 19 con el artículo 561. Eso sí me parece un papelón. Esto colisiona con la ley que sancionamos relativa a la fertilización asistida. Entonces, o se modifica el artículo 561 en el sentido en que se ha modificado el artículo 19, o lo dejan como estaba." Debates parlamentarios, versión taquigráfica, Cámara de senadores de la Nación, Período 131º 19 Reunión - 9 Sesión especial -27 y 28 de noviembre de 2013, p. 9.

manifiestan que la redacción del anteproyecto era más completa y clara en su significación, y por lo tanto debería volverse a ésta pero que no hay una contradicción con otros textos legales.<sup>16</sup> Por último, quienes alertan sobre la imposibilidad de continuar la lucha por la despenalización del aborto y la ausencia de resguardo a los derechos de las mujeres a decidir sobre sus cuerpos.<sup>17</sup>

Es interesante destacar que hubo argumentos compartidos por ambas posturas. Algunas posiciones fueron comunes, como por ejemplo que la concepción debe ser comprendida en tanto un proceso y no como un momento. Es decir, que tanto fecundación como implantación son parte del proceso total de concepción, y que son indisociables. Este argumento estuvo asociado a justificaciones del ámbito biológico sobre las cuales se sostiene que sin

<sup>16</sup> Senador Miguel Á. Pichetto: "(...) sostengo que ello está en la norma fundamental, que es la Constitución Nacional, por la incorporación de la Convención Americana en su artículo 21. Por ende, lo que está en la norma fundamental comprende toda la estructura jurídica. En esto hay que remontarse a Kelsen y al principio de la pirámide. En fin, creo que no hace falta volver a sostenerlo. Es un tema incluido en la propia letra de la Constitución Nacional por la incorporación de tratados internacionales. Quiero decir que, a pesar de que a mí no me gusta cómo queda redactado el artículo 19, debo decir que la interpretación del fallo –Artavia Murillo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos deja claramente establecida la interpretación correcta respecto al concepto de concepción (...)" Debates parlamentarios, versión taquigráfica, Cámara de senadores de la Nación, Período 131º 19 Reunión - 9 Sesión especial -27 y 28 de noviembre de 2013, p. 141.

<sup>17</sup> Senadora Norma E. Morandini: "(...) No voy yo a traer acá todo lo que se debatió a lo largo de todo este tiempo en relación con el planteo que hace la senadora por San Luis, porque podríamos también leer, argumentar y poner todo lo que se ha planteado en la militancia, en los que venimos trabajando desde hace mucho tiempo por la despenalización del aborto. Es decir, cuando nadie hablaba de estas cuestiones, poder sustraerlo a un debate moral, porque no era un debate de tipo moral. La moral, finalmente, es íntima porque es la relación que tenemos con lo que creemos que es el más allá, Dios o cómo le llamemos. De modo que es difícil sustraerse a todo lo que he escuchado. No le voy a responder a la senadora por San Luis pero lo que hiere –sus argumentos– es por qué fue modificado, como fue modificado, el artículo 19. Es decir, de la manera como fue modificado. Y que, de alguna manera, hiere todo el comportamiento...Por supuesto que hay que reconocer lo que ha sido el trabajo, lo que ha sido la seriedad, lo que fue el compromiso, lo que trabajó tantísima gente que consumió la mejor energía democrática y jurídica. Pero lo que hiere no es solo esto, sino la modificación sin explicaciones. Que eso es lo que llena de sospechas y, que de alguna manera, le da la razón al senador Sanz cuando habla de las sospechas que se generan con relación a los acuerdos. (...) Eso y no otra cosa es constitucionalizar el Código y que finalmente se impregne con una filosofía de derechos humanos. Pero también lo es la forma como sancionamos las leyes. Porque lo que está en el centro del debate es cuál es la responsabilidad del legislador, cuál ser debe ser su virtud, si es la prudencia. Por supuesto que en el juego de mayorías y minorías, en lo que son las leyes ordinarias, el que tiene la mayoría impone la sanción de una ley. Pero no se puede presentar un proyecto con una jerarquía histórica –venimos a hacer historia con la reforma del Código– y de alguna manera terminar cancelando eso que se presentaba de esa manera con lo peor de nuestra cultura política, que es el hecho que acordemos no de cara a la opinión pública y que todavía confundamos la negociación con un trueque primitivo de qué desgraciadamente estas son las suspicacias que tiene la sociedad puestas en nosotros. Este tema empezó siendo un gran debate y terminó de alguna manera abortado por esto que desnudó la concepción autoritaria que tiene el oficialismo con relación a cuál es el rol del Poder. Por esto no vamos a poder acompañar este Código y el senador Giustiniani va a hablar en nombre del bloque." Debates parlamentarios, versión taquigráfica, Cámara de senadores de la Nación, Período 131º 19 Reunión - 9 Sesión especial -27 y 28 de noviembre de 2013, p. 63.

implantación no es posible en la actualidad que haya un desarrollo del embrión. A su vez, en algunos casos se refiere que esta posición permitiría continuar con los procedimientos de fertilización asistida y también tomar en consideración métodos anticonceptivos para los días posteriores al acto sexual. Otro de los argumentos comunes a ambas posiciones (tanto la de quienes querían modificar la redacción del anteproyecto como la de aquellos que querían conservarla) refiere a que el Estado y la religión deben estar formalmente y fácticamente separados. Recordemos que este argumento tiene una larga historia en lo que es la política y derecho argentino, ya que la Iglesia católica ha llevado adelante distintas acciones políticas (no partidarias) en el transcurso del último siglo a fin de asegurarse su lugar central dentro de las instituciones nacionales. Estas luchas por conquistar el espacio han sido muy profundas y han tenido marcadas consecuencias en la historia de nuestro país (Irrazábal, 2009). Respecto de esto desarrollamos como una hipótesis para trabajar posteriormente que se podría leer a parte de los argumentos que buscan establecer el inicio de la existencia de la persona humana en el momento de la fecundación en clave del concepto de *secularización estratégica* desarrollado por Marcos Vaggione (2009, p. 13) donde en el juego político hay una adopción de discursos ajenos a la teología para intervenir desde posturas religiosas, como puede ser el uso de argumentos biológicos en este caso (Irrazábal, 2011). Es por este motivo que consideramos que no es menor que hoy se reedite esta tensión en un contexto legislativo, y en particular alrededor de la definición del inicio de la existencia de la persona humana.

Otra característica destacable que hemos encontrado es el uso plurivalente de los argumentos, es decir que en muchos casos se utilizaron idénticas premisas para llegar a disímiles conclusiones. Por ejemplo, como vimos anteriormente<sup>18</sup>, se sostuvo que el artículo 19 completaba su significado en los artículos 20, 21 y 561 del CCyCom. y también se sostuvo lo opuesto, es decir, que no completaba su significado con estos tres artículos. También se sostuvo que el embrión no es persona humana, tanto para decir que no hacía falta cambiar la redacción actual porque su significado era evidente, como para indicar que no

---

<sup>18</sup> Ver notas 12 y 13.

quedaba claro que el embrión no es persona en la redacción actual y por eso necesitaba ser transformada.<sup>19</sup>

Los argumentos mencionados nos permiten ver la heterogeneidad en general de las posturas de quienes se proclamaron tanto en contra como a favor de la actual redacción, así como reflexionar sobre los diversos planos en los que se asientan los distintos argumentos. Se entretienen la jurisprudencia internacional, con la coherencia interna del CCyCom. como documento, con argumentos que parten de las ciencias biológicas, como algunos que parten de presupuestos morales sobre la vida desde un plano religioso (aunque no impliquen una religión en particular). A continuación presentamos un cuadro que hemos elaborado para graficar el análisis previamente explicado.

**Cuadro 1:** Argumentos relevados de las sesiones parlamentarias de la Cámara de Senadores (noviembre de 2013) y la Cámara de Diputados (octubre de 2014) en lo referente a la redacción final del artículo 19 y el inicio de la existencia de la persona humana.

Argumentos a favor de la redacción final del artículo 19	Frecuencia de aparición	Argumentos en contra de la redacción final del artículo 19	Frecuencia de aparición
La Corte IDH y el fallo Artavia-Murillo dejan clara la correcta interpretación del concepto de "concepción".	1	El artículo 19 está en contradicción con el artículo 561 que refiere a la "concepción" como distinta a la implantación.	1

<sup>19</sup> Ver nota 13. Además Senador Rubén H. Giustiniani: "(...) Quitar el segundo párrafo del artículo 19 es retroceder respecto de todo lo existente en la legislación y en la jurisprudencia. (...) Entonces, si todas las modificaciones que se han realizado desde que la Comisión Redactora envió el proyecto –las ciento ochenta modificaciones del gobierno y las que consideramos en la última reunión– fueron absolutamente regresivas y se sigue modificando, ¿cómo terminará el Código? (...) No voy a leer todo. Les pido que lo hagan quienes cercenaron el artículo 19, quienes le sacaron un párrafo completo. Les pido a quienes redactaron este Código con la solvencia de la doctora Kemelmajer de Carlucci que vayan a ese texto. La doctora terminaba hablando del Brasil, y dice: Brasil, con los embriones sobrantes hace investigaciones extraordinarias en materia de enfermedades terribles como el Alzheimer y otras tantas que se están investigando sobre la base de embriones sobrantes que tampoco tienen posibilidad de ser incorporados en el seno materno de nadie. En lugar de destruirlos, le están sirviendo a la ciencia. Por lo tanto, Si nosotros sostenemos que el embrión es persona, aun cuando no está implantado, estamos errando todas estas variantes; le estamos errando a la ciencia sería. Es muy grave decir que el embrión no implantado es una persona, porque, insisto, es lo mismo que decir que no hagamos reproducción asistida. Estas son las palabras de la doctora Kemelmajer de Carlucci, que pido se integren a mi exposición, que dejan absolutamente claro que es un grave retroceso lo que se ha realizado con el artículo 19." Debates parlamentarios, versión taquigráfica, Cámara de senadores de la Nación, Período 131º 19 Reunión - 9 Sesión especial -27 y 28 de noviembre de 2013, pp. 9 y 125-126.

Los artículos 20, 21 y 561 esclarecen al artículo 19. El embrión no es persona.	2	Está en contradicción con los procedimientos de FIV.	4
Los jueces van a comprender que el concepto de "concepción" equivale a implantación sin necesidad de volver a cambiar la redacción actual del artículo 19.	1	El embrión no es persona.	2
Por el principio pro homine se presume la existencia de la persona humana en el embrión no implantado, por lo tanto concepción equivale a fecundación.	1	Impide la experimentación para fines médicos en embriones no utilizados.	1
Si se considera que el embrión no es persona porque no tiene los medios para desarrollarse en una, entonces todos los seres humanos ya nacidos que no tengan los medio para desarrollarse pueden no ser considerados personas.	1	La moral es íntima, por lo tanto también la decisión de continuar o no con un embarazo.	1
Hace falta una ley de FIV.	1	El Estado y su ley y la religión deben estar separados. Uno legisla sobre lo temporal y lo otro sobre lo inmortal.	4
Es suficiente decir "concepción" en el artículo 19 porque el ser humano es un mamífero placentario cuya concepción siempre implica una implantación.	1	Hay una falta de discusión profunda sobre este artículo.	3
Dada la jurisprudencia argentina es claro que concepción equivale a implantación.	1	La concepción es un proceso, no un momento. Implica la fecundación y la posterior implantación.	4
El artículo 19 no está en contradicción con la ley de FIV ni impide su utilización.	1	La redacción original era más completa/clara.	7
No hay una postura religiosa detrás de la redacción del artículo 19.	1	Es la Iglesia la que se beneficia con esta redacción.	1
		No quedan asentados los derechos de la mujer a decidir sobre su cuerpo.	3

		Impide continuar la lucha por la despenalización del aborto.	3
		No hay unanimidad en la comunidad científica.	1
		El inicio de la existencia de la persona humana es en el nacimiento.	1
		Los artículos 20, 21 y 561 no logran completar la definición del concepto de concepción en el artículo 19.	1

## V. Algunas consideraciones en diálogo con la teoría

La propuesta de un análisis a partir de una perspectiva sociológica y filosófica crítica del derecho, que retome una perspectiva de género, implica para nosotras la necesidad de explicitar algunos supuestos desde los que partimos para realizar el análisis.

Comprendemos al género como "una categoría construida, no natural, que atraviesa tanto la esfera individual como la social" (Gamba, 2011, p. 1). Esta concepción se fundamenta en la reflexión sobre las desigualdades y la jerarquización de los roles a nivel social leídos a partir de las identidades de género. Implica reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, que éstas tienen un carácter social e histórico, que son constitutivas de identidades, y que atraviesan todo el entramado social articulándose con otras relaciones sociales como la clase, etnia y religión (Gamba, 2007). Dado que es un plano que históricamente atraviesa todas las instituciones sociales, la construcción de marcos jurídicos no le es ajeno. La riqueza de la lectura en esta clave está dada por su potencial crítico y por sus efectos des-invisibilizadores que permiten mostrar o traer a escena una trama que subyace y persiste en los debates. Nos proponemos articular esta perspectiva con una concepción del discurso jurídico como un objeto social con una especificidad propia. Retomando a Bourdieu, la primera consideración epistemológica que debemos tener en cuenta es que buscamos evitar reduccionismos, como el de considerarlo autónomo de sus condiciones socio-históricas de producción. Es por eso que comprendemos al discurso jurídico como doblemente determinado, tanto por las relaciones de fuerza históricas como por la lógica interna de las obras jurídicas y lo posible dentro de este espacio a cada momento (Bourdieu, 2000, p. 166). En

este caso el artículo 19 puede ser leído como un proceso de configuración de fuerzas históricas que disputan nociones sobre el inicio de la existencia de la persona humana, en el que una de ellas se impuso con mayor efectividad discursiva. Pero su particularidad es que esa efectividad no fue completa. Esto permitió abrir un debate sobre los fundamentos que sostienen una definición particular de "concepción" con las consecuencias que esto tiene sobre otras esferas como son los derechos de las mujeres así como de otras poblaciones con capacidad para gestar, su autonomía, las estrategias de reproducción asistida y la noción de persona humana. Fue así que los legisladores, como representantes de distintos espacios de la sociedad civil, fundamentaron sus posturas no sólo en la jurisprudencia e historia interna del Derecho, sino en discursos que están por fuera de este mismo.

Hay, por un lado, un intento constante de traer la discusión al campo de lo jurídico y específicamente a su función técnica, y a su vez un surgimiento constante de argumentos que provienen de otros campos y que lo tensionan. Este caso permite nuevamente diluir el mito de la uniformidad semántica en el discurso jurídico (Marí, 1993, p. 289). En este proceso de formación, descomposición y recomposición intervienen múltiples discursos que traccionan para apropiarse de los sentidos. Esta contienda por la determinación de la demarcación del inicio de la existencia de la persona humana, y por ende de la determinación jurídica del momento desde el cual deberá ser protegida, hizo observable la disputa por el poder simbólico de otras esferas como lo son la biología y las ciencias médicas, la moral religiosa católica y la bioética. Esferas que tienen en común su particular relación con los cuerpos y su amplia performatividad en la definición de los mismos como cuerpos y como abyección (Maffia, 2009). A continuación, profundizaremos esta reflexión trabajando sobre los datos emergentes del análisis documental de las sesiones legislativas.

El primer gran emergente fue la sustentación de las posturas, tanto a favor como en contra de la actual redacción del artículo 19, en base a criterios biológicos y/o médicos. Hubo una amplia preeminencia de alusiones a la biología humana y utilización de vocabulario de las ciencias médicas. Podemos comprender este uso del lenguaje como una estrategia de legitimación del propio punto de vista en base a la alta legitimidad social con la que cuenta el discurso médico en la actualidad. Esta lógica de entrecruzamiento del discurso médico con el discurso jurídico, como forma de validación y retroalimentación de

sus mutuos efectos de poder, no nos es extraña y ha sido ampliamente estudiada (Foucault, 1996; Marí, 1993).

Desde esta perspectiva consideramos que es claro vínculo del discurso jurídico con el uso y la administración de los cuerpos a través de la biopolítica<sup>20</sup> (Foucault, 2008, pp. 131-135) frente a nuevas situaciones, presentadas por cambios culturales y tecnológicos. Los dispositivos de regulación de la sexualidad asociados a la matriz productiva capitalista han encontrado en las ciencias médicas el árbitro de las conductas permitidas y las conductas anómalas. Esta asociación del poder legal y el poder biomédico no es nueva, pero se reactualiza en este caso produciendo nuevos efectos. Estos intereses productivos siguen vigentes y son ciertos cuerpos los que reciben el peso de esta normalización, estos son, los que tienen o aspiran a la capacidad de gestar. Con esto nos referimos tanto a las mujeres como a otros sujetos con identidades de género diversas. Aunque la capacidad de gestar vida humana históricamente fue asociada a las mujeres, hoy es también un atributo de otras identidades de género social y jurídicamente reconocidas como tales. Comprender estos procesos legislativos como un aspecto de una estrategia biopolítica es retomarla como un marco de inteligibilidad para las subjetividades (Foucault, 1996).

Un segundo emergente que se desprende del análisis es que en los discursos que hacían mención a los Derechos de la mujer (en singular) aparecen con frecuencia menciones específicas a la religión católica como su antagonista. Esto quizás no parezca llamativo en un primer momento, pero el hecho de que postulados de la religión católica se encuentren tan frecuentemente presentes en el debate sobre la ampliación/reducción de los derechos de las mujeres (y sobre todo en los discursos que buscan promoverlos) es algo significativo. En el siglo XX, la Iglesia se posicionó como una institución de una alta penetración cultural y política en Argentina, permeando distintas capas de la política desde distintos espacios de participación social. Esto dio lugar a una asociación fuerte del ser argentino con el ser católico, penetrando amplias capas de la participación social. Fortunato Mallimaci alude a este proceso denominándolo el desarrollo del *catolicismo integral* (Mallimaci, 2015). La asociación fuerte entre catolicismo y argentinidad respecto de derechos de las mujeres en la Argentina produce un

---

<sup>20</sup> La biopolítica es una dimensión de análisis de Foucault para explicar cierta forma que adoptan los mecanismos de poder, hacia mediados del siglo XVIII en occidente. Esta se caracteriza por regular la vida de las poblaciones con el objetivo de regularla con fines productivos a través de una serie de intervenciones y controles.

efecto de clausura sobre las posibilidades de ampliación de los mismos en un plano cultural que penetra los debates legislativos performando en el plano legal, cristalizándose en éste.

Otro aspecto en cuanto a lo relativo a las menciones de los derechos de las mujeres fue que de las cinco intervenciones que mencionaron estos derechos, cuatro fueron de senadoras y diputadas mujeres. Resulta llamativo que se hizo referencia a los "Derechos de la mujer", en singular. Esta pequeña diferencia semántica puede ser sin embargo significativa si se piensa como sujeto de derechos a la mujer individual, en el ámbito privado y particular del caso, o las mujeres como colectivo, como pluralidad concreta de cuerpos vividos (Maffia, 2009). También, si consideramos que la capacidad de gestar también pertenece hoy a otras identidades de género, estas contiendas afectan a otros colectivos que se han fortalecido en los últimos años.

Un tercer emergente es que hay una alta frecuencia de aparición de la noción de "seno materno" y/o útero, (veintiséis y ocho respectivamente), y sólo cinco respecto de los derecho/s de las mujer/es. Más allá de que la redacción del anteproyecto utilizó el concepto de "seno materno" y que esto pudo aumentar su aparición, creemos que se puede interpretar esta alta frecuencia de aparición de nociones legales o biológicas por sobre la mención a los sujetos, como parte de una disociación y objetivación con respecto al cuerpo. Un proceso histórico que no es reciente pero que reactualiza un marco en el cual el cuerpo es visto como una máquina productora (Federici, 2016). La construcción simbólica de lo femenino y su corporalidad opera en un marco mucho más amplio que Rita Segato denomina *patriarcado simbólico* (Segato, 2003, p. 12). La violencia moral, como la objetivación de la mujer en este caso, es un emergente más, un observable, de esta estructura jerárquica. Lo interesante de esta situación es que esta autora nos propone una oposición entre costumbre moral y ley moderna. Es el derecho la institución social donde aquellas violencias que se constituyeron en tradición pueden ser desafiadas y transformadas. O bien, como indica Cárcova, hay una función paradójica específica del discurso jurídico, que permite que este actúe de forma dual: a veces sosteniendo y reforzando posiciones conservadoras o a veces modificando la relación de fuerzas o las posiciones estratégicas de los actores (2003, p., 17). El Derecho no sólo actúa a nivel institucional y burocrático, fomentando las prácticas que amplían el acceso colectivo al ejercicio de los derechos, sino que tiene en su carácter de discurso legítimo, la capacidad de

crear nuevas representaciones de las cuales se sigan acciones políticas acordes (Segato, 2003, p. 16). El artículo 19 del CCyCom. puede ser entendido entonces como un caso paradigmático en un doble sentido. Su relevancia no es sólo en tanto texto legal que tiene potenciales efectos sobre el grado de autonomía que, las mujeres y personas con otras identidades de género que poseen la capacidad de gestar, tengan sobre los procesos reproductivos que ocurran en sus cuerpos (y el poder que ejerzan otros grupos sociales sobre estos), sino que además en tanto discurso legítimo establece una representación social sobre el nivel de involucramiento que le corresponde a las mujeres en los procesos legales que afectan a sus derechos y a sus cuerpos en tanto objetos sociales. La voz del embrión parece estar representada por muchos legisladores. En cambio, las voces de las mujeres y de estos otros colectivos no en tantas.

## VI. Conclusiones

En este artículo nos propusimos mostrar las reactualizaciones del debate en torno al comienzo de la existencia de la persona humana en el contexto del proceso que culminó con la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación argentino. Tomamos como caso de análisis el art. 19 del CCyCom. ya que entre el proyecto y la redacción final de dicho artículo hubo modificaciones significativas al texto. A partir de estas nos hemos preguntado por los marcos axiológicos, éticos y políticos que, de forma implícita o explícita, se presentaron en los argumentos vertidos por los legisladores en este proceso de debate y sanción. A partir de esta situación de investigación definimos como nuestra unidad de análisis los debates parlamentarios del anteproyecto. Hemos analizado los argumentos expresados por los legisladores en las sesiones de la Cámara de Diputados y Senadores en 2014 en las cuales fue aprobado el Código Civil y comercial de la Nación. En términos metodológicos utilizamos una estrategia cualitativa de análisis documental basada en el uso de categorías de la Teoría Fundamentada. El trabajo hermenéutico sobre los documentos consistió en un proceso de distintas etapas de codificación que a través de la comparación de las categorías emergentes fue construyendo hipótesis sobre sus relaciones y articulando un marco teórico en base a estos hallazgos. Como primera etapa se realizó una lectura y *etiquetamiento* de los momentos en que se refería al artículo 19 en los debates parlamentarios y anteproyecto, y en los que se refería al inicio de la existencia de la persona humana o los derechos de las mujeres.

Luego del etiquetamiento se clasificó las intervenciones de los legisladores por núcleos temáticos y se comenzó con el proceso de *codificación abierta* a partir de un proceso de *comparación constante* en busca de descubrir relaciones de sentido. Realizamos un análisis de los argumentos agrupándolos según se hayan pronunciado a favor de la actual redacción del código o en contra de la misma tomándola como *categoría central* y a partir de esta división puramente analítica construimos nuestro cuadro y buscamos esclarecer algunos de los postulados subyacentes e iniciamos una *codificación selectiva* en base a la misma. Encontramos lo que denominamos un uso plurivalente de los argumentos, es decir que en muchos casos se utilizaron idénticas premisas para llegar a disímiles conclusiones. Interpretamos esta situación como un emergente de discursos ocultos u omitidos que modelan el debate.

Luego de la construcción de un listado de argumentos a favor y en contra de la redacción final del artículo 19 de CCyCom. se buscaron regularidades en los mismos hasta el punto de *saturación teórica* en la construcción de agrupamientos entre los que presentaban los mismos fundamentos. Partiendo de este análisis permeado de nuestro marco teórico como primera conclusión observamos que en el contexto de la discusión del art. 19 del Código es posible recuperar los argumentos que esbozan el proceso de disputa de diversos actores que pugnan por constituirse como la voz legítima para brindar o interpretar una definición de concepción. Lo que entendemos que se silencia en estos debates en gran medida es la disputa por la autonomía del cuerpo de las mujeres y de personas con otras identidades de género no heteronormativas (es decir no construidas a partir de un sistema sexual binario y jerárquico: mujeres / femeninas / inferiores y varones / masculinos / superiores, reforzado, a su vez, por la esencialización de la sexualidad a través de la imposición de la heterosexualidad obligatoria) (Guerra, 2009, p. 2). Creemos que esto no es casual, que ese silencio responde a diversas motivaciones que probablemente no terminemos de diagnosticar. Lo que consideramos complicado al respecto es que a través de diversas estrategias discursivas muchas veces se invisibilizan posiciones conservadoras respecto del cuerpo de esos "otrxs" que no fueron quienes históricamente tuvieron acceso al debate parlamentario. Y son los derechos de estos colectivos los que pueden ampliarse o afectarse cuando se legisla sobre el inicio de la existencia de la persona humana. Dependiendo de las decisiones que se tomen, se limita o se amplía la autonomía, en particular la

reproductiva, la posibilidad de reinstalar la discusión en torno a la legalización del aborto, los derechos de colectivos con diversas identidades de género y la posibilidad del disfrute del avance científico, en este caso a la reproducción humana asistida. El trazado, la configuración de estos cuerpo como territorio y sus límites son objeto de disputa de diversos actores, y por muchos años las voces autorizadas para "*decir la ley*" sobre ellos no fueron justamente las de los propios colectivos sino más bien las de otros que se encontraban en posiciones estratégicas en relación a estos. Es así que diversos actores continúan intentando correr los límites discursivos de los textos legales para establecer el inicio de la existencia de la persona humana en diferentes momentos biológicos según la posición ética y política que sostengan. La palabra "concepción" fu y sigue siendo un campo de batalla. El uso del discurso médico y biológico busca disimular la dimensión política (y más precisamente biopolítica) del debate. Hay un constante retorno, un tensar el sentido y búsqueda de apropiación o de generar agenciamientos específicos ligados a una moral, cierta ética o convicción religiosa.

El discurso jurídico se conforma a partir de enunciaciones y silencios, es un juego de luces y sombras. Lo que se pone en escena es la discusión por el comienzo de la existencia de la persona humana y si los embriones se encuentran o no incluidos en esta categoría, aparecen viejos y nuevos fantasmas de la eugenesia o el de la experimentación. Pero tras bambalinas persiste la lucha por el cuerpo como territorio intervenible, legible, decible. Se propone como problema el avance tecnológico en relación a visiones sobre la dignidad humana. Sin embargo, estos efectos, viejos conocidos, no clausuran todas las posibilidades de reflexión. Para Foucault:

"El cuerpo es el punto cero del mundo, allí donde los caminos y los espacios vienen a cruzarse el cuerpo no está en ninguna parte: en el corazón del mundo es ese pequeño núcleo utópico a partir del cual sueño, hablo, expreso, imagino, percibo, las cosas en su lugar y también las niego por el poder indefinido de las utopías que imagino. Mi cuerpo es como la Ciudad del Sol, no tiene un lugar, pero de él salen o irradian todos los lugares posibles, reales o utópicos." (Foucault, 2010, p. 16)

El artículo 19 del CCyCom. es justamente una hendidura a través de la cual podemos retomar estas preguntas por los efectos del discurso jurídico y las

condiciones sociales que hoy se cristalizan en este pequeño fragmento de legislación y que abre posibilidades de acción para nuevos actores (o nuevas configuraciones de grupos de actores) que se presentan en la pugna por definir su sentido y los límites de su aplicación y que buscan limitar discursos utópicos que se vuelven en contra de estos cuerpos<sup>21</sup>.

### **Bibliografía:**

- BOURDIEU, P. (2000). "La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico". En *Poder, derecho y clases sociales*, editado por (A. García Inda), (165-223). Bilbao: Desclée de Brouwer.
- BOURDIEU, P. (1985). *¿Qué significa hablar?*. Madrid: Akal.
- CÁRCOVA, C. (2003). *Notas acerca de la teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- FEDERICI, S. (2016). *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- FOUCAULT, M. (1996). *La vida de los hombres infames*. La Plata: Altamira.
- FOUCAULT, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- FOUCAULT, M. (2008). *Historia de la sexualidad, 1 de la voluntad de saber*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- FOUCAULT, M. (2010). *El cuerpo utópico. Las Heterotopías*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- GAMBA, S. (2011). "Políticas públicas sensibles al género". En *Investigaciones y publicaciones*, Observatorio de equidad de género, Buenos Aires Ciudad. Sitio web: [https://www.researchgate.net/publication/264880980\\_Políticas\\_Publicas\\_Sensibles\\_al\\_Genero](https://www.researchgate.net/publication/264880980_Políticas_Publicas_Sensibles_al_Genero) [Consulta: 7/12/2017].
- GAMBA, S. (2007). *Diccionario de estudios de género y feminismo*. Buenos Aires: Biblos.
- GLASER, B. y Strauss, A. (2006). *The discovery of Grounded Theory. Strategies for qualitative research*. New Brunswick: Aldine Transaction.

<sup>21</sup> Entre las utopías que Foucault entiende que se vuelven sobre o en contra de cuerpo tal vez la más interesante en este contexto sea el mito del alma, es decir ese que opone el alma como lo puro, lo incorruptible, lo bello, al cuerpo, esto es, lo barroso, lo "no muy limpio", lo castrado. Para Foucault "...por la virtud de todas esas utopías..." el cuerpo desaparece, se borrona, sale de escena.

- GUERRA, L. (2009). "Familia y Heteronormatividad". En *Revista argentina de estudios de juventud*, Universidad Nacional de La Plata,1, 1-17. Sitio web:  
<http://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/revistadejuventud/article/view/1477> [Consulta: 7/12/2017].
- HERRERA, M.; CAMELO, G.; PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Infojus. Sitio web:  
[http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Comentado\\_Tomo\\_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf) [Consulta: 7/12/2017].
- IRRAZÁBAL, G. (2011). "Impedir el acceso a los derechos sexuales y reproductivos: la bioética como entrenamiento y facilitadora de la influencia de agentes religiosos en el espacio público". En *IX Jornadas de Sociología*. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, coordinado por (P. De Grande), Buenos Aires.
- IRRAZÁBAL, G. (2009). "Vigilar y regular la vida. El conflictivo cruce entre Catolicismo, Bioética y Política en Argentina". En *XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires*. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.
- MAFFÍA, D. (2009). "Cuerpos, fronteras, muros y patrullas". En *Revista Científica de UCES*, 13 (2), 217-226.
- MALLIMACI, F. (2015). *El mito de la Argentina laica*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- MARÍ, E. (1993). "Moi, Pierre Riviere y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales". En *Papeles de Filosofía*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- SEGATO, R. (2003). "La Argamasa Jerárquica: Violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del Derecho." En *Série Antropologia*, Universidade de Brasília,332, 2-19.
- SEGATO, R. (2004). "Antropología y Derechos Humanos: alteridad y ética en el movimiento de los Derechos Humanos." En *Série Antropologia*, Universidade de Brasília,356, 2-24.

- SONEIRA, A. (2013). "La Teoría Fundamentada en los datos (Grounded Theory) de Glaser y Strauss." En *Estrategias de investigación cualitativa*, Coordinado por VASILACHIS DE GIALDINO, I., (153-173). Barcelona: Gedisa.
- VAGGIONE, J. (2009). "La sexualidad en un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos". En *Derecho a la sexualidad*, compilado por (Mario Gerlero). Buenos Aires: Grimberg, 141-159.

## INTERNET Y GÉNERO: ¿UNA HERRAMIENTA DE EMPODERAMIENTO PARA LAS MUJERES?

Por Isabel Anayanssi Orizaga Inzunza

Recibido: 07/04/17

Aprobado: 01/09/17

### RESUMEN

El presente documento analiza en qué medida las mujeres se ven beneficiadas en el uso de Internet, tomando en cuenta el obstáculo que representa la brecha de género en el acceso y uso de Internet, así como la reproducción en el mundo virtual de prácticas que se derivan de una cultura de desigualdad y violencia contra la mujer.

Bajo esa finalidad, el presente análisis se distribuye en tres apartados. En lo que respecta al primer apartado, este aborda la importancia del acceso y uso de Internet como herramienta indispensable para el ejercicio de algunos derechos humanos, así como un potencializador de la participación de grupos desfavorecidos; el segundo apartado, se enfoca en las ventajas que representa esta herramienta en el empoderamiento y avance de las mujeres, centrándose en la brecha de género como el principal obstáculo en el acceso y uso de este instrumento, así como en conocer los principales usos que las mujeres dan a Internet; y finalmente el tercer apartado, se centra en la reproducción de estereotipos de género y violencia contra la mujer en Internet, como factores que se derivan de una cultura de desigualdad y violencia de género que persiste fuera de Internet, y que impacta negativamente en el uso que las mujeres dan a una herramienta tan importante como lo es Internet.

En ese sentido, este análisis muestra cómo frente a las ventajas que ofrece Internet como instrumento de participación y empoderamiento, las normas sociales y estereotipos de género condicionan el uso que las mujeres hacen del mismo, mostrando el uso prioritario de Internet como medio de entretenimiento y consumo, y en menor medida, como un instrumento a través del cual las mujeres se ven posibilitadas a empoderarse y participar en los debates sociales y políticos.

## **PALABRAS CLAVE**

Internet-Mujeres-brecha de género-Acceso y uso de internet-Empoderamiento-Participación

## INTERNET AND GENDER: AN EMPOWERMENT TOOL FOR WOMEN?

By Isabel Anayanssi Orizaga Inzunza

### ABSTRACT

This paper analyzes the extent to which women benefit from the use of "the Internet" taking into account both the gender gap in access and use of the Internet and the virtual reproduction of practices that derive from a culture of inequality and violence against women.

The analysis was divided into three sections. The first section addresses the importance of access and usage of the Internet as an indispensable tool for exercising human rights and inclusion of disadvantaged groups. The second section focuses on the advantages provided by this tool for the empowerment and advancement of women as well as determining what women are mainly using the Internet for, while identifying gender gap as the main obstacle to access and use the Internet. Finally, the third section focuses on the repetition of gender stereotypes and violence against women through the Internet as factors derived from a culture of gender inequity and violence -that still exist outside the Internet- and its impact on how women use the Internet.

The analysis shows how, in spite of the advantages offered by the Internet as an instrument of collaboration and empowerment, social norms and gender stereotypes limit women's use of the Internet to only entertainment and consumption of services -instead of using it as a tool for their own empowerment and participation in social and political topics.

### KEYWORDS

Internet-women-Gender gap-Access and use of the Internet-Empowerment-  
Participation

# INTERNET Y GÉNERO: ¿UNA HERRAMIENTA DE EMPODERAMIENTO PARA LAS MUJERES?<sup>1</sup>

Por Isabel Anayanssi Orizaga Inzunza\*

“La forma más común de renunciar al poder,  
es pensando que no lo tenemos”  
Alice Walker, escritora afroamericana y feminista

## I. Introducción

Ante la importancia de Internet como un espacio a través del cual toda persona puede expresar sus pensamientos y opiniones, permitiendo de ese modo la interacción de millones de personas en la actualidad, y dando como consecuencia infinitas posibilidades de que las personas que acceden y usan Internet levanten su voz en los ámbitos sociales y políticos, resulta no en vano preguntarse hasta qué punto la revolución de Internet ha logrado incidir en la participación y más allá de ello, en el empoderamiento de las mujeres, un sector que hasta hace poco tiempo no tenía voz ni voto en espacios sociales y políticos.

Para responder dicha interrogante, es preciso reconocer las ventajas que Internet ofrece a todos los grupos de personas, incluyendo por supuesto a las mujeres. De ahí que conocer más acerca de los beneficios que Internet ofrece a la lucha por la igualdad de género, y del aprovechamiento de estos, ayuda a identificar los retos actuales y las metas a futuro. Por ese motivo, el presente análisis cuestiona si las mujeres actualmente están usando Internet con el objetivo de participar, expresarse y empoderarse en una sociedad de la información que avanza constantemente y que tiene como meta impulsar a todos los grupos de personas, entre ellos: las mujeres.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo fue objeto de reflexión y exposición en el XXI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática organizado por la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI) y la Universidad de Salamanca, del 19 al 21 de octubre de 2016.

\* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, Máster en “La protección constitucional y en el Sistema Interamericano de los derechos fundamentales” por la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Asistente de Investigación del Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en la Clínica de Derechos Humanos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## II. Internet como una herramienta necesaria para el ejercicio de derechos humanos y participación de grupos desfavorecidos

Desde su aparición y hasta la actualidad, Internet se ha convertido en un medio indispensable para la interacción entre personas de todo el mundo, dando pauta a su regulación en diversas legislaciones que lo reconocen como un derecho fundamental<sup>2</sup>.

Actualmente, el cuarenta por ciento de la población mundial ha logrado acceder al uso de Internet (World Wide Web Foundation, 2015), porcentaje que sigue aumentando a la par del uso de dispositivos que se encuentran conectados a la red y que en su conjunto forman parte de la sociedad de la información.

En medio de ese panorama, algunas organizaciones y órganos internacionales han reconocido la importancia del acceso y uso de Internet, destacando su "carácter transformador [...], como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones" (Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, 2011, apartado sexto), así como sus potencialidades y ventajas sociales, económicas y políticas, señalando la importancia de Internet como un medio a través del cual se ejercitan diversos derechos humanos, y se promueve la participación y el empoderamiento de sectores de la sociedad antes excluidos del debate público.

### II.1. Internet y su papel en el ejercicio de los derechos humanos

Bajo esta tesis, la Asamblea General de Naciones Unidas (2011) ha sostenido que Internet se ha convertido en un instrumento indispensable para el ejercicio de diversos derechos humanos, así como para la lucha contra la desigualdad y la aceleración del desarrollo y progreso humano, y en ese sentido, ha expresado que Internet "ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión" (párrs. 85 y 20).

En una postura similar a lo anterior, a través de una Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso

---

<sup>2</sup> Así ha pasado por ejemplo en países como Estonia, Francia, Costa Rica, y Finlandia, entre otros.

a la Información de la CADHP (2011), han sostenido que el acceso universal a Internet garantiza el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión, yendo más allá al indicar que dicha herramienta es necesaria también para asegurar no solamente el respeto de este derecho, sino también para permitir el ejercicio de otros derechos tales como el derecho a la educación y el derecho de reunión y asociación, entre otros.

Bajo esos pronunciamientos, y a pesar de la interpretación que se ha hecho de los mismos por diversos medios de comunicación que han afirmado el reconocimiento del acceso a Internet como un derecho humano (El Universal, 2011), así como los debates suscitados respecto a la consideración de Internet como un derecho humano (Eilemberg, 2012), queda claro que si bien el acceso a Internet no es considerado por estos organismos internacionales como un derecho humano, si han reconocido y destacado la importancia del acceso universal y el uso de Internet como un medio a través del cual es posible el ejercicio de diversos derechos humanos, enfatizando la importancia del acceso universal a Internet en todos los Estados (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011, párr. 85).

## **II.2. Internet y la participación de los grupos desfavorecidos**

El potencial de Internet como medio para la participación en los debates sociales y políticos, y en general, el ejercicio de derechos y el empoderamiento de las personas, ha sido destacado por su impacto en la vida de los grupos desfavorecidos. Con ese motivo, Naciones Unidas, ha señalado:

“El acceso a Internet permite a las personas desfavorecidas, marginadas o víctimas de discriminación obtener información, hacer valer sus derechos, y participar en el debate público sobre los cambios sociales y políticos. Además, Internet permite a las minorías y los pueblos indígenas expresar y reproducir sus culturas, lenguas y tradiciones, preservar su patrimonio y hacer una contribución útil a los demás en un mundo verdaderamente multicultural” (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011, párr. 48).

No obstante, ello es posible solo a través de una alfabetización digital, que comprende la formación de aptitudes en tecnología de las TICs, lo que incluye conocimientos básicos de informática y la creación de páginas Web (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011, párrs. 45 y 48), pero también la formación de

capacidades sobre el uso autónomo, independiente y responsable de Internet y otras tecnologías digitales (Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, 2011, apartado sexto), que son útiles para la protección de las personas ante contenidos nocivos y ciberdelitos (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011).

Bajo esos señalamientos, Internet usado adecuadamente puede convertirse en una herramienta a través de la cual toda persona que tiene acceso a él tiene la posibilidad de recibir e intercambiar información, lo que en el contexto social -tal como lo menciona Naciones Unidas-, brinda la posibilidad de no solo obtener información, sino también de exigir sus derechos y participar en el debate público, acorde a lo establecido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Lo anterior, visto desde el constante debate social y político que se vive en el mundo, permite reconocer que gracias a la interacción entre diversos grupos de personas con intereses y necesidades similares, converjan y doten de significado a conceptos tales como el de "activismo digital", tal como lo ocurrido en la "primavera árabe", donde el uso de Internet ha demostrado ser un instrumento clave de movilización sociopolítica (El Hamdouni, 2013).

Por otro lado, dentro de todo este abanico de posibilidades y beneficios que el acceso y uso de Internet ofrece a las sociedades actuales, también se han distinguido obstáculos para el aprovechamiento de Internet, tales como los enfrentados por las personas con discapacidad y las personas con idiomas que no predominan en las plataformas que Internet ofrece, razón por la cual se ha realizado un llamado a los Estados a garantizar la participación sin discriminación de "todo el mundo" en la sociedad de la información (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011, párrs. 53 y 57), exhortando a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a Internet a todas las personas (Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2012).

### **III. Internet, género y empoderamiento: acceso y uso de internet por las mujeres**

Frente a las posibilidades que ofrece Internet como instrumento de ejercicio de derechos humanos y participación, su impacto en la condición de las mujeres resulta prometedor, o al menos eso se infiere. De ahí que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión ha subrayado que el Internet puede

desempeñar un papel clave en la promoción del “empoderamiento” de las mujeres (Asamblea General de Naciones Unidas, 2011, párr. 58).

Al respecto, cabe señalar que dicha organización ha preferido usar el término de “empoderamiento<sup>3</sup>”, a diferencia del concepto de “participación”, lo que hace recordar que en la condición histórica y cultural específica de las mujeres, así como en estudios enfocados a su condición, dichos términos no sean equiparables (Castañeda, 2008).

Bajo esa aclaración, es preciso señalar que el potencial de empoderamiento que ofrece el acceso y uso de Internet como instrumento que permite la inclusión de las mujeres en el debate político y social, trae consigo que sea también un instrumento a través del cual puedan empoderarse individual o grupalmente, avanzando en la lucha por la igualdad de género y en contra de la violencia contra la mujer.

### III.1. Acceso y uso de Internet por las mujeres

No obstante los beneficios que conlleva para las mujeres el uso de Internet, es necesario sostener que –tal como lo ha señalado Asamblea General de Naciones Unidas (2011)- el empoderamiento que puede representar Internet para las mujeres es una consecuencia de que estas cuenten con un acceso “equitativo” y “efectivo” a dicha herramienta. Por lo tanto, es evidente que dicho empoderamiento depende de dos importantes factores como lo son el acceso y el uso que se le da a Internet.

Al respecto, pese a las diversas políticas destinadas a ampliar el acceso y uso de internet, el uso de dicha herramienta sigue siendo inferior en algunos lugares, lo que ha dado lugar a la aplicación del término “brecha digital”, que refiere a la diferencia entre las personas que acceden a Internet y las personas que se ven impedidas de acceder a él o que cuentan con un acceso limitado. Esta “brecha digital” múltiple en diversos sentidos<sup>4</sup>, también se ha hecho presente

<sup>3</sup> El Diccionario de la Real Academia Española define “empoderar”: Del ingl. *empower*.1. tr. Hacer poderoso o fuerte a un individuo o grupo social desfavorecido. U. t. c. prnl. Disponible: <http://dle.rae.es/?id=ErreFb4|Ers1PZE>

<sup>4</sup> “La llamada brecha digital es de hecho una brecha múltiple. Hay una brecha tecnológica, es decir, grandes diferencias en el desarrollo de la infraestructura. La hay a nivel de contenido porque gran parte de la información basada en la Web sencillamente no guarda mucha relación con las necesidades de la población. Además, como casi un 70% de los sitios en la Web de todo el mundo utilizan el inglés, la voz y la opinión de las colectividades locales corren a veces el riesgo de ser pasadas por alto. Existe una brecha entre los géneros, ya que las mujeres y las niñas tienen menos acceso a la tecnología de la información que los hombres y los niños, y ello se aplica tanto a los países ricos como a los países pobres.” (Kofi Annan, 2003)

entre hombres y mujeres, llamándosele “brecha digital de género” en el acceso y uso de Internet, lo que atiende a una diferencia entre las posibilidades de acceso y uso con que cuentan las mujeres, frente al acceso y uso que hacen los hombres (ONU Mujeres, 2005).

Al respecto, la brecha de género puede ser diseccionada en dos, es decir, una brecha de acceso y otra de uso, la primera relacionada al acceso a un dispositivo (computadora u otros) y a la conexión a Internet, y la segunda, relacionada con el uso dado a Internet basado en las capacidades y habilidades de las personas -en este caso las mujeres- para utilizar los aparatos y recursos disponibles (CEPAL, 2013).

Esta brecha digital de género, ha sido objeto de pronunciamientos y estudios (INTEL Corporation, Dalberg Global Development Advisors & GlobeScan, 2012), y por supuesto, tema de discusión en diversos eventos internacionales, como la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información o en los Foros de Gobernanza en Internet, donde a través de los años no ha pasado desapercibido la discusión en torno a la igualdad entre mujeres y hombres y el uso de las TICs (ONU Mujeres, 2005, p. 5), en específico, las formas en las cuales el género sigue siendo un factor determinante en el acceso y el uso de las nuevas tecnologías, así como la necesidad de presencia de los temas relacionados con las mujeres en las Agendas de Gobernanza en Internet.

### **III.2. Estudios sobre la brecha de género en el acceso y uso de Internet por mujeres**

En los diversos abordajes que pueden surgir en torno a la existencia de la brecha de género en el uso de las TICs, así como los factores que intervienen en dicho fenómeno, surge siempre la necesidad de datos y estadísticas diferenciadas que muestren de manera cuantitativa y cualitativa la relación entre las mujeres y las TICs, ello bajo el objetivo de conocer la problemática y emprender acciones, lo que ha sido motivo de discusión y reflexión en diversos foros internacionales sobre el tema (ITU, 2013).

Ante la necesidad de conocer datos puntuales sobre el acceso y el uso que hacen las mujeres de Internet, resulta relevante el esfuerzo realizado recientemente por la *World Web Foundation* en su estudio en torno al

empoderamiento en línea de la mujer<sup>5</sup>, el cual visibiliza factores que inciden en el uso y acceso a internet por las mujeres.

En dicho estudio, rigen dos importantes cuestionamientos: saber qué determina estar en línea y las barreras que enfrentan las mujeres en el acceso a Internet, así como conocer en qué usan las mujeres su tiempo en línea. En cuanto a saber qué determina estar en línea, el estudio muestra que el género es un factor importante ya que existen factores que determinan que las mujeres son casi cincuenta por ciento menos propensas a usar internet, dependiendo del nivel de educación (World Wide Web Foundation, 2015, p. 13). Por otro lado, en cuanto a las barreras que enfrentan las mujeres en Internet, el estudio demostró que el no saber usar Internet, el costo, el tiempo, la infraestructura y la relevancia de usar Internet están entre las barreras más importantes que enfrentan las mujeres para acceder y usar Internet (World Wide Web Foundation, 2015, p. 18).

En cuanto al segundo cuestionamiento, enfocado a saber en qué medida las mujeres usan Internet como plataformas para el capital social, el acceso a la información y reclamo de derechos, así como para hacer escuchar su voz en cuestiones políticas, el estudio expone que, el uso que se le da a Internet como plataforma de empoderamiento y de participación en temas sociales y políticos, tanto por hombres y mujeres es muy bajo, por lo que Internet es una herramienta que está siendo desaprovechada tanto por hombres como mujeres para fines de empoderamiento y búsqueda de información, por ejemplo (World Wide Web Foundation, 2015, p. 13, 24, 28, 32 y 37).

Un caso que resulta especialmente relevante de dicho estudio por su cercanía al contexto de América Latina es definitivamente el caso de la ciudad de Bogotá, Colombia, donde si bien hay un acceso equitativo entre hombres y mujeres en el acceso a esta herramienta, existe una brecha de género abismal en el uso efectivo de esta herramienta, ya que un bajo porcentaje de las mujeres son las que acceden y usan Internet para buscar información, participar en temas sociales y políticos o incrementar sus ingresos (World Wide Web Foundation, 2015, p. 13, 28, 32 y 37).

Estos resultados visibilizan dos cuestiones: por un lado, la población desfavorecida está desaprovechando el potencial de Internet, y por otro lado,

---

<sup>5</sup> Dicho estudio se avoca el acceso y uso de Internet por las mujeres en diversas áreas marginadas y asentamientos informales de las ciudades de Nairobi, Kampala, Lagos, Yaundé, Maputo, Bogotá, Nueva Delhi, Yakarta y Manila.

este uso insuficiente del potencial que brinda Internet afecta desproporcionadamente a las mujeres, quienes lo usan como un medio de consumo o entretenimiento, más que como una herramienta de desarrollo económico o de participación en su entorno.

### **III.3. Mujeres en Iberoamérica: ¿Un medio de consumo y de entretenimiento? o ¿de realización y empoderamiento?**

Sin embargo, frente a la información develada por el estudio comentado anteriormente, persisten las preguntas: ¿en qué están usando su tiempo las mujeres de otros países cuando están en Internet? y, el uso que dan a Internet ¿abona a la lucha por la igualdad de género a través de su empoderamiento e inclusión en áreas de las cuales han sido excluidas históricamente?

Lejos del estudio realizado por la *World Wide Web Foundation*, y afrontando una falta de datos específicos que permitan abordar con puntualidad el uso de Internet por parte de las Mujeres, es posible encontrar pistas que podrían indicarnos cuáles son los usos prioritarios que las mujeres dan a Internet en otros países, tales como algunas evidencias sobre los hábitos de consumo de las mujeres en Internet, así como su gran afluencia en las redes sociales (Informador.mx, 2016 & Top Managment, 2016).

En México por ejemplo, la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI) realiza un estudio sobre los hábitos de los usuarios de Internet en México cada año, sin embargo, su más reciente estudio si bien señala que en México del total de personas que pueden acceder a Internet es equitativo entre hombres y mujeres, no especifica los hábitos de las mujeres internautas (AMIPCI, 2016), a diferencia de su estudio del año anterior (AMIPCI, 2015), donde es posible observar que a diferencia de los hombres fueron las usuarias en mayor cantidad de las redes sociales.

En el caso español, a través de diferentes estudios enfocados a la brecha de género en los últimos años (Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2013), se ha concluido que a pesar de los avances en el acceso a Internet, las mujeres siguen teniendo un menor nivel de inclusión en su uso que los hombres, así como la existencia de un trasplante de situaciones de desigualdad en la red derivadas de una sociedad patriarcal y de la división sexual de trabajo (Observatorio e-igualdad de la Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 18), ello sumado a lo visibilizado por otros medios que afirman el uso de

Internet entre las mujeres en ese país principalmente para las compras y el uso de redes sociales (Molina, 2015).

Ante dichos datos, el uso prioritario de Internet como un medio de consumo, provoca reflexionar sobre si el uso que están haciendo las mujeres de Internet contribuye a los objetivos de empoderamiento y participación que una herramienta como esa ofrece, lo que podría llevar a cuestionar en un segundo momento, el por qué los patrones de uso de internet por las mujeres se constriñen en su mayoría a las compras y redes sociales, y en todo caso, si dicha situación es un reflejo de la sociedad a la que se enfrentan en el mundo real donde sigue presente una cultura de desigualdad de género, compuesta de estereotipos de rol que influyen en sus gustos, actividades y pasatiempos.

#### **IV. Internet y la cultura de desigualdad y violencia de género: algunas respuestas**

Hasta este momento, la importancia de internet como herramienta empoderadora y las expectativas del impacto de sus potencialidades en el desarrollo de las mujeres, nos colocan ante dos escenarios. Por un lado, las ventajas de "empoderamiento" que ofrece Internet a las mujeres a través de un "acceso equitativo y efectivo" a Internet, y por otro lado, una realidad que parece mostrar el uso prioritario de Internet por las mujeres como un bien de consumo y entretenimiento y no tanto como un medio de empoderamiento.

Frente a dicha situación, surge la pregunta sobre por qué las mujeres no están utilizando Internet como una herramienta para opinar, debatir, emprender, e influir en otras mujeres y hombres en lo relativo a temas claves en la vida política y social. Hasta ahora, estudios sobre la brecha digital de género coinciden en la persistencia de estereotipos de rol, y conductas de violencia contra la mujer a través de la red.

Bajo estos señalamientos, es preciso reconocer que fuera del mundo virtual ofrecido por Internet, los retos en la igualdad de género y la persistente cultura de violencia contra la mujer siguen siendo problemas padecidos por ellas, a través del trasplante de situaciones de desigualdad o de violencia en la red derivadas de una sociedad patriarcal y de la división sexual del trabajo (Observatorio e-igualdad de la Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 18).

Asimismo, en algunos lugares las opiniones que mantienen una concepción de inferioridad de las mujeres frente a los hombres, terminan limitar el uso que las mujeres hacen de Internet:

“Alrededor de tres de cada 10 hombres en Nueva Delhi y Manila estuvieron de acuerdo en cuanto a que Internet debe ser un dominio controlado por el hombre, pero sólo dos de cada 10 mujeres estuvieron de acuerdo. [...] Por ejemplo, en Nueva Delhi y Manila casi dos tercios de los hombres estuvieron de acuerdo con la afirmación de que las mujeres no deberían estar autorizadas para utilizar el Internet en lugares públicos, y más de la mitad coincidieron en que los hombres tienen la responsabilidad de restringir lo que las mujeres buscan en línea” (World Wide Web Foundation, 2015, p. 13).

Sumado a ello, las deficiencias de una total inclusión de las mujeres en el acceso y uso de las nuevas tecnologías se traduce también en el factor principal de la escasez de mujeres en el mundo profesional de las nuevas tecnologías, lo que permite evidenciar que la persistencia de estereotipos de género en torno al uso de las nuevas tecnologías termina por limitar las oportunidades de las mujeres de desempeñarse no solo como usuarias de las TICs sino por negarles la entrada a su participación como ingenieras o diseñadoras de *software*, por ejemplo (Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2013, p. 114).

Con base en ello, es complicado pensar que el origen de dichas problemáticas en torno al uso y acceso a Internet por las mujeres sea un problema que se remonta a la existencia de Internet. Por el contrario, es natural y lógico pensar que muchas de estas problemáticas que obstaculizan la inserción de las mujeres en la sociedad de la información, tienen su origen en el mundo real y no necesariamente en el virtual.

En el ámbito Iberoamericano por ejemplo, una muestra de la persistencia de estos problemas en la realidad y no en el mundo virtual, es la persistencia de violaciones de derechos humanos basadas en el género. De ahí que es basta la jurisprudencia que han emitido tribunales internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los países latinoamericanos pertenecientes al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos<sup>6</sup>,

---

<sup>6</sup> De los 35 Estados que conforman la OEA, veinte han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. Estos Estados son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay.

y por otro lado, en el caso de España, la jurisprudencia que ha emitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con cuestiones de género.

En latitudes latinoamericanas, la Corte Interamericana se ha pronunciado en casos relacionados con violencia contra la mujer en diversas ocasiones respecto de El Salvador, Guatemala, Perú y de manera especial respecto de México (Corte Interamericana, Sentencia de 16 de noviembre de 2009). Y en el caso español, existen algunas sentencias respecto de este país emitidas por el Tribunal Europeo (TEDH, 24 de julio de 2012 & TEDH, 19 de febrero de 2013).

Partiendo de dicha realidad, donde la violencia e inequidad de género sigue siendo un problema que traspasa de lo nacional a lo internacional, resulta lógico que tal como ha sido expresado, algunas conductas de género y violencia de género se trasladen del mundo real al mundo virtual, y se produzcan diversas condiciones que determinen la manera en la que las mujeres interactúan en internet.

En un estudio en España sobre la brecha digital de género en la juventud española se determinó por ejemplo:

“Las chicas, principalmente como consecuencia del proceso de socialización y de la reproducción de roles género tradicionales (basados en estereotipos y prejuicios de género), continúan optando por estudios y profesiones alejadas de las nuevas tecnologías” (Observatorio e-igualdad de la Universidad Complutense de Madrid, p. 127).

Al respecto, se ha señalado que los estereotipos sociales y culturales siguen siendo el gran problema para la inserción de las mujeres en el sector digital (Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2013, p. 114), o en su caso, que su inserción condicione la adopción de roles no necesariamente activos que les son definidos por su género.

Por otro lado, la violencia contra la mujer es un fenómeno que desafortunadamente persiste y que da como resultado que Internet sea un sitio donde no es ninguna novedad que las mujeres sean constantes víctimas de prácticas tales como el ciberacoso, *grooming*, pornovenganza, y diversas agresiones que enfrentan por el simple hecho de ser mujeres.

De manera general, las problemáticas de estereotipos y violencia de género que se derivan de una cultura de desigualdad de género, afectan la participación de las mujeres en la sociedad de la información, lo que provoca reflexionar sobre

si el hecho de que se busque la manera de eliminar estas barreras en el mundo virtual -como en efecto se intenta- sea una solución para el problema de fondo.

Lo anterior, parecería indicar que el uso de Internet está supeditado a factores tales como la reproducción en el mundo virtual de adversidades a las que ya se enfrentan las mujeres en el mundo real. Por ello que, pensar en un verdadero empoderamiento de la mujer en Internet pueda llevar obligadamente a plantear una razón más por la que es necesario fortalecer las posibilidades de empoderamiento de las mujeres y niñas en el mundo real.

## V. Conclusiones

Internet se ha consolidado como un medio indispensable en el ejercicio de derechos humanos y una herramienta para la inclusión de grupos desfavorecidos en la participación política y social. Asimismo, su potencial impacto en la vida de las mujeres retoma una especial importancia en cuanto a que un acceso equitativo y efectivo a Internet coadyuva al empoderamiento y avance de la mujer. Sin embargo, la brecha de género en el acceso y uso de Internet impide que esta herramienta tenga el impacto deseado, cuando en un primer momento las posibilidades de acceso no son plenamente iguales entre mujeres y hombres, y en un segundo momento, cuando Internet no es utilizado como una herramienta de empoderamiento, sino como un bien de consumo o entretenimiento, donde su uso se ciñe al uso de redes sociales y compras en línea, resultado de estereotipos de género que condicionan la interacción de las mujeres en la red.

Ante un acceso que pretende ser igualitario entre hombres y mujeres a medida que avanza la tecnología y el desarrollo, la preocupación en torno a por qué las mujeres no están aprovechando Internet como una herramienta de participación y empoderamiento en los debates públicos, obliga a tomar en cuenta factores como los estereotipos de género y la violencia contra la mujer, como aquellos que en gran medida definen la interacción de las mujeres en Internet. Ello, nos coloca ante una realidad virtual ofrecida por Internet que sigue recreando patrones de una cultura de inequidad y violencia persistente en la realidad, y que afecta de manera clara el aprovechamiento por parte de las mujeres del potencial empoderador que les brinda Internet para la expresión de su opinión, y participación en los debates políticos y sociales de su entorno.

**Bibliografía:**

- AMIPCI. (2015). 11° Estudio sobre los hábitos de los usuarios de Internet en México. Sitio web: [https://amipci.org.mx/images/AMIPCI\\_HABITOS\\_DEL\\_INTERNAUTA\\_MEXICANO\\_2015.pdf](https://amipci.org.mx/images/AMIPCI_HABITOS_DEL_INTERNAUTA_MEXICANO_2015.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- (2016). 12° Estudio sobre los hábitos de los usuarios de Internet en México. Sitio web: [https://www.amipci.org.mx/images/Estudio\\_Habitosdel\\_Usuario\\_2016.pdf](https://www.amipci.org.mx/images/Estudio_Habitosdel_Usuario_2016.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- ANNAN, K. (2003). Declaración ante la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. Ginebra.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (2012). Las tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo. A/RES/66/184.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (2011). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (2011). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/66/290.
- CASTAÑEDA SALGADO, M. P. (2008). *Metodología de la investigación feminista* (pp. 75-102). Guatemala: Fundación Guatemala/CEIICH-UNAM.
- CEPAL. (2013). "Mujeres en la economía digital: Superar el umbral de la desigualdad". XII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (p. 17). República Dominicana.
- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2012). Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. A/HRC/20/L.13.
- El Hamdouni, Y. (2013). "Internet y la primavera árabe: hacia una nueva percepción del ciberespacio", *Paix et Sécurité Internationales*, (pp. 167-173), 1.
- Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades. (2013). Situación de la e-igualdad en España: 2012 y 2013. España. Sitio web: [http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/SocInfo/Estudios/docs/SituacionEigualdadEspana\\_2012\\_2013.pdf](http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/SocInfo/Estudios/docs/SituacionEigualdadEspana_2012_2013.pdf) [Consulta: 8/12/2017].

- INTEL Corporation, Dalberg Global Development Advisors & GlobeScan. (2012). *Women and the Web*. Sitio web: <http://www.intel.com/content/www/us/en/technology-in-education/women-in-the-web.html> [Consulta: 8/12/2017].
- ITU (2013). 11th World Telecommunication/ICT Indicators Symposium (WTIS-13), Document C/1-E. México. Sitio web: [http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/events/wtis2013/001\\_E\\_doc.pdf](http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/events/wtis2013/001_E_doc.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- Observatorio e-igualdad de la Universidad Complutense de Madrid. (2012). La brecha digital de género en España: Análisis Multinivel (España, Europa, Comunidades Autónomas). Sitio web: [http://e-igualdad.net/sites/default/files/BRECHA%20DIGITAL%20DE%20GE%CC%81NERO%20EN%20ESPAN%CC%83A%202011\\_resumen\\_ej\\_ecutivo\\_0.pdf](http://e-igualdad.net/sites/default/files/BRECHA%20DIGITAL%20DE%20GE%CC%81NERO%20EN%20ESPAN%CC%83A%202011_resumen_ej_ecutivo_0.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- (2010). La brecha digital de género en la juventud española: estudio cuantitativo. Sitio web: [http://e-igualdad.net/sites/default/files/Brecha\\_digital\\_genero\\_juventud\\_espanola\\_2010.pdf](http://e-igualdad.net/sites/default/files/Brecha_digital_genero_juventud_espanola_2010.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- ONU Mujeres. (2005). Igualdad entre los géneros y potenciación de la mujer por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones. *La mujer en el 2000 y después*. Nueva York: División para el adelanto de la Mujer de la Secretaría de las Naciones Unidas.
- Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión & Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la CADHP.(2011). Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet.
- World Wide Web Foundation. (2015). Women's Rights Online: Traslating Access into Empowerment. Global Report. Sitio web: <http://webfoundation.org/docs/2015/10/womens-rights-online21102015.pdf> [Consulta: 8/12/2017].

**Artículos Periodísticos:**

*El Universal*. (12 de junio de 2011). "ONU: Internet es un derecho humano". Sitio web <http://www.eluniversal.com.mx/articulos/64522.html> [Consulta: 8/12/2017].

Eilemberg, D. (24 de mayo de 2012). "El acceso a Internet: ¿un derecho?". *Animal Político*. Sitio web: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-cubilde-leones/2012/05/24/el-acceso-a-internet-un-derecho/> [Consulta: 8/12/2017].

Molina, A. (16 de octubre de 2015). "En España, el 77% de las mujeres compran online", *Marketing ECommerce*. Sitio web: <http://marketing4ecommerce.net/en-espana-el-77-de-las-mujeres-compran-online/> [Consulta: 8/12/2017].

*Informador.mx*. (7 de marzo de 2016). "Tecnología modifica hábitos de consumo de mujeres mexicanas". Sitio web: <http://www.informador.com.mx/tecnologia/2016/649014/6/tecnologia-modifica-habitos-de-consumo-de-mujeres-mexicanas.htm> [Consulta: 8/12/2017].

Sección Tecnología. (9 de marzo de 2016). "Hábitos digitales de las mujeres mexicanas", *Top Managemen*. Sitio web: <http://topmanagement.com.mx/habitos-digitales-de-las-mujeres/> [Consulta: 8/12/2017].

**Jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal de Estrasburgo:**

Corte Interamericana. (Sentencia de 16 de noviembre de 2009). Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205.

TEDH. (24 de julio de 2012). Caso B. S. vs. España. Demanda nº 47159/08.

TEDH. (19 de febrero de 2013). Caso García Materos vs. España. Demanda no. 38285/09.

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS EN LA JUSTICIA JUVENIL

Por Mary Beloff

Recibido: 20/04/17

Aprobado: 26/06/17

### RESUMEN

Este trabajo trata sobre la situación de las niñas que entran en contacto, como imputadas, víctimas o testigos, con el sistema penal. Señala el déficit de un *corpus iuris* robusto de protección específica de los derechos de las niñas, así como las dificultades en la consolidación y el fortalecimiento de prácticas sensibles a sus características, particularidades y vulnerabilidades desde una perspectiva de edad y género.

### PALABRAS CLAVES

Derechos de las niñas Derechos Humanos - *Corpus iuris* - Protección especial - Vulnerabilidad -Invisibilidad -Acceso a la justicia - Protección judicial - Justicia juvenil.

## THE RIGHTS OF THE GIRLS IN THE JUVENILE JUSTICE SYSTEM

By Mary Beloff

### ABSTRACT

This paper deals with the situation of girls who come into contact, as accused, victims or witnesses, with the justice system. It points out the deficit of a robust *corpus iuris* regarding the rights of the girls, as well as the difficulties in the consolidation and strengthening of practices sensitive to their characteristics, particularities and vulnerabilities from both, an age and gender perspectives.

### KEYWORDS

Girls' rights - Human rights - *Corpus juris* - Special protection - Vulnerability - Invisibility - Access to justice - Judicial protection - Juvenile justice.

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS EN LA JUSTICIA JUVENIL\*

Por Mary Beloff\*\*

### I.

En las últimas décadas, el movimiento de mujeres ha logrado avances extraordinarios en, por lo menos, tres órdenes: i. Visibilizar la violencia y la discriminación basada sobre razones de género, ii. Desarrollar normas orientadas a la prevención y sanción de la violencia de género, y iii. Crear mecanismos para hacer efectivos los dos primeros. El presupuesto de tan intensa actividad política, normativa y social es un acuerdo universal respecto de que cualquier forma de violencia contra mujeres y niñas constituye la más ultrajante forma de discriminación contra la mujer, la cual permea a todos los sectores sociales, culturales, económicos y educativos, por mencionar algunos.<sup>1</sup>

\* Este trabajo reproduce la exposición hecha en el Seminario “Sistemas de supervisión y monitoreo de condiciones de privación de libertad de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal”, organizado por la Oficina de la Representante para la violencia contra los niños, del Secretario General de la Organización de Naciones Unidas junto con UNICEF, en Buenos Aires, entre los días 19 y 20 de mayo de 2016. Virginia Deymonnaz contribuyó pacientemente con la edición del texto, por lo que le estoy muy agradecida. Éste mantiene no obstante el tono coloquial de la presentación original.

\*\* Catedrática de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> En este sentido, la Corte IDH sostuvo que: “la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es ‘una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’, que ‘trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases’.” Cf. Corte IDH, Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C n° 216, párrafo 108. En sentido similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General n° 19 “La violencia contra la mujer” –11° periodo de sesiones, 29 de enero de 1992— sostuvo que: “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.” Entre los instrumentos internacionales que reflejan esta perspectiva, la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer* –aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución n° 48/104 de 20 de diciembre de 1993— establece en su artículo 1° que “por ‘violencia contra la mujer’ se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.” Por su parte la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW) —adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979— dispone en su artículo 1° que “la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

Sin embargo, cuando se pone el foco en las niñas, se advierte que esa enorme movilización y el vastísimo *corpus juris* de protección de derechos humanos al que la primera dio lugar tanto en el orden universal como en el regional, sólo se refieren a ellas de forma tangencial, mínima, como una derivación de los derechos de las mujeres (en general), o bien de los niños (en general).<sup>2</sup>

La virtual ausencia de las niñas en las normas internacionales de protección de derechos humanos puede explicarse por diferentes motivos, los cuales no es posible desarrollar en esta ocasión por razones de espacio. Sólo pretendo destacar que esta falta de reconocimiento explícito es particularmente llamativa, debido a que los deberes estatales de garantía adquieren una intensidad especial cuando las víctimas son niñas en tanto la vulnerabilidad propia de la niñez<sup>3</sup> se ve potenciada por la condición de pertenecer al sexo femenino. Es por ello que las niñas son particularmente vulnerables a la violencia<sup>4</sup>, condición de la que surge un mayor deber estatal de actuar con la diligencia más estricta para proteger y asegurar el ejercicio y goce de sus derechos frente a la circunstancia —o a la mera posibilidad— de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial, impliquen violencia por razones de género o que pudieren derivar en tal violencia.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Véanse, entre otras, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (conocida como *Convención de Belém do Pará*) —adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994. Esta Convención entró en vigencia el 5 de marzo de 1995, de conformidad con el artículo 21—; y la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW) —adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979. Esta Convención entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

<sup>3</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que: “a nivel universal, se consideran vulnerables todos los niños hasta los 18 años de edad, porque no ha concluido aún su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico (...)”, Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 13 “El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia” (2011), párrafo 72.f).

<sup>4</sup> Al respecto, la Corte IDH, en el caso “González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sostuvo que: “[l]a violencia contra los niños se presenta bajo diversas formas y depende de una amplia gama de factores, desde las características personales de la víctima y el agresor hasta sus entornos culturales y físicos’. El grado de desarrollo económico, el nivel social, la edad, el *sexo* y el *género* son algunos de los muchos factores relacionados con el riesgo de la violencia letal. Asimismo, (...) ‘la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia’, siendo las niñas las más expuestas a sufrir este tipo de violencia.”, Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 404, destacado agregado.

<sup>5</sup> Véanse, entre otras, Corte IDH, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra* nota 6, párrafo 252; y Corte IDH, Caso “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Serie C n° 277, párrafo 134.

Esta característica, que llamaremos invisibilidad, se expresa de varias formas. Su primera versión es muy general y se relaciona con que la problemática de las niñas no ha sido, sino hasta recientemente, planteada como un tema en sí mismo o reconocido en su fenomenología singular, sino que lo ha sido como un colectivo definido por la menoría edad dentro del universo de las mujeres. Éste es un dato sociológico y cultural sobre el cual no resulta posible profundizar en esta ocasión, pero que implica serios problemas desde diversos puntos de vista, sobre todo desde la perspectiva de los derechos<sup>6</sup>.

La segunda versión es la de la invisibilización de la violencia que sufren las niñas. Ella puede ser considerada desde dos puntos de vista diferentes. Por un lado, existe una *invisibilidad general* de la violencia que sufren las niñas en todos los ámbitos de la vida<sup>7</sup>. Aún desde el punto de vista regional, si bien América Latina no comparte con otras regiones del mundo algunas de las características de prácticas ancestrales abusivas contra las niñas, ésta conserva no obstante muchas formas de violencia sistemática y tradicionalmente aceptadas contra ellas.

---

<sup>6</sup> Con este fundamento, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 (Causa n° 4566, de 2 de julio de 2015), en un proceso seguido por abuso sexual cometido en reiteradas oportunidades contra una niña menor de 13 años, escandalosamente atenuó la condena del abusador sobre la base de su equiparación con una mujer adulta, a partir de argumentos que desconocen la vulnerabilidad e inmadurez propia de una niña para, entre muchas otras cosas, consentir y comprender el alcance de una relación sexual.

<sup>7</sup> Lentamente, el problema comienza a ser abordado por el derecho internacional: "La niña de hoy es la mujer de mañana. Los conocimientos, las ideas y la energía de las niñas son cruciales para el pleno logro de los objetivos de la igualdad, el desarrollo y la paz. Para que una niña desarrolle plenamente sus potencialidades es preciso que crezca en un medio propicio donde se satisfagan sus necesidades espirituales, intelectuales y materiales de supervivencia, protección y desarrollo y se salvaguarden sus derechos en condiciones de igualdad. Para que la mujer participe en las actividades en condiciones de igualdad con el hombre, en todos los aspectos de la vida y el desarrollo, es hora de que se reconozcan la dignidad humana y el valor de la niña y de que se le garantice el pleno disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales (...) es evidente en todo el mundo que la discriminación y la violencia contra las niñas empiezan en las primeras fases de la vida y continúan y persisten durante toda su vida. Las niñas tienen a menudo menos acceso a la nutrición, los servicios de salud física y mental y la educación, y disfrutan de menos derechos, menos oportunidades y menos beneficios en la infancia y en la adolescencia que los niños. Son con frecuencia objeto de diversas formas de explotación sexual y económica, pedofilia, prostitución forzada y posiblemente venta de sus órganos y tejidos, violencia y prácticas nocivas como el infanticidio femenino y la selección prenatal del sexo, el incesto, la mutilación genital y el matrimonio prematuro, incluso en la niñez (...) Las niñas suelen ser consideradas inferiores y se les enseña a ponerse siempre en último lugar, con lo que se les quita el sentido de su propia dignidad. La discriminación y el descuido de que son objeto en la infancia pueden ser el comienzo de una espiral descendente que durará toda la vida, en la que la mujer se verá sometida a privaciones y excluida de la vida social en general. Deben adoptarse iniciativas para preparar a la niña a participar, activa y eficazmente y en pie de igualdad con el niño, en todos los niveles de la dirección en las esferas social, económica, política y cultural.", Cf. *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995.

Por otro lado, puede identificarse una *invisibilidad de la condición de niñas dentro de la justicia juvenil*.

En lo que sigue me referiré a este último aspecto, esto es, a lo que sucede con las niñas en la justicia juvenil latinoamericana, ámbito caracterizado por la violencia.

## II.

En este apartado abordaré los aspectos normativos del tema que se analiza, tanto desde el marco regional como universal. De forma resumida puede afirmarse que no existen normas específicamente referidas a las niñas en la justicia penal con carácter convencional; sí hay algunas normas dentro del derecho internacional no convencional relacionadas con las mujeres y las niñas en la justicia penal. Por este motivo los argumentos sobre la exigibilidad de los derechos de las niñas en el sistema penal deben ser construidos a partir de las normas que reconocen derechos a los niños y a las mujeres, tal como lo ha hecho la Corte IDH en su jurisprudencia de la última década.

a) Dentro del ámbito regional, tres artículos de la *Convención Americana* son centrales a la hora de analizar los derechos de las niñas en el sistema interamericano<sup>8</sup>

Por un lado, el artículo 19 (Derechos del niño) de la mencionada *Convención* que establece que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

Este derecho de los niños a su protección especial ha sido reconocido y consagrado normativamente por el derecho internacional prácticamente desde sus orígenes. Se trata de un "derecho de derechos", el cual hace posible y habilita todos los demás. Desde el punto de vista normativo, traduce lo que Ernesto Garzón Valdés (1994) ha denominado el "coto vedado" o núcleo duro del paternalismo justificado hacia la infancia.

La Corte IDH, desde el conocido caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs. Guatemala*, ha intentado dar contenido al derecho de los niños a su protección especial, a partir del desarrollo de la conexión entre vulnerabilidad (en el caso de los niños, esencial en razón de su edad) y

---

<sup>8</sup> El derecho de los niños a su protección especial es extensamente analizado en Beloff (2017).

“condiciones que garanticen una existencia digna” al vulnerable.<sup>9</sup> El deber estatal consiste en asegurar el derecho a la protección especial a todos los niños, el cual se traduce en garantizar “condiciones de existencia digna”, las cuales adquieren un sentido específico y, eventualmente, acumulativo, en función de las diversas vulnerabilidades que pueden caracterizar la vida de un niño o niña, entre otras, la condición de género<sup>10</sup>, el encontrarse bajo la custodia del Estado<sup>11</sup>, el origen étnico<sup>12</sup>, las necesidades especiales<sup>13</sup>, etc.

El otro artículo es el 25 (derecho a la protección judicial) que se refiere al acceso a la justicia. En particular, las niñas infractoras, víctimas y testigos, enfrentan diversas dificultades al momento de acceder a la justicia por diferentes causas (ya sea por la propia legislación y/o bien, con legislación inadecuada, debido a procedimientos o prácticas incompatibles con la protección de sus derechos, a la falta de capacitación de los operadores, a la falta de acompañamiento y apoyo, a la ausencia o precaria ingeniería institucional, entre otros).<sup>14</sup>

Finalmente, el artículo 5.5. de la *Convención Americana* expresa el derecho a la protección especial dentro de la justicia juvenil, en los siguientes

<sup>9</sup> Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párrafo 144.

<sup>10</sup> Véanse, entre otros, Corte IDH, Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra* nota 3; Corte IDH, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra* nota 6; y Corte IDH, Caso “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra* nota 7.

<sup>11</sup> Véanse, entre otros, Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C n° 112, párrafo 176; Corte IDH, Resoluciones sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” de la Fundação Casa, de 4 de julio de 2006, considerando 12; y Resolución de 3 de julio de 2007, del considerando 10, entre otros. Un análisis del tema en Beloff y Clérico (2016).

<sup>12</sup> Véanse, entre otros, Corte IDH, Caso de las “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C n° 130; y Corte IDH, Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C n° 282.

<sup>13</sup> Véanse, entre otros, Corte IDH, Caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C n° 246; y Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C n° 298.

<sup>14</sup> “Regrettably, while millions of girls around the world are exposed to violence in many forms, the majority of cases go unnoticed, unaddressed or, at times, ignored by the criminal justice system. And many of the girls who do find themselves in contact with this system risk being stigmatized, punished and revictimized rather than receiving the assistance and support they require. Once they enter the criminal justice system, there is a real possibility of their being exposed to levels of violence still greater than the abuse they experienced in their homes and communities.”, Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, preparado por la Oficina de la Representante Especial del Secretario General sobre Violencia contra los niños, Nueva York, 2015, páginas 3/4.

términos: "cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento". Esa separación, cuando se trata de niñas, incluye la separación entre niñas y niños, además de la separación entre mujeres y niñas.

Por otro lado, en relación con el enfoque de género dentro de las normas regionales, la *Convención Belem do Pará* establece que los Estados deberán adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia, para lo cual deberán tomar especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su edad.<sup>15</sup>

Si tuviera que resumir los dos grandes problemas que tienen las niñas en los sistemas de justicia en América Latina me concentraría en la garantía de estos derechos: el derecho a la protección especial a las niñas y su acceso a la justicia.

b) En el ámbito universal existen una serie de instrumentos e informes que consideran la cuestión de las mujeres en el sistema penal, entre otras, las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (conocidas como Reglas de Bangkok)*<sup>16</sup>, la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*<sup>17</sup>; así como dos documentos de Naciones Unidas relativamente nuevos: *Estrategias y medidas prácticas modelo de Naciones Unidas para eliminar la violencia contra los niños en el ámbito de la prevención del delito y la justicia penal*<sup>18</sup> y *Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer*<sup>19</sup>. Si bien ninguno de estos documentos e instrumentos, por la razón que se señaló al comienzo, se refiere específicamente a las niñas, sí se ha señalado en alguna ocasión que el concepto "mujer" abarcaba al de niña<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Cf. *Convención Belem do Pará*, artículo 9.

<sup>16</sup> *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok), aprobadas por la Asamblea General por Resolución 65/229, de 16 de marzo de 2001.

<sup>17</sup> *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 16° sesión plenaria, de 15 de septiembre de 1995, En este documento hay un capítulo dedicado a "La niña" en general (párrafos 259/285)

<sup>18</sup> *Estrategias y medidas prácticas modelo de Naciones Unidas para eliminar la violencia contra los niños en el ámbito de la prevención del delito y la justicia penal*, elaboradas por el Consejo Económico y Social, mayo de 2014.

<sup>19</sup> *Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 65/228 de 21 de diciembre de 2010.

<sup>20</sup> Cf. Informe *Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer*. "Excepto cuando se especifique lo contrario, el término 'mujer' abarca el de 'niña'."

Sin embargo, las normas y documentos mencionados no son convencionales. Pertenecen al orden llamado *soft law* y, por esa razón, no son vinculantes para los Estados.

c) Una consecuencia de lo que podríamos llamar “proliferación bien intencionada” y confusión teórica que siempre tiene lugar en las primeras etapas de procesos de reconocimiento de los derechos, es que *no es posible afirmar que exista un robusto corpus iuris de protección de derechos humanos de las niñas*, como sí existe respecto de los niños en general<sup>21</sup>. Esta debilidad normativa tiene algunas consecuencias a la hora de evaluar el impacto concreto de las niñas en el sistema penal y, en particular, de quienes se encuentran privadas de su libertad, las cuales pese a ser numéricamente menos que los varones, están expuestas a padecer mayor violencia debido, precisamente, a su condición de género.

Por otro lado, para ser eficaces en la reducción de violencia se debería contar con *un marco teórico más claro en relación con el tema*.<sup>22</sup> La realidad muestra la necesidad de una mayor precisión y claridad en la presentación de los informes y normas internacionales, en cómo se abordan los diferentes ámbitos de la socialización de las mujeres y en el estudio específico del control social cuando se trata de niñas. Ello requiere distinguir dos situaciones sustancialmente diferentes en las que una niña puede encontrarse ante la justicia penal: como infractora y como testigo o víctima.

<sup>21</sup> Cf. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, cit. *supra* nota 12, párrafo 194.

<sup>22</sup> “La literatura sobre la relación de la mujer y la justicia penal (...) documenta el modo en el que las decisiones legales, de acuerdo con los principios de igualdad formal, refuerzan un tratamiento diferencial de la mujer confirmando su condición de minoría, [pero] tiene dificultades en evitar la disyuntiva entre, por un lado, las exigencias de una igualdad ‘plena’ y, por el otro, las exigencias de reconocimiento legal de la diferencia y la diversidad. La razón de esta alternativa es el hecho de que la misma diversidad es el punto de partida no solo para la discriminación negativa, sino también, a veces para la discriminación positiva. Esta disyuntiva no es diferente a la planteada en el caso de otros sujetos definidos como ‘débiles’ (menores, enfermos, etc.). De la misma manera que con estos últimos, la demanda de reconocimiento pleno del *status* de ‘personas’ puede devenir, en la práctica (...), en un empeoramiento de la situación real con respecto a los procedimientos y sentencias judiciales (...)” En relación con las mujeres “es la diferencia sexual lo que sirve como punto de referencia cuando se sostiene la racionalidad del hecho de tener en cuenta las ‘diferencias’ de edad, de cultura o de condiciones sociales (...) la diferencia sexual es interpretada como una diferencia de condición, una desigualdad que debe, o bien ser eliminada por medidas reparadoras y políticas redistributivas como la discriminación positiva, o bien ser preservada a través de medidas protectivas (...) [que] incluyen (...) una reinterpretación de la igualdad como igualdad de oportunidades; como discriminación inversa para compensar las injusticias del pasado; como igualdad de resultados; como igualdad compleja (...) Estas estrategias producen tensiones y conflictos con respecto a una igualdad definida como la irrelevancia de las diferencias personales en el disfrute de los derechos civiles y, además, hace surgir problemas concernientes a la elección de qué tipos de desigualdades privilegiar (...) No existen dudas, sin embargo, de que el resultado es la confirmación de las diferencias como desigualdades, tanto en el disfrute de los derechos civiles como en el acceso y el uso de los derechos sociales” (Pitch, 1989, pp. 296-297).

### III.

En relación con el análisis criminológico, un hecho central que debe ser considerado se refiere a la particularidad de cómo se ha transformado el control social sobre el colectivo femenino, particularmente desde la década de 1980<sup>23</sup>, cuando las estadísticas comienzan a mostrar un ingreso sistemático de mujeres y niñas a los sistemas penales de todo el mundo.<sup>24</sup> Éste es un tema que ha comenzado a ser estudiado<sup>25</sup> pero que aún no tiene —en la mayoría de los países— la densidad ni profundidad de los estudios referidos a la población masculina mayor o menor de edad, en el sistema penal.

Por mencionar un ejemplo, entre los años 1991 y 2003 la cantidad de niñas que ingresó a las instituciones de internamiento en los Estados Unidos aumentó en un 98%, frente a un incremento del 29% de niños, lo que significa una relación de 1 a 4.<sup>26</sup> De acuerdo con las estadísticas del *Criminal Justice Information Services Division* del Departamento de Justicia del FBI, a partir del año 2001 y hasta el 2010 se verificó una tendencia a la baja respecto de las tasas de detención de niños y niñas, en menor proporción en el caso de las últimas. En este sentido, el porcentaje de niños disminuyó en un 26,5%, mientras que las detenciones de las niñas descendieron sólo en un 15,5%.<sup>27</sup> Específicamente, entre los años 2003 y 2012 las detenciones de niños por robo simple disminuyeron en un 32%, mientras que las detenciones de niñas por el mismo delito lo hicieron en un 19%. Respecto de delitos contra la propiedad, las detenciones de niños disminuyeron en un 39%, pero solo en un 29% en relación con las niñas (Puzzanchera, 2014).<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Un análisis completo sobre la relación entre la justicia penal y las mujeres, así como respecto de su interacción con otras formas de control social se encuentra en Pitch (1988, 1989).

<sup>24</sup> En relación con estudios estadísticos pueden consultarse, entre otros: *Criminal Justice Information Services Division*, Department of Justice- Federal Bureau of Investigation (FBI); (2009) *Getting the Facts Straight About Girls in the Juvenile Justice System 2*. Nat'l Council on Crime & Delinquency. [http://www.nccdglobal.org/sites/default/files/publication\\_pdf/fact-sheet-girls-in-juvenile-justice.pdf](http://www.nccdglobal.org/sites/default/files/publication_pdf/fact-sheet-girls-in-juvenile-justice.pdf).

<sup>25</sup> Un análisis de las causas y tipos de delitos cometidos por niñas se encuentra en Zahn (2009) y en Zahn, et. al. (2008).

<sup>26</sup> En este sentido ver Chesney-Lind, Morash y Stevens (2008), Watson, y Edelman (2012), Sherman, (2005), Puzzanchera (2009), Zavlek y Maniglia (2007)

<sup>27</sup> FBI, Uniform Crime Report: Crime in the United States, 2010 tbl. 35 (2011), <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2010/crime-in-the-u.s.-2010/tables/10tbl35.xls> En este sentido, también puede consultarse, entre otros, el siguiente informe estadístico: Office of Justice and Delinquency Prevention. Statistical Briefing Book, "Juvenile Arrest Rate Trends, 1980-2012". [http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/JAR\\_Display.asp?ID=qa05230](http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/JAR_Display.asp?ID=qa05230)

<sup>28</sup> "Clearly, the forces that are driving arrest rates down for boys are not affecting girls in an equitable way. Arrest often leads to referral to court, and multiple offenses can be charged from

Estos indicadores muestran que desde hace aproximadamente treinta y cinco años, de forma gradual, se produjo un cambio en los mecanismos de control social dirigidos a las niñas, motivados por las diferentes transformaciones que sufrieron las sociedades contemporáneas en todo el mundo. Las niñas, quienes tradicionalmente interactuaban y eran socializadas dentro de los mecanismos informales (la escuela, la religión, la familia y la comunidad), comenzaron a serlo entonces también mediante los sistemas formales de control social.

La mencionada transformación permite explicar también las diferentes formas que adquiere la violencia hacia las mujeres y las niñas en la actualidad, ya que se podría argumentar que el modelo anterior era más eficaz en términos de socialización dado que evitaba que las niñas ingresaran a los sistemas penales; sin embargo, como es sabido, tal aparente eficacia del mecanismo informal mantenía o encubría la violencia que las niñas sufrían en los procedimientos informales de disciplinamiento al interior de las familias, de la comunidad, de la escuela y de las instituciones no penales. En otras palabras, los mecanismos tradicionales de control social eran ineficaces en términos de asegurar a las niñas vidas libres de violencia.

#### IV.

a) Frente al fracaso de los mecanismos informales de control social, las niñas y adolescentes ingresan a los sistemas formales de control social, esto es, a los sistemas de justicia juvenil. Las niñas entran en contacto con la justicia juvenil por razones diferentes que los niños (en general, han sufrido hechos de violencia familiar, pertenecen a familias que no pueden cumplir sus funciones básicas,

---

one incident. Girls represented 28 percent of delinquency court referrals in 2013 and 24 percent of formally petitioned delinquency court cases. The relative rate of formal processing for girls increased 32 percent (11 percentage points) from 1985 through 2013. The commencement of formal processing limits girls' options for community programming that can help address their environments and behaviors outside the juvenile justice system, and instead sets in motion an often lengthy and complicated court process. Once girls have disentangled themselves from the system, they generally leave with a juvenile record, further limited opportunities for success, and few resources to change their behavioral responses to damaging and unhealthy social contexts. Girls of color are especially vulnerable to being formally charged: in 2013, both Black girls and American Indian/Alaska Native girls were 20 percent more likely than white girls to be formally petitioned. Police, prosecutors, judges, and probation staff are the critical decision-makers at the point of arrest and charging, deciding who is arrested and whether she should be formally charged or diverted from the system" (Sherman y Balck (2015: 7). También pueden consultarse los diversos informes del Departamento de Justicia (entre otros, "Juvenile Arrest Rate Trends, 1980-2012". Statistical Briefing Book. [http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/JAR\\_Display.asp?ID=qa05230](http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/JAR_Display.asp?ID=qa05230)); Sickmund, Sladky y Kang (2015).

muchas veces con alguno de sus progenitores privado de su libertad, etc.)<sup>29</sup>. No son, *prima facie* y por lo general, violentas. Ellas ingresan al sistema con importantes y apremiantes necesidades personales –como traumas, violencia, negligencia, problemas físico-psíquicos, conflictos familiares, inestabilidad académica y fracaso escolar- (Sherman, 2005), por lo que requieren un trato específico, así como una ingeniería institucional adecuada a sus particularidades. Las niñas tienen necesidades concretas, y problemas característicos de salud física y mental (Zahn, 2009, Zahn, et. al, 2008). Además, experimentan la justicia juvenil de manera diferente que los niños debido a dos factores: por un lado, a la forma en la que las delincuentes femeninas difieren de los delincuentes masculinos, y, por el otro, por la forma en que la sociedad ve a las niñas (Edwards, 2010, p. 232). El contacto con la justicia penal, en cualquier carácter, agrava estos problemas, dado que ésta no interviene (ni deriva) con un enfoque orientado a la resolución de estas dificultades y vulneraciones de derechos, sino que lo hace del mismo modo que reacciona con los infractores varones, dentro de un patrón que, como regla, reproduce la violencia (Watson y Edelman, 2012). Dentro de la justicia juvenil, la garantía derivada del derecho a la protección especial de niños y niñas es el llamado principio de especialidad (Terragni, 2015). De ahí que la dificultad teórica fundamental que se plantea a los sistemas penales juveniles contemporáneos es qué alcance tienen los derechos y garantías penales materiales y procesales, en clave de reconocimiento del principio de especialidad<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> “For girls, fighting within their homes can be a way of gaining some control in their households and may be a reaction to family chaos or physical and sexual abuse. Not surprisingly, prior victimization in the home is common among girls who behave violently (...) these histories of in-home victimization help explain girls’ in-home violence and, because they are victims, reduce their culpability. This reduced culpability in turn argues against arrest, detention, and other involvement in the juvenile justice system that carries damaging short- and long-term consequences. The arrest, detention, and juvenile justice processing of a disproportionate number of girls for home-based violence is a systemic problem present in many states that requires a systemic solution. A developmentally informed approach calls for redefining domestic battery and assault statutorily to exclude cases of intrafamily violence by minors, eliminating mandatory arrest and detention provisions for domestic violence by minors, or creating a presumption that homebased violence by minors be handled first through the family services system before a youth is charged. On the program side, it calls for better partnerships between juvenile justice systems and domestic violence services and networks, including trauma-informed approaches and empowerment models of client counseling, as well as better triage of juvenile justice cases to identify and divert those that are centrally cases of family chaos out of the delinquency system and into family services. These types of statutory and programmatic approaches would eliminate, or severely restrict, the criminal justice response and encourage a developmentally appropriate response to home-based trauma, rather than one that revictimizes girls” (Sherman, 2012, pp. 1604-1605).

<sup>30</sup> Véanse, entre otras, Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra* nota 14; Corte IDH, Caso

En ese sentido, no se ha logrado aún avanzar con el contenido del reconocimiento de la singularidad de la participación de una niña o un niño en un proceso, pese a la insistencia de la Corte IDH y del Comité de los Derechos del Niño, de que tal circunstancia dispara una serie de garantías diferenciadas. En la práctica, los sistemas penales juveniles asignan, sobre todo a las garantías derivadas del debido proceso legal, el mismo alcance que se le asigna en los procesos seguidos contra adultos.

Respecto de las niñas, al principio de especialidad se agrega otra garantía, derivada del ajuste adicional que debe practicarse al principio de especialidad en función de su condición de género. Si ya es escaso el desarrollo que hasta la fecha ha tenido el principio de especialidad en materia procesal en general, en el caso de las niñas el mayor alcance de las garantías en razón del género ni siquiera ha comenzado a ser discutido.

b) En relación con las instituciones, tal como se indicó, las estadísticas (aunque escasas) muestran que son pocas las niñas que se encuentran en los sistemas de justicia juvenil. En el caso particular de la República Argentina, la cantidad de niñas en los diferentes dispositivos de los sistemas de justicia juvenil es ínfima.<sup>31</sup>

Un problema que se plantea es que no existen lugares específicos para alojar a las niñas respecto de las cuales se ordenan medidas privativas de la libertad cautelares o sancionatorias (el que existía en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue cerrado en el año 2012); pero al mismo tiempo, al ser tan bajo el número de niñas que se encuentran en esta situación, no se justifica la creación de instituciones específicamente dedicadas a ellas<sup>32</sup>. En los hechos, ello implica

---

"Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C nº 260.

<sup>31</sup> De acuerdo con el último informe de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia con el apoyo del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia "Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal" (2015): "Del total de la población incluida en programas de supervisión en territorio, 94,2% son varones y 5,8%, mujeres (329 mujeres en contraposición a 5.372 varones). Es decir, por cada 16 varones incluidos en programas de supervisión en territorio, en cumplimiento de una medida judicial de carácter penal, solo hay una mujer. En los establecimientos de restricción de libertad se observa la misma tendencia: una amplia mayoría de varones (91,9 %). La cantidad de varones es 158, mientras que la de mujeres es solo 14. En otros términos, hay una sola mujer por cada 11 varones alojados en estos establecimientos. Por último, del total de la población alojada en los establecimientos de privación de libertad, 97,3% son varones (1.270 varones en contraposición a 35 mujeres). En este caso, la proporción es de una mujer por cada 36 varones. En síntesis, en los tres tipos de dispositivos penales juveniles, casi toda la población relevada son varones. Sin embargo, se observa —en términos relativos— una mayor presencia de mujeres en los dispositivos de restricción de libertad.", página 19.

<sup>32</sup> Sólo tres centros de régimen cerrado, cuatro establecimientos de restricción de libertad y dos alcaldías se dedican a la inclusión de niñas en dispositivos de modalidad residencial en

que, o bien se las aloja junto con mujeres adultas –expuestas a lo que significa estar en estas instituciones destinadas a personas mayores de edad—, o se las ubica en los mismos lugares que los adolescentes varones, pero en espacios separados, o, como tercera opción, se las aloja en lugares alejadas de sus familias y comunidades, lo que dificulta la posibilidad de reparar las inestables o débiles relaciones familiares, escolares, entre otras (Watson y Edelman, 2012).

Esto evidencia que las instituciones del sistema de justicia penal –diseñadas para tratar adultos y, las de la justicia juvenil, con varones adolescentes— no son adecuadas ni responden a la especificidad de la situación de las niñas en la justicia juvenil<sup>33</sup>; pero sobre todo si se plantea el problema en estos términos (ausencia de instalaciones específicas), se pierde de vista lo central que es asegurar, como regla, medidas no privativas de libertad.

Por ello, para abordar de forma correcta esta cuestión debe prestarse atención a los derechos de la niña, a su interés superior en la administración de justicia, a su edad, a las circunstancias sociales y a sus necesidades de desarrollo y reintegración social. Si la razón por la cual no nos preocupamos por los problemas y necesidades de las niñas privadas de libertad es porque son pocas, ¿recién nos comenzaríamos a preocupar cuando hubiera más niñas presas? Evidentemente ése es un razonamiento errado. Aunque sean pocas, ello no exime del deber de contemplar su singularidad.<sup>34</sup>

Pero existe una razón superadora vinculada con la escasa cantidad de niñas en instituciones de privación de libertad. Si bien no se cuenta con datos precisos (aunque la información en sí sea un derecho de la sociedad tanto como una garantía para las niñas infractoras), en general, los delitos que cometen las niñas (al igual que los niños) suelen ser de poca trascendencia social. Se trata de delitos en los que la afectación de bienes jurídicos y a terceros no reviste mayor gravedad –principalmente, son delitos contra la propiedad, delitos vinculados con drogas prohibidas y, excepcionalmente, contra las personas- (Sherman y Balck, 2015; Sherman, 2013; Sherman, Mendel y Irvine, 2013). Esta circunstancia

---

cumplimiento de una medida judicial de carácter penal (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia con el apoyo del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, 2015).

<sup>33</sup> Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, cit. *supra* nota 18.

<sup>34</sup> Un análisis de las experiencias relacionadas con los procesos de adecuación de las políticas y las prácticas sensibles a las particularidades y especificidades de las niñas y adolescentes que entran en contacto con el sistema de justicia en los Estados Unidos, específicamente en los estados de Connecticut, Florida y Stanislaus County (California), puede encontrarse en Watson y Edelman (2012).

vuelve a poner en evidencia la dependencia de la lógica penal (aún especializada) respecto de la privación de libertad, cuando en la mayoría de los casos de niños y niñas sería una reacción innecesaria tanto en términos de justicia como de reintegración social.

En definitiva, si se tiene en consideración la clase de delito en la que se ven involucradas las niñas, así como el escaso número que se encuentra en dispositivos penales juveniles, resulta imperioso trabajar en el fortalecimiento de las medidas no privativas de libertad, en la reafirmación de la privación de libertad como medida de *ultima ratio*, en la utilización de monitoreos no custodiales como medidas cautelares o condenatorias en medio abierto<sup>35</sup>, en la promoción del uso de medidas alternativas (justicia restaurativa, lo que se conoce como *diversion*<sup>36</sup>, etc.), y en la remisión a programas o servicios comunitarios. Entre otras, se requieren medidas adaptadas al contexto, circunstancias y características de la niña (por ejemplo, en razón de su condición cultural o socio-económica), y que permitan abordar sus problemas de forma inmediata así como contribuir a su desarrollo.<sup>37</sup>

b) De todos modos, más allá de la necesidad de implementar respuestas no privativas de la libertad, es conveniente recordar algunas reglas que los

<sup>35</sup> Las *Reglas de Bangkok* disponen que: "Se evitará en la medida de lo posible recluir en instituciones a los niños en conflicto con la ley. Al adoptar decisiones se tendrá presente la vulnerabilidad de las delincuentes juveniles debida a su género.", Regla 65. Por otro lado, en el mencionado *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty* se sostuvo: "Studies indicate that girls who are involved in the justice system have higher rates of depression and mental health disorders than boys. In the United States, one study found that approximately 80 per cent of girls in the juvenile justice system met the criteria for at least one mental health disorder, compared to 67 per cent of boys. Another found that major depression is four to five times more common in girls housed in detention and correctional facilities than in the general community, compared to twice as common in detained boys than the general community" (p. 8).

<sup>36</sup> "Diversion—long identified as a promising juvenile justice system practice—refers to opportunities to move youth out of the formal juvenile justice process at the front-end: instead of getting mired in the full court process, youth are referred to short-term programs or community services that are targeted to their offense and behavior. Diversion focused on girls' social contexts and behaviors, like all effective diversion, should be pre-petition, short-term, and offer a realistic opportunity to address the immediate issue raised by the offense—preventing a juvenile record and deeper juvenile justice involvement, and supporting girls' ongoing development. In most jurisdictions there are opportunities for pre-petition informal and formal diversion of girls that are underutilized" (Sherman, Balck, 2015, p. 48).

<sup>37</sup> "En muchas partes del mundo no existen medidas sustitutivas de la privación de la libertad ni programas comunitarios adaptados a las necesidades de desarrollo de las niñas. Los enfoques de justicia restaurativa son escasos y falta inversión en programas que promuevan la salud y la educación de las niñas y su reintegración a largo plazo (...) Como resultado de ello, un gran número de niñas terminan privadas de libertad lejos de su hogar y sin visitas de familiares, y recluidas en pabellones junto con las mujeres adultas. Pueden encontrarse en condiciones sumamente penosas, en celdas hacinadas o en régimen de aislamiento. Pueden verse expuestas a violencia sexual, acoso, registros corporales invasivos y trato humillante por parte del personal de los centros de detención (...)", Cf. *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños*, A/HRC/28/55, 30 de diciembre de 2014, párrafos 129 y 130.

Estados deben observar respecto de las niñas privadas de libertad quienes son especialmente vulnerables por una cantidad de factores: edad, género, por encontrarse bajo la custodia del Estado, etc..

En este sentido, las *Reglas de Bangkok* señalan que las niñas privadas de libertad constituyen un grupo vulnerable que tiene necesidades específicas, que no representan un riesgo para la sociedad y que su encarcelamiento puede hacer que su reintegración social resulte más dificultosa, motivo por el cual promueven la adopción de medidas como el encarcelamiento cerca de su hogar, entorno o lugar de rehabilitación social, la provisión de programas y servicios apropiados y el reconocimiento de las necesidades específicas de la mujer o de la niña (por ejemplo, en cuestiones de salud<sup>38</sup>, capacitación del personal de custodia<sup>39</sup>, programas, entre otros).<sup>40</sup>

Las mencionadas *Reglas* disponen que “las autoridades penitenciarias adoptarán medidas para satisfacer las necesidades de protección de las reclusas menores de edad” (regla 36), quienes: i. Deberán contar con el mismo acceso a la educación y la formación profesional que los reclusos menores de edad (regla 37); ii. Tendrán acceso a programas y servicios correspondientes a su edad y género (por ejemplo, orientación sobre los problemas de abuso o violencia sexual, educación sobre la atención de salud para la mujer); iii. Tendrán el mismo acceso permanente a servicios de ginecología que las reclusas adultas (regla 38);

<sup>38</sup> *Reglas de Bangkok*, Reglas 10/18.

<sup>39</sup> *Reglas de Bangkok*, Reglas 29/35.

<sup>40</sup> “As of 2008, only 2.6 percent of those sentenced to life without parole as juveniles were female (...) Indeed, the majority of girls in the juvenile system are there for status and misdemeanor offenses and violations of probation. However, the Supreme Court’s developmental findings and the movement to incorporate child development into juvenile justice policies and practices have particular application to girls in the justice system. Both the behaviors that result in girls’ arrests and the structural mechanisms that pull them into the justice system for those behaviors relate to child development. Girls’ behaviors must be understood ecologically, as reactions to and in tension with the concentric circles of family, community, and society in girls’ lives, and it is that ecological framing that provides more nuanced and developmentally informed responses. Running away is one example of a relatively common behavior among system-involved girls. Girls often exhibit this behavior in response to their environments, but it drives many girls into juvenile systems nonetheless. Both boys and girls run away from home, but studies show that 75 percent of runaways are female, and for girls, running away is disproportionately a trigger for system involvement. In 2009, girls made up 55 percent of youth arrested for running away; prostitution was the only other crime for which girls made up the majority of arrests. Moreover, arrest statistics undercount the incidence of running away because statistics on runaways may not include girls arrested or brought into custody for absconding, violations of probation, or for warrants, yet these girls are often also running away. Nationally, juvenile justice systems struggle to craft gender-responsive strategies to deal with runaway girls. Tough sanctions for runaway girls reflect fear that they will become victims, awareness of the connection between running away and commercial sexual exploitation, and frustration when girls disobey courtmandated rules. While fears about the safety of runaway girls are legitimate, locked detention and incarceration are not a remedy, and the possibility of detention can serve as a disincentive to girls who may otherwise want to return home” (Sherman, 2012, p. 1598-1600).

y iv. Las niñas embarazadas recibirán apoyo y atención médica equivalente a los que se prestan a las reclusas adultas, y su estado de salud estará sujeto a la vigilancia de un especialista médico, ya que por su edad pueden hallarse en mayor riesgo de complicaciones durante el embarazo (regla 39).

## V.

Otro punto a abordar es el de las *niñas testigos y víctimas*.<sup>41</sup> En las normas internacionales se asimila la situación de la niña testigo a la de la niña víctima<sup>42</sup>. En rigor, procesalmente la víctima es testigo<sup>43</sup>; es aquí donde se asimilan las consideraciones de cuidado de todas las niñas testigos y víctimas. Sin embargo, esta asimilación podría conducir a políticas y prácticas poco precisas en el tema.

Por otro lado, de acuerdo con el mencionado artículo 25 de la *Convención Americana*, la niña tiene un derecho reforzado de acceder a la justicia —a una justicia pronta, debida, expedita—.<sup>44</sup> Muchas niñas no son conscientes o bien directamente no conocen sus derechos. Además de las dificultades que entraña participar de un proceso penal, la situación se torna más difícil cuando los autores son personas cercanas y conocidas, o los encargados de su protección.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> "Por 'niños víctimas y testigos' se entenderán los niños y adolescentes menores de 18 años que sean víctimas o testigos de delitos, independientemente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento del presunto delincuente o grupo de delincuentes; (...)", *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos* – aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005—, Directriz 9.a).

<sup>42</sup> *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos*.

<sup>43</sup> En el mencionado caso "Rosendo Cantú y otra vs. México", la Corte IDH sostuvo que: "(...) es evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.", párrafo 89.

<sup>44</sup> "For girls who are victims or witnesses of violence or abuse, or who are alleged offenders, police officials are usually their first point of contact. The attitudes and behaviour of the police are therefore decisive in shaping a girl's first impression of the criminal justice system, and in determining whether she can expect to receive appropriate support. Yet encounters with the police on the street or in police stations or detention centres can place girls at risk of verbal intimidation, harassment, sexual abuse, rape, beating and other forms of torture.", Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, cit. *supra* nota 17, página 4.

<sup>45</sup> "Conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña (...) Existe un elemento adicional importante: en todas las normas vinculadas con protección a la niñez y en particular a la niñez víctima (como en todas las normas internacionales de protección a la víctima) un componente

De acuerdo con las *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos*: "las niñas son especialmente vulnerables y pueden ser objeto de discriminación en todas las etapas del sistema de justicia" (directriz 7.c). En ocasiones, los delitos que implican violencia sexual son considerados social o culturalmente como un "tabú", lo que agrega estigmatización y vergüenza al sufrimiento de la niña que lo ha padecido, y que por esa razón obstaculiza aún más su derecho a la justicia.<sup>46</sup>

Por ello resulta necesario integrar un enfoque sensible al género y a la infancia en todas las etapas del proceso penal, desde el primer contacto de la niña con el operador judicial o con la policía, hasta la etapa de ejecución de la sanción o medida. Todos los operadores deben garantizar que en las investigaciones y en los procesos judiciales no sólo no se re-victimice a las niñas ni se empleen estereotipos basados en su género, sino que se garantice la protección especial a la que tienen derecho como menores de edad y como niñas, deber que se acentúa debido a que el ámbito de la justicia penal (aún especializada) es un ambiente especialmente intimidante para ellas.

Un factor adicional a considerar es la ausencia notable de una ingeniería institucional que asegure que en el proceso que se inicie respecto de un delito cometido sobre una niña (sobre todo en casos de delitos graves que impliquen violencia), se tome en consideración su condición singular, matiz que, al menos en el derecho argentino, no ha sido abordado hasta la fecha.<sup>47</sup>

---

central se refiere a los deberes de prestación positiva del Estado respecto de una víctima de un delito y, una vez más, intensificado si se trata de una víctima menor de edad." (Beloff, 2010, p. 26).

<sup>46</sup> "La violencia sexual de ninguna manera es excepcional, es frecuente y común. Aun cuando las mujeres no lo hayan dicho, la literatura, la historia, la propia historia de las prohibiciones contra la violación lo afirman. Sus efectos lo demuestran: el miedo de las mujeres, la internalización de actitudes y la clara adopción de tipos de comportamientos (no salir solas, no hablar con extraños, no responder cuando son molestadas) que son implícitamente sumisos y defensivos; o una dependencia a priori (él es mi marido, mi acompañante, mi empleador). Esto es lo que contribuye a la complicidad (¿quizás lo he provocado?), una complicidad fortalecida por la presencia de una relación, quizás, afectiva. Pero no existen dudas de que lo que es considerado violencia sexual, la percepción de acciones y eventos como constitutivos de violencia, ha cambiado con el desarrollo de una cultura feminista y de que esto es —y era— un potente factor en el incremento de la credibilidad de la mujer, en dar a la mujer posibilidades mayores de reconocer, percibir, nombrar a la violencia, y de sentir que se les creería cuando la denuncien" (Pitch, 1989, p. 254).

<sup>47</sup> "V. Derecho a un trato digno y comprensivo: 10. Los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral. 11. Todo niño deberá ser tratado como una persona con sus propias necesidades, deseos y sentimientos personales. 12. La injerencia en la vida privada del niño deberá limitarse al mínimo necesario, manteniéndose al mismo tiempo normas exigentes en la reunión de pruebas a fin de garantizar un resultado justo y equitativo del proceso de justicia. 13. Con el fin de evitar al niño mayores

## VI.

a) Otro tema que debe ser considerado en este análisis y que comienza a aparecer en los diferentes informes es la necesidad de que los Estados trabajen, por un lado, en la prevención del delito de las niñas, cuestión que nos remite al punto de las transformaciones del control social ya mencionado.<sup>48</sup> Las características de las niñas respecto de las cuales falla la prevención e ingresan al sistema de justicia penal como víctimas o perpetradoras han sido estudiadas y documentadas.<sup>49</sup> Los perfiles, como se señaló, son parecidos en todos los países y dan cuenta de historias de vida signadas por el abuso, la violencia, el abandono y la opresión.<sup>50</sup> En concreto, se señala que todas ellas pertenecen a ambientes

---

sufrimientos, las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigación deberán ser realizados por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor. 14. Todas las interacciones descritas en las presentes Directrices deberán realizarse de forma adaptada al niño, en un ambiente adecuado a sus necesidades especiales y según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad. Además, deberán llevarse a cabo en un idioma que el niño hable y entienda.”, Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos. Por su parte, la Corte IDH sostuvo que: “los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.”, Corte IDH, Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas cit. *supra* nota 6, párrafo 408.

<sup>48</sup> “(...) los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia (...)”, *Ibidem*, párrafo 258.

<sup>49</sup> La *Convención Belem do Para* dispone que: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...)”, artículo 7.b). Por su parte, la Corte IDH sostuvo que “El deber de prevención ha sido específicamente señalado respecto a mujeres, inclusive niñas, desde antes de 2001 y mediante instrumentos distintos a la Convención de Belém do Pará, tratado que expresamente lo contempla en el citado artículo 7.b). Por otra parte, las niñas, entre ellas, las adolescentes, requieren medidas especiales de protección (...) [l]a estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia.”, Corte IDH, Caso “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra* nota 7, párrafo 136.

<sup>50</sup> “Girls charged with assaults and domestic battery arising from family violence are, in effect, the new status offender, whose chaotic family situations and human services needs form the backdrop

familiares inestables que se caracterizan por patrones intergeneracionales de adicciones y comisión de delitos, que sufren el impacto de la violencia y el abuso, que presentan déficits cognitivos o de sus coeficientes intelectuales, que padecen los efectos dañinos de la pobreza, que abandonan los sistemas escolares, que tienen afectada su salud física y mental<sup>51</sup>, que son criminalizadas como resultado de su propia vulnerabilidad, y que sufren discriminación (con mayores índices respecto de las minorías sexuales y étnicas).<sup>52</sup>

---

for entry into the juvenile justice system. There has been significantly heightened awareness since 1992 that girls are a subpopulation within juvenile justice requiring specific research, policies, and programs. However, federal leadership has been inconsistent and issue-specific; it has focused, for example, on status offenders or commercial sexual exploitation, allowing the larger systemic and societal issues to remain despite a significant increase in research and understanding of girls' needs and the sorts of interventions that are likely to be successful" (Sherman, 2012, p. 1594-1595). Ver también Sherman, Mendel, Irvine (2013).

<sup>51</sup> "Girls who have experienced childhood trauma may suffer from posttraumatic stress disorder and other mental health disorders such as anxiety or depression, and studies show that up to 81 percent of girls in the juvenile justice system suffer from one or more mental health disorders compared with up to 68.5 percent of boys. A trauma history is not only a background factor for girls in the juvenile justice system, but it can actually drive girls into the system. As a result of their trauma histories, girls in juvenile justice systems are typically known to the child protection, family services, or mental health system long before they are involved in delinquency. Girls in foster placement are more likely to enter the detention system than nonfoster girls as a result of histories of multiple foster home placements, child protection system policies that penalize girls for running away, and inadequate communication across the juvenile justice and child protection systems. All these things contribute to a fragmented personal history and the trauma that stems from consistent disruption. Moreover, the practice of charging girls with minor delinquency when they are viewed as too difficult to handle in the child protection system is longstanding. Given all of this, many girls in the delinquency system are essentially formed by the child protection system. Two of the biggest factors currently driving girls into detention and incarceration—domestic violence and commercial sexual exploitation—are closely linked to trauma and need to be understood and legally framed with an eye to child development. The failure to approach these issues with a developmental frame has resulted in many girls being driven into the justice system to their detriment. Placing girls who are victims of domestic violence and commercial sexual exploitation in secure detention and incarceration is a modern example of the gender bias that has animated the juvenile justice system since its beginning" (Sherman, 2012, pp. 1601-1602).

<sup>52</sup> Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, cit. *supra* nota 17, p. 6. "Like youth of color, girls in the justice system have also experienced bias resulting from the unaccountable exercise of discretion by decision makers throughout the juvenile justice process. For girls, differential treatment has resulted in their arrest, charging, detention, probation, and even secure dispositions for status offenses, misdemeanors, and technical violations of probation and parole. Every day, girls are securely detained for offenses that would not result in detention for a boy. This overuse of secure confinement has been attributed to (1) paternalism among decision makers who try to protect girls from harm; (2) an effort to use the justice system to obtain services for high-need girls; (3) an effort to protect girls from sexual victimization; (4) fear of teen pregnancy and its social costs; (5) fear of girls' expressions of sexuality; and (6) intolerance of girls who are not readily cooperative and compliant. Systemic discretion, with its opportunity for bias, has hit girls of color particularly hard, and black girls have been the swiftest growing group of girls referred to the juvenile courts and entering detention. In 1992, black girls made up 30 percent of girls referred to the juvenile courts, and by 2008, referrals of black girls had increased 72 percent from their 1992 level, making up 35 percent of all girls' referrals. The pattern was even more pronounced in detention. In 1992, black girls made up 35 percent of girls detained—a total of 15,237. By 2002, the number of black girls detained had nearly doubled to 30,009. By 2008, the number of black girls had declined, as it had for girls overall, but it still remained 75 percent higher than the 1992 level. The proportion of black girls in the juvenile justice system is particularly dramatic because they make up only 8 percent of the U.S. population of youth aged ten to seventeen" (Sherman, 2012, p. 1617). Un

Como se indicó, las soluciones que proponen las normas internacionales son dependientes de las normas de las mujeres y, en algunas oportunidades, contienen algunas consideraciones sobre las niñas. En todas ellas se insiste en el problema del acceso a la justicia que se menciona a continuación.

b) En relación con la prevención de los delitos que padecen las niñas, pueden formularse algunos señalamientos. Por un lado, una dificultad sería se encuentra en los *estereotipos de género y culturales* que llevan a los operadores y a la comunidad a considerar que las niñas son más proclives a tener problemas psiquiátricos y a interpretar —en tono justificatorio— que, muchas veces, el propio comportamiento desordenado de la niña es lo que desencadena la conducta del perpetrador.<sup>53</sup>

En esta dinámica basada sobre prejuicios se generan varias dificultades: el miedo de las niñas a que no les crean por considerarlas fabuladoras o mentirosas; el miedo provocado por las amenazas que reciben y que determinan que una vez hecha la denuncia, ellas la retiren; o bien, relacionado con el punto anterior, el miedo a no sentirse protegidas en caso de denunciar o declarar, debido a que no existen mecanismos de protección para aquellas que se animan a hacer una denuncia.<sup>54</sup> Estas dificultades podrían corregirse sin mayores

---

análisis sobre la relación de la justicia juvenil y las niñas afroamericanas puede encontrarse en Nanda (2012).

<sup>53</sup> "Studies suggest that the role of girls' own families has been particularly important in addressing girls' behaviour, with girls being subject to stronger scrutiny and social regulation than boys. At the same time, girls are considered more prone to psychiatric disturbance than boys, which may well influence the way in which the behaviour of women and girls is defined. Officials in the criminal justice system are far from immune to gender-based misperceptions and the influence of societal attitudes. This is compounded by the fact that they often lack awareness of and training on gender equality, the rights of children and effective means of securing their protection. In contexts where discrimination and stigma associated with sexual violence are prevalent, and the risk of being treated with disrespect, subjected to violence or even blamed for their own misfortune is high, very few girls and women turn to police stations or courts to seek justice. A common example of this entrenched prejudice is that of the police officer who dismisses a sexual crime because the girl victim was wearing 'provocative' clothing and was, thereby, seen to be defying a stereotypical norm of modesty. Furthermore, the existence of prejudicial or false beliefs that portray force and coercion as legitimate means of obtaining compliance from women in intimate and sexual situations often leads to rape myth acceptance and to the attribution of blame to girls and women for their own victimization. As a result, girls feel that their credibility is undermined and they come to fear not only stigmatization and reprisals by family or community members, but also re-victimization at any stage of the criminal justice process (...)", Cf. *Safeguarding the rights of girls in the criminal justice system Preventing violence, stigmatization and deprivation of liberty*, cit. *supra* nota 17, p. 10.

<sup>54</sup> "There are, however, considerable challenges to implementing the standard of due diligence. In many situations, addressing incidents of sexual violence continues to be regarded as a social taboo, surrounded by stigma and shame. As a result, such incidents are often concealed and, hence, go unreported. Likewise, fear and lack of trust in the criminal justice system inhibit girls and their families from speaking out and reporting sexual violence, thereby reinforcing this culture of silence. This in turn contributes to a strong sense of impunity (...) Withdrawal of testimonies by victims and witnesses due to lack of protection represents another common challenge in the criminal justice

dificultades, en particular las referidas a la ausencia de medidas de protección. En la medida en la que las niñas se sientan protegidas y confíen en el sistema de justicia, se podrá avanzar también en el orden social y cultural para adoptar todas las medidas necesarias para modificar y eliminar los prejuicios sociales y las prácticas consuetudinarias o de otra índole basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos, que son las que explican los mencionados prejuicios que padecen las niñas.<sup>55</sup>

Otro punto relacionado con el anterior es el de la mala praxis de los operadores y, más específico, el de la corrupción, que resultan más sencillos de abordar y modificar con decisión política. En razón de la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra una niña testigo o una niña víctima de un delito, el Estado debe ofrecer una respuesta multidisciplinaria y coordinada de los operadores, debe capacitar especialmente a la policía, a los fiscales, a los magistrados, y a los servicios de apoyo y acompañamiento<sup>56</sup>, debe asegurar el acceso a una representación letrada adecuada<sup>57</sup>, debe asegurar los medios adecuados que faciliten la declaración testimonial, donde se proteja su intimidad<sup>58</sup>, debe crear oficinas o unidades especiales que se ocupen de dar seguimiento y acompañamiento real a las víctimas en estos casos, debe proteger su identidad y dignidad, y debe garantizar la seguridad durante el procedimiento a fin de contribuir con su bienestar, de acuerdo con las necesidades y respeto de sus derechos, así como de impedir o minimizar su re-victimización.

---

system. Girls are particularly afraid of appearing in court, face to face with their attacker or rapist", *Ibid.*, pp. 9 y 11.

<sup>55</sup> En relación con los estereotipos, la Corte IDH, en el caso "Véliz Franco y otros vs. Guatemala", estableció que se había afectado el deber de no discriminación por el hecho de que funcionarios a cargo de la investigación efectuaron declaraciones que denotaron la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres: "En el presente caso, los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la investigación del caso, en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores. Al respecto, la Corte ya ha tenido ocasión de señalar que la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.", párrafo 213.

<sup>56</sup> "El proceso de justicia y los servicios de apoyo a disposición de los niños víctimas y testigos de delitos y de sus familias deberán tener en cuenta la edad, los deseos, el nivel de comprensión, el sexo, la orientación sexual, las circunstancias étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas y sociales, la casta, la situación socioeconómica y la condición de inmigrante o refugiado del niño, y también sus necesidades especiales, incluidas las relacionadas con su salud, sus aptitudes y su capacidad. Se deberá impartir a los profesionales capacitación y educación con respecto a esas diferencias.", *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos*, Directriz 16.

<sup>57</sup> *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos*, Directrices 22/25.

<sup>58</sup> *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos*, Directrices 26/28.

Debe tenerse presente que las niñas testigos y víctimas muchas veces devienen tales por la violencia que padecen cuando se encuentran en dispositivos penales juveniles a los que ingresaron originalmente como imputadas, con lo que la intervención estatal original en lugar de asegurar su reintegración social, agravó su situación de vulnerabilidad.

En síntesis, los Estados deben garantizar a las niñas testigos y víctimas mecanismos judiciales adecuados y eficaces, un pronto acceso a la justicia, medidas de protección, asistencia y un acompañamiento que les asegure justicia en el caso y les permita la reparación del daño sufrido.<sup>59</sup>

Las propuestas que ofrecen los documentos internacionales se basan, en lo general, sobre el fortalecimiento de la educación, el empoderamiento de la niña, y las campañas de monitoreo y concientización para cambiar los estereotipos de género perjudiciales de modo de generar mayor *accountability*, específicamente, en materia penal, proponen implementar programas de entrenamiento y unidades especializadas, asegurar mecanismos de justicia restaurativa y programas en las comunidades junto con sistemas de justicia informal (los que a su vez plantean una serie de problemas que no resulta posible examinar aquí), terminar con la impunidad en estos casos que son claramente identificables<sup>60</sup>, e instaurar mecanismos de reportes y quejas.

<sup>59</sup> La Corte IDH sostuvo que la obligación de proteger el interés superior del niño en aquellos procedimientos en los que estén involucrados menores de edad implica varias medidas, tales como: "(...) i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades, ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.", Cf. Corte IDH, Caso "Rosendo Cantú y otra vs. México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra* nota 3, párrafo 201.

<sup>60</sup> "al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran 'voladas' o que 'se fueron con el novio', lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Al respecto, el Tribunal resalta lo precisado por la Comisión Interamericana en su informe temático sobre 'Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia' en el sentido de que [l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos

La violencia de las niñas dentro de la justicia juvenil no es un territorio invisible ni imposible de abordar por sus dificultades. Cuando una niña se anima a hacer una denuncia ya salió del ostracismo y de la oscuridad. Se empoderó, razón por la cual el deber del Estado se hiper-intensifica, no sólo porque hasta ese momento no se ocupó de evitar que la niña sufriera violencia, sino porque a partir de su denuncia, paradójicamente, tiene la oportunidad, por lo menos, de repararla mínimamente y de acompañarla en un proceso que le devuelva las oportunidades a las que siempre tuvo derecho, pero con las que quizás nunca contó.

## VII.

Las reformas legales e institucionales orientadas a garantizar derechos humanos son procesos permanentes. En América Latina hemos aprendido esa lección. No bastó con cambiar la ley para modificar la realidad de los derechos de los niños. Entendimos que la ley no es un punto de llegada, pero es una herramienta importante para visibilizar los temas, modificar los enfoques, asegurar la sustentabilidad de las políticas y garantizar la exigibilidad de los derechos.

Ahora bien, más allá de que la vigencia y garantía de los derechos requiera un constante ajuste legislativo dados los cambios sociales, culturales, tecnológicos y políticos que caracterizan a las sociedades contemporáneas, no se trata de sacar leyes por el mero hecho de aprobarlas o para generar la ilusión de que algo se hace para dar respuesta a alguna problemática social. En el largo plazo, esa práctica de “fuego artificial” no sólo es ineficaz como solución, sino que debilita el reclamo por los derechos y la confianza de la sociedad en la ley como herramienta central para asegurar la mejor convivencia posible.

---

violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones.”, Corte IDH, Caso González y otras (“Campo algodonoero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas cit. Supra nota, párrafo 400. En este sentido, agregó que: “(...) el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.”, *Ibíd.*, párrafo 401.

En ese sentido, en algunos países, para evitar la proliferación legislativa injustificada, se realizan mediciones de impacto eventual sobre los destinatarios de las normas, en este caso, los niños y niñas. En otras palabras, antes de aprobar una ley, se realizan estudios empíricos para evaluar qué ley se necesita y con qué características. Más allá de la repetición de teorías en las que la región parece ser experta, América Latina podría avanzar notablemente si iniciara el camino de evaluación empírica como presupuesto de cualquier reforma legal.

En el tema que analizamos es claro que existe una dificultad en el sistema internacional de protección de derechos humanos que impide afirmar que exista un *corpus iuris* robusto de protección de derechos de las niñas porque, como se indicó, las normas vinculadas con su protección derivan de normas de protección a los niños o bien, a las mujeres. No hemos sido capaces de pensar el *status* ontológico de la niña como niña la cual, por definición, es diferente de la mujer y del niño, y, en consecuencia, más vulnerable a diferentes formas de violencia, de maltrato y de opresión. Si bien se ha avanzado, subsiste la dificultad de que las sociedades mantienen aún muchas características atávicas y prejuicios, las que demoran, en mi opinión, la producción de normas fuertes de garantías de los derechos de las niñas.

Esta ausencia o vacío de normas y regulaciones específicas sobre las niñas, incluidas las niñas en los sistemas penales juveniles, contribuye a la invisibilización de los problemas de este grupo especialmente vulnerable y complejiza los reclamos basados en ellas por condición de tales (no sólo como menores de edad o como parte del colectivo femenino).

En este sentido, para concluir, me permito sugerir que los organismos encargados de proponer iniciativas ante la Asamblea General evalúen la necesidad de elaborar de un *Cuarto Protocolo a la Convención sobre los Derechos del Niño* que trate exclusivamente sobre los derechos de las niñas.

### **Bibliografía:**

- BELOFF, M. (2010). "El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado". En AA. VV., *Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Buenos Aires: JUFEJUS, ADC, UNICEF.
- (2016). *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*. Buenos Aires: Ad Hoc.

- (2017). *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BELOFF, M., y CLÉRICO, M. (2016). "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana." En *Revista Estudios Constitucionales*, 14, 1, 139-178.
- CHESNEY-LIND M., MORASH, M. Y STEVENS, T. (2008). "Girls' Troubles, Girls' Delinquency and Gender Responsive Programming: A Review". En: *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 41, 1, 162-189.
- EDWARDS, J. (2010). "A lesson in unintended consequences: How juvenile justice and domestic violence reforms harm girls in violent family situations (and how to help them)". En: *Legal Scholarship Repository*.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1994). "Desde la modesta propuesta de J. Swift a las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños." En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derechos*, 15-16, II.
- NANDA, J. (2012). "Blind Discretion: Girls of Color & Delinquency in the Juvenile Justice System". En: *UCLA Law Review*, 59,6, 1503-1539.
- PASKO, L. (2010). "Damaged Daughters: The History of Girls ' Sexuality and the Juvenile Justice System". En: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 100.
- PITCH, T. (1998). *Un diritto per due*. Milán: il Saggiatore.
- (1989). *Responsabilita limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*. Milano: Feltrinelli.
- PUZZANCHERA, C. (2009). "Juvenile Arrests 2008". *Juvenile Justice Bulletin*. Washington: Office of Juvenile Justice & Delinquency Prevention.
- PUZZANCHERA, C. (2014). "Juvenil arrests 2012". *Juvenile Offenders and victims: National Report Series Bulletin*. Washington: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention Programs y Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.
- SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA CON EL APOYO DEL FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (2015). *Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal*.
- SHERMAN, F. (2005). *Pathways to juvenile detention reform — Detention reform and girls*. Baltimore: Annie E. Casey Foundation.
- SHERMAN, F. (2012). "Justice for Girls: Are We Making Progress?" En: *U.C.L.A. Law Review*, 59, 6, 1584-1628.

- SHERMAN, F., MENDEL, R., y IRVINE, A. (2013). *Making Detention Reform Work for Girls*. Juvenile Detention Alternatives Initiative a project of the Annie E. Casey Foundation.
- SHERMAN, F. y BALCK, A. (2015). *Gender Injustice: System-Level Juvenile Justice Reforms for Girls*. The National Crittenton Foundation.
- SICKMUND, M., SLADKY, A. y KANG, W. (2015). "Easy Access to Juvenile Court Statistics: 1985-2013". Sitio web: <http://www.ojjdp.gov/ojstatbb/ezajcs/> [Consulta: 8/12/2017].
- TERRAGNI, M. (2015). *El principio de especialidad en la justicia de menores a través de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- WATSON, L., y EDELMAN, P. (2012). *Improving the Juvenile Justice System for Girls: Lessons from the States*. Georgetown Center on Poverty Inequality and Public Policy.
- ZAHN, M. A., et. al. (2008). *Violence by Teenage Girls: Trends and Context*. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.
- ZAHN, M. (ed.) (2009). *The delinquent girl*. Temple University Press.
- ZAVLEK S. y MANIGLIA R. (2007). "Developing Correctional Facilities for Female Juvenile Offenders: Design and Programmatic Considerations". En *Corrections Today*. American Correctional Association.

## HACIA UNA IGUALDAD TRANSFORMADORA EN LAS PRODUCCIONES DE LA CORTE Y DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DERECHOS SOCIALES, MUJERES Y MAQUILAS

Por Natalia Bórquez

Recibido: 21/06/17

Aprobado: 28/08/17

### RESUMEN

En este estudio, analizo la relación existente entre violencia contra las mujeres y la falta de acceso a derechos económicos, sociales y culturales. Se toma como ejemplo el contexto de la maquila marcado por la precarización laboral de sus trabajadoras. La hipótesis que se sostiene es que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CoIDH" o "Corte") como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH" o "Comisión") en casos contenciosos relacionados con la maquila invisibiliza la situación de violencia de género ocasionada por la falta de acceso real de las mujeres trabajadoras a los derechos sociales. Esto contrasta con informes más recientes de la CIDH en donde la maquila aparece en forma expresa como expresión de la desigualdad estructural de la que son objeto las mujeres en el acceso al mundo del trabajo y en el lugar de trabajo.

### PALABRAS CLAVE

Derechos Sociales-Sistema Interamericano de Derechos Humanos-Maquilas-  
Violencia contra las mujeres

**TOWARDS TRANSFORMATIVE EQUALITY IN THE WORK OF THE  
INTER-AMERICAN COURT AND COMMISSION OF HUMAN RIGHTS.  
SOCIAL RIGHTS, WOMEN AND MAQUILAS**

**by Natalia Bórquez**

**ABSTRACT**

In this study I analyse the relationship between violence against women and the lack of access to economic, social and cultural rights. In this context the example of the Maquilas, marked by the precarious labour conditions of its female workers, will be in the focus of research. The hypothesis is that both the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter "IACourtHR" or "Court") and the Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter "IACHR" or "Commission") in contentious cases related to the Maquilas ignore the situation of gender violence caused by the lack of real access to social rights. This contrasts with more recent reports of the IACHR in which the Maquilas particularly appear as an expression of the structural inequality that women are subjected to in the access to work and in the workplace.

**KEYWORDS**

Social Rights-Inter American System of Human Rights-Maquilas-Violence against women

## HACIA UNA IGUALDAD TRANSFORMADORA EN LAS PRODUCCIONES DE LA CORTE Y DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DERECHOS SOCIALES, MUJERES Y MAQUILAS

Por Natalia Bórquez\*

### I. Introducción

En este artículo abordaré la violencia hacia las mujeres en contextos de desigualdad estructural como la de la Maquila en México y Centroamérica, por la falta de acceso a derechos sociales que expone a las mujeres a una mayor vulnerabilidad a la violencia.

El objetivo de esta investigación es demostrar, a través de los distintos trabajos de la Corte Interamericana de derechos Humanos (en adelante "Corte" o "CoIDH") y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH"), la existencia o no de una visión integral de desigualdad estructural que comprenda la dimensión económica y social de las mujeres víctimas de violencia en el contexto de la maquila. Esto es importante, ya que trae consigo un mayor impacto tanto respecto a las víctimas como en la erradicación de la violencia contra las mujeres en la región.

El presente artículo se organiza en nueve apartados. En el apartado número dos trataré la desigualdad estructural y pobreza que afecta de manera particular a mujeres en la región. Se pretende con ello visibilizar el impacto diferenciado que la economía puede tener respecto a las mujeres, tanto en el ámbito público como privado. Luego, en el apartado tres veré la precarización laboral (falta de acceso a derechos sociales) y violencia de la que son objeto las mujeres trabajadoras de la maquila y como ambos aspectos se relacionan entre sí creando una especial vulnerabilidad. Ello nos permitirá además entender de mejor manera el por qué hablamos de una discriminación sistemática en el caso de estas trabajadoras.

En el apartado cuatro veremos la importancia de trascender a una igualdad que comprenda a grupos que son objeto de discriminación sistemática

---

\* Abogada por la Universidad de Concepción (UdeC), Chile, Máster en Derechos Humanos por la Universidad de Erlangen-Núremberg, Alemania (FAU). Este artículo está basado en el trabajo de tesis de magister titulado *"Towards Transformative Equality in the Work of the IACtHR and the IACHR. Social rights and vulnerability of women to violence"* bajo la supervisión de la Profesora Dr. Laura Clérico (UBA/FAU). E-mail: nborquezv@gmail.com

como las trabajadoras de la maquila. Por su parte, el apartado cinco comprende un tema relacionado con el principio de igualdad y no discriminación, esto es, la interseccionalidad de diversos sistemas de opresión. Con ello se plantea su importancia en el tratamiento de la violencia contra las mujeres, ya que la intersección de diversos sistemas de opresión genera una discriminación con características especiales que no puede ser ignorado al momento de abordar dicha violencia.

A su vez, la autora Sandra Fredman plantea la generización de derechos económicos, sociales y culturales para el logro de verdaderos cambios estructurales. Ello será abordado en el apartado seis, mediante el planteamiento de los distintos modelos expuestos por Fredman y cómo debemos aspirar a aquel modelo que implique una verdadera fusión entre derechos sociales e igualdad desde sus dimensiones redistributivas, de reconocimiento, de participación y transformación.

En el apartado siete se analizarán los trabajos contenciosos de la CoIDH y CIDH que tengan como víctimas a trabajadoras de la maquila. Con ello podremos determinar si en definitiva la mirada, tanto de la corte como de la comisión, ha sido integral en el abordaje de la desigualdad estructural de la que son víctimas mujeres de la maquila. Por otro lado, en el apartado ocho veremos los informes más recientes de la CIDH, tanto temáticos, como de aquellos países en que opera la maquila. Esto nos permitirá llevar a cabo un contraste con el trabajo contencioso de la CoIDH y la CIDH.

Finalmente, en el apartado nueve presento algunas reflexiones en torno a la importancia de una visión integral en materia de desigualdad estructural y como el rol del SIDH es fundamental en el tratamiento de esta desigualdad.

## II. Desigualdad estructural y pobreza en la región

América Latina y el Caribe se caracterizan por ser regiones con los más altos índices de desigualdad del mundo. Esto, a pesar del crecimiento económico de la última década (CIDH, 2016, párr.257).

En el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016) el juez Mac-Gregor de la Corte IDH determinó (solo a modo enunciativo) que estábamos ante una discriminación estructural cuando se presentan los siguientes elementos:

“i) un grupo o grupos de personas que tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias, pudiendo ser este grupo de personas minoría o mayoría; ii) que estos grupos se han encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impiden acceder a condiciones básicas de desarrollo humano; iii) que la situación de exclusión, marginación o subordinación se centra en una zona geográfica determinada o bien puede ser generalizada en todo el territorio de un Estado que en algunos casos puede ser intergeneracional, y iv) que las personas pertenecientes a estos grupos, sin importar la intención de la norma, la neutralidad o la mención expresa de alguna distinción o restricción explícita basada en las enunciaciones e interpretaciones del artículo 1.1 de la Convención Americana, son víctimas de discriminación indirecta o bien de discriminación de facto, por las actuaciones o aplicación de medidas o acciones implementadas por el Estado” (párr.80).

Si bien son muchos los grupos que cumplen con estas características, encontrándose en una desventaja histórica y sistemática en nuestra región, el objeto de este trabajo será centrarnos en la realidad de un grupo de mujeres subsumidas en la marginalización e invisibilización de una realidad moldeada por la falta de acceso efectivo a derechos económicos y sociales.

La desigualdad estructural que afecta a mujeres pobres en contextos como los de México y Centroamérica suele atribuirse principalmente a la perpetuación de culturas ampliamente patriarcales en que la mujer ocupa un rol de subordinación respecto al hombre, lo que explicaría además su mayor susceptibilidad frente a la violencia. Sin embargo, agotar la discusión en solo un enfoque cultural sería desconocer el rol que le cabe en la construcción de esta desigualdad a otros factores como las estructuras económicas y políticas imperantes que permiten justificar la falta de acceso efectivo a derechos económicos y sociales por parte de determinados grupos.

De acuerdo a Fraser existirían dos tipos de injusticia que permiten explicar el origen de las desigualdades. Por un lado, la *injusticia cultural o simbólica*, que se expresaría a través de patrones culturales dominantes; y por otro lado una *injusticia socioeconómica* que se puede encontrar en la estructura político socioeconómica que influye en la distribución de bienes (Fraser, 1995, p.23).

Esta distribución de bienes ha tenido mayores repercusiones en el caso de las mujeres. No es novedad por tanto que exista una tendencia mundial hacia la “feminización de la pobreza”<sup>1</sup>. El término nace a fines de los años 70 en EEUU para referirse principalmente al incremento femenino en la jefatura familiar generando con ello una disminución en los ingresos de las mujeres (Aguilar, 2011, p.127). Parte de la doctrina ha utilizado este término para explicar el impacto que la economía como la globalización del comercio ha tenido en las mujeres, y que ha sido diferente con respecto a los hombres (Muñoz, 2011, p.24).

En el caso de las mujeres y niñas, la pobreza y exclusión económica y social las posicionan ante una mayor vulnerabilidad a la violencia (CIDH, 2014, párr.8). Hoy estamos ante un orden económico que no solo invisibiliza a la mujer, sino que está construido de tal forma de darle menor valor a lo femenino. No existen discursos oficiales que abarquen las desigualdades que afectan a minorías y en especial a las mujeres (Gilman, 2016, p.20).

La desvalorización de lo femenino está sustentado en la marcada división de roles existentes entre el hombre y la mujer. Es lo que se conoce como “*estereotipos de género*” que implica que características, capacidades, comportamientos o roles tanto de hombres como de mujeres son inmutables (Cook, 2011, p.37). Estos estereotipos se construyen sin siquiera ahondar en las características o capacidades personales.

De acuerdo a los estereotipos de género la mujer siempre ha pertenecido al ámbito privado, el cual carece de valor. En cambio el hombre pertenece al ámbito público, el cual es valorado socialmente y en el cual es retribuido económicamente. Los estereotipos permiten las asimetrías de poder y que las mujeres continúen en una posición de subordinación (Cardoso, 2015, p.33).

La CIDH en su Informe sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en la Américas* (2007) estableció que la subordinación o roles tradicionales a los que se encuentran sujetos las mujeres no hacen más que perpetuar la violencia en su contra.

No es casualidad por tanto que industrias como la maquila surjan en un contexto de desigualdad estructural que se refiere a la falta de reconocimiento

---

<sup>1</sup> El término “feminización de la pobreza” empieza a tomar protagonismo internacional a partir de la Conferencia de Beijing en el año 1995. MUÑOZ, P. (2011). “Violencias Interseccionales. Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres en Latinoamérica”. CAWN, p. 24.

de los efectos de determinadas prácticas o políticas en determinados grupos vulnerables (Makkonen, 2002, p.14).

### III. La precarización laboral y violencia hacia las mujeres de la maquila

De acuerdo a la CIDH seis de cada diez hogares en Centroamérica se encuentran en situación de pobreza (CIDH, 2016, párr. 255). Esto conlleva a una mayor segregación de la población que trae consigo una mayor violencia y criminalidad que no solo termina afectando la calidad de vida de los habitantes, sino que provoca una mayor vulnerabilidad social de los mismos.

Con esta premisa, podemos decir que lo que caracteriza principalmente al contexto de la maquila son los altos índices de violencia y pobreza de las ciudades en que se encuentra<sup>2</sup>.

Este incremento en la desigualdad socioeconómica generado por la discriminación en el acceso efectivo a derechos económicos y sociales por grupos históricamente vulnerables no puede ser ignorado a la hora de abordar la violencia. La misma Convención Belém do Pará reconoce la relación existente entre la violencia hacia las mujeres y la dificultad en el ejercicio efectivo tanto de derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales<sup>3</sup>.

Por otro lado el origen social también supone una mayor estereotipación contra las mujeres en caso de ser víctimas de violencia por razones de género. En el caso *Velásquez Paiz vs. Guatemala* (2015) la Corte IDH determinó que la falta de investigación respecto a la desaparición y posterior muerte de Claudina Velásquez se debió a una estereotipación en torno a su origen social basado en su vestimenta y lugar en que fue hallado su cuerpo (p.67).

Se ha demostrado además que tanto la pobreza como la desigualdad de ingresos pueden ser reducidas considerablemente mediante el incentivo tanto en la participación femenina laboral como en el aumento de sus ingresos laborales (CEPAL, 2016, p.9).

Sin embargo, la apertura laboral para las mujeres ha generado solo una mayor carga de trabajo que limita las oportunidades laborales. Con ello la mujer pobre solo puede aspirar a trabajos parciales o precarios (Fredman, 2010) y las

<sup>2</sup> De acuerdo a la ONU la tasa de homicidio en el año 2015 en El Salvador fue de 108 personas por cada 100.000 habitantes; en Honduras de 63 por cada 100.000 habitantes y en Guatemala de 35 por cada 100.000 habitantes.

<sup>3</sup> Véase Preámbulo, artículos 4 y 5.

posibilidades de avanzar dentro del mercado laboral se tornan prácticamente nulas.

El que se considere a las mujeres como las principales responsables de la tarea de cuidado contribuye a la discriminación laboral en la cual los parámetros están definidos por la norma masculina (Gilman, 2016, p.14).

Junto a la desvalorización laboral de la mujer surgen también nuevas formas de violencia en su contra<sup>4</sup>.

La forma más extrema de violencia contra las mujeres es el femicidio o feminicidio y se refiere al asesinato de mujeres por el solo hecho de serlo (Muñoz, 2011, p.20).

Los altos índices de femicidio en México y Centroamérica ocurren frecuentemente en contextos de precarización laboral y falta de acceso efectivo a derechos económicos y sociales.

La maquila aparece como una expresión de esta desigualdad y que contribuye a la indiferencia frente a la violencia hacia las mujeres en una sociedad en que ésta es desvalorizada o considerada ciudadana de segunda clase.

La ventaja geográfica de la que goza Centroamérica impulsó en los años 80 la inversión de transnacionales, entre las que encontramos las de textil y vestuario<sup>5</sup>. Las exoneraciones arancelarias y tributarias aplicadas a estas transnacionales hicieron aún más atractiva la inversión en la región. Sin embargo, el financiamiento de políticas públicas disminuyó, afectando principalmente a grupos vulnerables.

La consolidación definitiva de la industria de la maquila ocurre en los 80 en México y en los 90 en Centroamérica<sup>6</sup>.

Acuerdos económicos promovidos por Estados Unidos como la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (1983) o tratados más recientes como el RD-CAFTA no

---

<sup>4</sup> No toda la violencia que se ejerza en contra de una mujer va a necesariamente encuadrarse dentro de violencia por razones de género. De acuerdo a la CIDH en la práctica muchas veces puede resultar complejo acreditar tal razón. Por lo mismo es necesario una investigación adecuada que permita esclarecer que se trata de violencia por razones de género. Por ejemplo de acuerdo a la comisión ello se puede determinar cuando existen rastros de violencia sexual, ensañamiento contra el cuerpo de la mujer o cuando ocurre respecto a una localidad con un marcado contexto de violencia contra las mujeres.

<sup>5</sup> Para más información ver: "Situación de los derechos humanos laborales de las trabajadoras de las maquilas centroamericanas" de Asociación Mujeres Transformando (2016) y "Las trabajadoras(es) de la industria maquiladora en Centroamérica" del Equipo de Investigaciones Laborales y la Red de Solidaridad de la Maquila (2016).

<sup>6</sup> "Situación de los derechos de los trabajadores de la maquila en América Central", Sesión 128; 18 de julio de 2007 ante la CIDH.

solo aumentaron las inversiones, también le dieron a la industria privada en un rol protagónico con ausencia de intervención estatal.

Se denomina maquila a aquella industria que importa materia prima y maquinaria para la elaboración de productos que se destinan a exportación. Las producciones de la maquila varían desde el negocio textil, aparatos electrónicos, muebles, productos químicos, juguetes y otras manufacturas. Sin embargo, la producción se concentra mayormente en el área textil (Pantaleo, 2006, p.14).

La industria de la maquila y sus exportaciones desde Centroamérica a Estados Unidos ocupa hoy en día el cuarto nivel mundial en millones de dólares.

El aumento de la competitividad entre los países de la región ha determinado también una mayor presión en reducir los costos laborales, que ha implicado una disminución de los salarios como de las condiciones laborales de los y las trabajadoras.

Si bien la apertura comercial a través de diversos tratados comerciales ha significado una mayor incorporación de las mujeres al mercado laboral, esta incorporación ha sido mayormente en trabajos precarios como los de la industria textil o agroindustria.

En El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua el porcentaje de mujeres trabajando en la industria de la maquila alcanza el 60%.<sup>7</sup>

El perfil de la mujer trabajadora de la maquila es de una mujer joven<sup>8</sup>, pobre, sin educación o con educación deficiente, y que por lo mismo no pueden aspirar a mejores opciones laborales. Tenemos un perfil específico en que la pobreza se transforma en un aspecto fundamental y que las hace aún más vulnerable tanto a la violencia como a la violación de sus derechos laborales (Corte IDH, 2016, párr.339).

La precariedad laboral en la maquila está presente desde el acceso de las mujeres a la industria, momento en el cual se les realizan exámenes de embarazo a fin de ser contratadas.<sup>9</sup>

En cuanto a estabilidad laboral, es un derecho vulnerado ya que existe una gran movilidad laboral, la preferencia de contratos temporales por sobre los indefinidos y el gran número de despidos injustificados.

---

<sup>7</sup> "Situación de los derechos humanos laborales de las trabajadoras de las maquilas centroamericanas" de Asociación Mujeres Transformando (2016, p. 32).

<sup>8</sup> Entre los 18 y 24 años.

<sup>9</sup> Para más información respecto a la precariedad laboral de las trabajadoras de la maquila ver: "Situación de los derechos humanos laborales de las trabajadoras de las maquilas centroamericanas" de Asociación Mujeres Transformando (2016), supra nota 7.

Respecto a la jornada laboral esta excede de las 8 horas diarias y 44 horas semanales e implica el cumplimiento de metas inalcanzables establecidas unilateralmente por la empresa.

Por otro lado, la paulatina incorporación de sindicatos en la empresa ha significado un mayor respeto por los derechos laborales. Sin embargo el sindicalismo es visto como una amenaza. Esto ha llevado a prácticas estatales y patronales que buscan desarticular los pocos sindicatos existentes en la región.

La fiscalización de estas empresas resulta ser débil. Los empresarios de la maquila prefieren pagar la multa antes de cumplir con la legislación laboral. Además existe complicidad por parte de los funcionarios del Ministerio del Trabajo que instan a la trabajadora despedida a recibir una indemnización inferior a la correspondiente por ley, esto a pesar de ser un derecho irrenunciable y no negociable.<sup>10</sup>

Respecto al acceso a la justicia por parte de las trabajadoras este se obstaculiza por la falta de neutralidad del aparato judicial, falta de recursos de las trabajadoras y dilación de los juicios<sup>11</sup>.

En las maquilas no existen políticas ni medidas de higiene y protección a la seguridad laboral. Las trabajadoras están expuestas a sustancias nocivas, ruido, temperaturas no adecuadas, posiciones forzadas y movimientos repetitivos<sup>12</sup>.

El cumplimiento de metas inalcanzables, la violencia laboral y la falta de descanso terminan por perjudicar la salud de las trabajadoras.

Lo anterior denota no solo una falta de cumplimiento de la legislación laboral por parte de estas empresas, sino además un abandono e incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado en que opera la maquila.

Además de la vulneración de derechos laborales, la violencia hacia la mujer trabajadora se manifiesta de diversas formas. Existe violencia física, verbal y sexual por parte de los empleadores. Esta violencia desvaloriza a la trabajadora y le hace creer que no es sujeto de derechos y por tanto nada puede exigir. La

---

<sup>10</sup> "Situación de los derechos de los trabajadores de la maquila en América Central", Sesión 128; 18 de julio de 2007 ante la CIDH. Supra nota 6.

<sup>11</sup> "Situación de los derechos humanos laborales de las trabajadoras de las maquilas centroamericanas" de Asociación Mujeres Transformando (2016, p. 71).

<sup>12</sup> "Situación de los derechos de los trabajadores de la maquila en América Central", Sesión 128; 18 de julio de 2007 ante la CIDH. Supra nota 6.

denuncia del acoso sexual no suele hacerse debido a los estereotipos que existen hacia la denunciante<sup>13</sup>.

Las trabajadoras son alentadas por los altos mandos a vestir de manera sensual y frecuentemente se realizan concursos de belleza dentro de la maquila. Todo ello lleva a la sexualización de la mujer en la maquila. Esta sexualización tiene estrecha relación con la violencia hacia la mujer que ocurre tanto dentro como fuera de la maquila.

Fuera de la maquila el asesinato, tortura y violación de las mujeres es común. Muchas trabajadoras tienen trabajos alternativos en bares, algunas ejercen la prostitución, con lo que se construye socialmente un estereotipo de mujer fácil, problemática, que no cumple con los roles tradicionales y por tanto merece la violencia de la que es objeto (Pantaleo, 2006, p.17).

En el caso *Campo Algodonero vs. México* (2009), cuando la madre de una de las víctimas reporta el desaparecimiento de su hija parte de las respuestas de la autoridad iba en torno a restarle importancia a la desaparición (párr.198).

La incorporación de la mujer en la maquila también ha incrementado la violencia dentro del hogar. La mujer se apartó del rol tradicional pasando a ser en muchas ocasiones incluso proveedora del hogar. Esto genera mayor violencia al tratar el hombre de recuperar su rol de poder sobre la mujer.

El rol que la maquila ocupa en la producción nacional de estos países nos responde en parte la interrogante de la falta de inactividad estatal en las investigaciones de los casos de violencia, como en la desprotección laboral de estas mujeres (Pantaleo, 2006, p.21).

De acuerdo a Weissman, en el caso de Ciudad de Juárez cuyos femicidios han estado marcados por la impunidad "Las reivindicaciones de sistemas jurídicos más fuertes en respuesta a los asesinatos deben reconocer primero las formas en que el derecho ha aceptado las fuerzas del mercado y, por lo tanto, ha contribuido a las condiciones socioeconómicas que producen la violencia"<sup>14</sup> (Weissman, 2005, p.857).

Los Estados pasan por alto no solo el incumplimiento de la legislación laboral por parte de estos agentes privados, sino además la cultura de violencia que existe dentro de la maquila y que trasciende el área de trabajo. El *Working*

<sup>13</sup> "Situación de los derechos humanos laborales de las trabajadoras de las maquilas centroamericanas" de Asociación Mujeres Transformando (2016, p. 65).

<sup>14</sup> Traducción hecha por la autora de este artículo.

*Group on the issue of discrimination against women in law and in practice* ya ha señalado en uno de sus informes que "El Estado tiene una obligación de debida diligencia para prevenir la discriminación contra la mujer en la vida económica y social por parte de personas o entidades privadas"<sup>15</sup> (2014, párr.8).

#### **IV. Hacia una igualdad que comprenda a los grupos históricamente marginalizados de la región**

El principio de igualdad como no discriminación constituye el eje central tanto del sistema internacional como del sistema interamericano de derechos humanos y su estudio nos permitirá comprender el tratamiento de la desigualdad estructural de la que son objeto las mujeres pobres en la región, y en particular las mujeres trabajadoras de la maquila.

El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)". Por su parte, el artículo 2 establece la prohibición de hacer distinciones en razón "de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

A nivel regional el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la prohibición de discriminación (y no *distinción* como se refiere el instrumento universal) "por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Este artículo consagra la obligación estatal de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en la Convención Americana sin discriminación. Es destacable la mención al estatus económico como causal de discriminación. El artículo 1 debe relacionarse además con el artículo 24 del mismo cuerpo normativo que señala que todas las personas son iguales ante la ley.

La Corte IDH también ha tratado el principio de igualdad y no discriminación. Por ejemplo en opinión consultiva relativa a la propuesta de

<sup>15</sup> Traducción hecha por la autora de este artículo.

modificación de la naturalización en la Constitución Política de Costa Rica la Corte señaló que:

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza” (Corte IDH, 1984, párr.55).

En el caso de la CIDH, la demanda presentada para el caso *Atala vs. Chile* (2012) nos permite ver el tratamiento en materia de igualdad y no discriminación (Ushakova, 2013, p.66):

“Sin perjuicio de ello, el desarrollo del derecho a la igualdad y no discriminación permite identificar varias concepciones del mismo. Por ejemplo, una concepción es la relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria-entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia – y otras es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (...)”.

Aquí se visibiliza la existencia de grupos históricamente vulnerables y como el examen de igualdad debe ser efectivo respecto a estos grupos (Ushakova, 2013, p. 66).

Existen básicamente dos enfoques dominantes sobre igualdad. Uno de igualdad formal y otro más reciente que es el de igualdad sustantiva.

La igualdad formal es la noción más insuficiente de igualdad, ya que implica tratar a todos aquellos que pertenecen a la clasificación hecha por el legislador de la misma forma. Un primer conflicto es que no comprende la desigualdad estructural que soportan ciertos grupos de personas. En el caso de las desigualdades de género, el examen de igualdad formal no considera las diferencias entre géneros o la multiplicidad de factores de discriminación que se pueden intersectar.

La igualdad formal además puede conducir a una discriminación indirecta que implica que la aparente neutralidad de una norma o prácticas terminan por perjudicar a un grupo históricamente discriminado (Corte IDH, 2016, párr.78).

Desde una perspectiva de género y de acuerdo a MacKinnon (1991, p.81)<sup>16</sup> la equiparación entre igualdad de género e igualdad de trato nos lleva necesariamente a dos caminos equívocos. Un primer camino que estaría planteado por el *"modelo de similitud"* en que las mujeres aspiran a ser iguales a los hombres y otro camino denominado como el *"modelo de la diferencia"* en que las mujeres pretenden ser diferentes a los hombres. El problema que se presenta es la conformación por el parámetro masculino (Fredman, 2010).

Esta concepción de igualdad desde una perspectiva liberal debe ser superada si queremos afrontar los casos más actuales y complejos de desigualdad estructural.

La igualdad sustantiva es más compleja en este sentido y tiene potencial para abarcar las nuevas formas de discriminación.

En esta igualdad toda diferenciación que se haga debe ser justificada de manera objetiva y razonable, es por tanto un examen exigente. Se debe realizar un examen de proporcionalidad "para determinar si el criterio de distinción que genera las categorías o grupos (medida estatal) tiene relación con las finalidades (razones) de la norma". El examen de proporcionalidad está conformado además por un subexamen de idoneidad (*¿la clasificación logra la promoción de fines estatales?*); subexamen de medios alternativos (*¿existe un medio alternativo para evitar el trato desigualitario?*); y el subexamen de proporcionalidad en sentido estricto (*¿la limitación a la igualdad y derechos es mayor que las razones justificatorias de la clasificación del legislador?*) (Clérico, Ronconi y Aldao, 2013, p.118).

Sin embargo, cuando hablamos de grupos históricamente discriminados y no de discriminaciones aisladas el examen de igualdad debería trascender hacia una igualdad como no dominación o no sometimiento (Clérico, Ronconi y Aldao, 2013, p.116). Con ello se responde a prácticas de discriminación sistemática soportadas por estos grupos de personas. Grupos que han estado históricamente ausentes del poder, del ámbito público y que solo podrían ejercer sus derechos en condiciones de igualdad mediante un accionar positivo del Estado (Añon,

---

<sup>16</sup> En Barrere y Morondo (2011, p. 24).

2013, p.132). Abramovich habla de un accionar que posea una mayor intensidad, ya que tenemos que considerar que estamos ante grupos desventajados en lo que respecta al acceso de derechos básicos (Abramovich, 2009, p.17).

Además, para que estemos ante un examen de igualdad completo debemos considerar aspectos como la redistribución, el reconocimiento y la participación.

Mediante la redistribución se corrigen las desventajas; con el reconocimiento se enfrentan los *"estereotipos, prejuicios, humillación y violencia"*; la participación también es relevante para el logro de una igualdad sustantiva y por ultimo habría que agregar además la dimensión transformativa que implicaría una modificación estructural que permita adaptar las diferencias (Fredman, 2016, p. 1).

## **V. Intersección entre distintos sistemas de opresión**

Los distintos sistemas de opresión existentes y la intersección entre los mismos cobran importancia en el abordaje del principio de no discriminación (o no dominación) desde la óptica de grupos históricamente vulnerables.

Cuando hablamos de discriminaciones sistemáticas es preferible el término "sistemas de opresión" sobre "factores de discriminación", ya que esto permite una mejor comprensión de la complejidad de estas discriminaciones. De acuerdo a Barrere y Morondo "...el juicio de similitud sobre el que descansa la discriminación no se basa en las pretendidas "diferencias" (de raza, sexo, etc.) sino en los sistemas (normas, estereotipos y roles) de opresión construidos sobre ellas" (Barrere y Morondo, año 2011, p.40).

En una primera etapa, el sistema internacional de los derechos humanos a través de sus distintos instrumentos legales considera las distintas formas de discriminación, pero de una manera separada.

Por ejemplo la CEDAW en su artículo 1 habla de "toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo".

Ese enfoque cambiaría hacia un entendimiento de las desventajas vivenciadas por personas que pueden pertenecer a la vez a distintos grupos vulnerables (Makkonen, 2002, p. 1). Si bien la Recomendación General número 19 del Comité de la CEDAW da prioridad al género por sobre otros factores de discriminación, incorpora nuevos como la mayor vulnerabilidad a la que están expuestos determinados grupos de mujeres y la relevancia de factores estructurales como la pobreza.

La interseccionalidad tendría mayor protagonismo en la Recomendación General número 28 del Comité de la CEDAW, donde además de aparecer expresamente mencionada, se consideran los diversos factores<sup>17</sup> que sitúan a la mujer en una mayor desventaja respecto a los hombres. Sin embargo, es en la Recomendación General número 25 donde se le da importancia a una igualdad sustantiva que pueda lograr una verdadera transformación mediante la consideración de las raíces que moldean la desigualdad estructural (Goldblatt, 2015, p. 6).

En la Recomendación General número 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los motivos de discriminación mencionados tienen un mayor entendimiento con respecto a la importancia de una igualdad sustantiva. También existe un mayor entendimiento respecto al impacto diferenciado de los distintos factores de discriminación en determinados grupos.

En el cuerpo normativo del SIDH no hay referencia a la interseccionalidad. Si bien la Convención Americana menciona distintas formas de discriminación, no plantea una intersección entre dichos factores.

En el caso de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer tampoco existe una mención expresa a la interseccionalidad, sin embargo el artículo 9 parece aproximarse al concepto al mencionar la especial vulnerabilidad de algunas mujeres a la violencia, mencionándose entre ellas las desventajas socioeconómicas.

Tanto la Corte IDH como la CIDH han incluido en su línea argumentativa un enfoque interseccional de discriminación.

En la doctrina, si bien el debate respecto a la perspectiva interseccional tiene una larga data, el término "*interseccionalidad*" fue acuñado recién en el año 1995 por la académica afro estadounidense Kimberlé Crenshaw (Viveros, 2016, p.4)<sup>18</sup>. Originalmente creado para visibilizar la lucha en el reconocimiento de derechos por parte de mujeres afroamericanas, quienes vivenciaban una discriminación particular a la vivenciada por hombres negros o por mujeres blancas. Crenshaw define la interseccionalidad como un "sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas" (Crenshaw, 1995, p.359).

---

<sup>17</sup> Por ejemplo el artículo 18 menciona "la clase" dentro de dichos factores, el cual no había sido considerado por cuerpos normativos anteriores.

<sup>18</sup> En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se acostumbra sin embargo a utilizar el término de "Discriminaciones múltiple".

Pronto el término se ampliaría a otras formas de opresión que reflejarían la realidad de otras regiones del mundo. Sin embargo, mucho se ha discutido respecto a las verdaderas ventajas de aplicar una perspectiva interseccional en la práctica. Para Conaghan la perspectiva interseccional puede resultar limitada cuando se pretende determinar las causas estructurales económicas como distributivas en las desventajas y como esto interactúa con aspectos como el reconocimiento (Conaghan, 2009, pp .29-30). Por lo mismo la interseccionalidad debe ser necesariamente entendida dentro de una “comprensión multidimensional de la igualdad sustantiva”<sup>19</sup>(Goldblatt, 2015, p. 3).

Para María Lugones (2005) la interseccionalidad implica una limitación en la dinámica de las relaciones sociales y provoca una división en los movimientos sociales, en vez de fortalecerlos.

Por su parte, la importancia de un enfoque interseccional es que implica desprenderse de la idea de que las mujeres son un grupo homogéneo con realidades y necesidades iguales, y avanzar hacia una comprensión de las distintas realidades y maneras de vivenciar la discriminación (Clérico y Novelli, 2014, p.38).

Desde un punto de vista de política y legislación doméstica existiría un desconocimiento o falta de comprensión de parte de autoridades políticas y legislativas de la verdadera dimensión de la violencia, como ella se torna compleja cuando existen diversas formas de vivenciarla (ya sea por la raza, origen, edad, etc.). Un examen del sistema judicial como del legal resulta relevante en este sentido (Muñoz, 2011, p.12).

Para Sosa la perspectiva interseccional permite mejorar la manera en que los sistemas legislativos enfrentan la discriminación y la desigualdad al enfrentar entre sí los distintos sistemas de opresión y factores de discriminación. Esto deriva en un análisis estructural de la desigualdad pudiendo de tal forma modificar aquellas construcciones tanto sociales como institucionales causantes de dicha desigualdad (Sosa, 2016).

En definitiva, la interseccionalidad saca a la luz aquellos aspectos de las políticas públicas que están fallando, ya que están dirigidos principalmente a una sola causa de discriminación (Ronconi, 2016, p.127).

---

<sup>19</sup> Traducción hecha por la autora de este artículo.

## VI. La importancia de una generización de derechos económicos, sociales y culturales

De acuerdo a Fredman (2010) la generización de los derechos económicos, sociales y culturales implica ahondar en las causas estructurales de la desigualdad hacia las mujeres y los desbalances de poder en que los derechos son ejercidos. No implica por tanto la sola extensión de derechos sociales a las mujeres, estos deben ser replanteados de tal forma de comprender la realidad y necesidades de las mujeres. Realidades por lo demás distintas entre sí de acuerdo a las diversas formas de discriminación que se pueden intersectar.

El trabajo de Fredman (2010) respecto a la generización de derechos socioeconómicos puede resultar de gran ayuda tanto en la interpretación de instrumentos de derechos humanos como en su elaboración. La autora propone tres modelos.

Un primer modelo centrado en la igualdad, pero considerada en relación a los derechos civiles y políticos, sin considerar derechos económicos, sociales y culturales. En este modelo se cree que los últimos no son exigibles judicialmente ya que supondrían una carga que no le corresponde a los tribunales. Por ejemplo una interpretación restrictiva del artículo 26 de la Convención Americana que permitiría la exigibilidad de solo algunos derechos económicos, sociales y culturales.

Un segundo modelo de interpretación propuesto por Fredman es aquel enfocado en los derechos económicos, sociales y culturales, y en el que la igualdad es solo un añadido. El problema de este modelo es que podemos encontrarnos con normas discriminatorias bajo la excusa de ser neutrales. Por lo mismo, Fredman (2010) plantea un último modelo que implica la fusión e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales y el principio de igualdad (sustantiva). Con ello se pretende replantear la norma con el fin de lograr verdaderos cambios estructurales y apartarse de la "norma masculina".

Esta fusión traería aparejada tanto una redistribución, reconocimiento y participación. Lo anterior se lograría mediante un accionar positivo del Estado. Por ejemplo mediante leyes antidiscriminación que efectivamente modifiquen el status quo reformulando los derechos económicos, sociales y culturales cuyo acceso efectivo se ve especialmente obstaculizado para un determinado grupo de mujeres (Coddou, 2015, p.2).

En el caso de la maquila vimos como la legislación interna se aparta del tercer modelo de Fredman, que es al cual se debería aspirar. Se aparta, ya que no existe una fusión entre los derechos económicos, sociales y culturales que se consagran junto con una igualdad que tenga una dimensión redistributiva, de reconocimiento y participación. A lo que habría que añadir una falta de dimensión transformadora que verdaderamente permita el logro de cambios estructurales (tanto a nivel institucional como social) en beneficio de las mujeres trabajadoras.

### **VII. Desigualdad socioeconómica y violencia hacia las mujeres de la maquila desde la mirada contenciosa de la Corte y la Comisión IDH**

Ante la falta de diligencia estatal que impide un verdadero acceso a la justicia por parte de grupos históricamente vulnerados en sus derechos, el SIDH aparece como una instancia prometedora para la reivindicación de sus derechos. De esta forma, no es casualidad que muchas víctimas (sobretudo, pobres) recurran a esta instancia, ante un Estado ciego a sus demandas de justicia y reparación.

La relevancia del SIDH especialmente en casos que dicen relación con grupos históricamente vulnerables es que permite guiar a los Estados mediante estándares y principios que pueden ser aplicados tanto en la jurisprudencia nacional como en el establecimiento de políticas públicas que digan relación con derechos en específico (Abramovich, 2009, p.17).

De esta forma, la línea argumentativa de la Corte y la CIDH en materia de desigualdad estructural ante casos en que la víctima es trabajadora de la maquila resulta fundamental. Es necesario por tanto una visión integral de todas las aristas que conjugan esta desigualdad y con ello la violencia que viene aparejada a ella. Ello porque no solo podría generar un mayor impacto en lo que a reparaciones y garantías de no repetición se refiere, sino además permitiría enfrentar la complejidad de la violencia hacia las mujeres de mejor forma.

Como veremos, la desigualdad estructural es mencionada, pero esta sigue siendo incompleta al no ahondar en todas sus causas.

En *"González y otras vs. México"* (Corte IDH, 2009) una de las víctimas, Claudia González, era trabajadora de la maquila. El día de su desaparición le fue negado el acceso a la planta maquiladora por haber llegado 2 minutos atrasada.

En este caso se discute la responsabilidad internacional de México en la desaparición y muerte de Claudia Ivette González (20 años de edad), Esmeralda Herrera Monreal (15 años de edad) y Laura Berenice Ramos Monárrez (17 años de edad). Sus cuerpos fueron encontrados sin vida en un campo algodonero en la Ciudad de Juárez.

La Corte concluye que las tres víctimas fueron objeto de violencia contra las mujeres según la Convención Americana y la Convención Belem do Para. Para lo cual, entre otros argumentos, se consideró el perfil de las tres víctimas "eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad de Juárez" (párr.230).

A su vez, la corte tiene conocimiento de la discriminación sistemática de la que son víctimas las mujeres en Ciudad de Juárez:

"Distintos informes coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer" (párr.133).

Si bien la Corte visibiliza la desigualdad estructural contra las mujeres en Ciudad de Juárez, este enfoque se centra en la cultura de discriminación existente, dejando de lado otros factores igual de relevantes.

Para la Corte el alto grado de violencia contra las mujeres en Ciudad de Juárez encuentra sus raíces en una cultura ampliamente discriminatoria hacia las mujeres que "ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a estos" (párr.164).

De acuerdo a Clérico y Novelli la Corte ignora "la cuestión social desde una perspectiva de género" (Clérico y Novelli, 2016, p.5). No se profundiza que la pobreza y la falta de acceso a derechos económicos y sociales son factores relevantes a la hora de moldear la desigualdad estructural existente. El origen social de las víctimas si fue abordado por los representantes:

"Más allá de la violencia por su género, las niñas y las mujeres juarenses sufren una doble discriminación, ya que el origen humilde de Claudia, Laura y Esmeralda, como las niñas y mujeres asesinadas o que son reportadas como desaparecidas, así como de las madres y familias de estas mujeres, también genera una discriminación de clase social" (párr.391).

Esta poca profundización en torno a la cuestión social se extiende a su vez a la realidad precaria que deben enfrentar las mujeres que trabajan en la maquila, y que en el caso de Claudia fue un aspecto que moldeaba su realidad como también el contexto que rodea a su desaparición.

La maquila aparece brevemente cuando la Corte se refiere al contexto en que ocurrieron los crímenes. Luego es mencionada nuevamente, cuando el Estado la considera como uno de los tantos factores de generación de la violencia hacia las mujeres. Esto debido a las modificaciones provocadas a los roles familiares luego de la incorporación de las mujeres a la vida laboral, y en especial a la maquila.

La falta de visibilización de la maquila también implica el no ahondar en el rol de las estructuras económicas existentes en la construcción de estereotipos y que coloca a las mujeres en una mayor vulnerabilidad a la violencia tanto en la esfera pública como privada. "El contexto de violencia no solo se debía a causas culturales sino económicas sociales" (Clérico y Novelli, 2016, p.16).

Así, la complejidad de la violencia contra las mujeres en Ciudad de Juárez no es dimensionada verdaderamente. La CIDH ha sostenido que para que estemos ante este enfoque integral que permita abordar la violencia se debe necesariamente "abordar las desigualdades pasadas y presentes institucionales y estructurales que enfrentan estas mujeres" (CIDH, 2014, párr.11).

En cuanto a la responsabilidad estatal respecto al deber de prevención de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas, la corte consideró dos momentos de prevención. Un primer momento que ocurre antes de la desaparición de las víctimas y respecto de los cual se determinó que el Estado no es responsable. Un segundo momento que ocurre antes de la localización de los cuerpos sin vida respecto de lo cual la corte si determinó que existe responsabilidad estatal. Esto debido a que el Estado conocía el riesgo real e inmediato al que podrían estar sometidas las víctimas del caso, con lo que la debida diligencia se torna estricta.

También se determinó el incumplimiento del deber de investigar vulnerando con ello el "derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido" (Corte IDH, 2009, párr.388). Además se incumplió el deber estatal de garantizar los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas.

Las medidas de reparación establecidas por la Corte van encaminadas principalmente a la educación tanto de funcionarios públicos como de la población en materia de tratamiento de la violencia contra las mujeres.

Menciona además que estas reparaciones deben ser con “*vocación transformadora*”, es decir, que no solo se enfoquen en la restitución al estado anterior de ocurridos los hechos o a una compensación monetaria, sino que además sean de tal dimensión que se pueda superar la desigualdad estructural existente. Cuando la Corte se refiere a esta “*vocación transformadora*” se podría incluso concluir que la argumentación de ésta está encaminada al logro de una igualdad sustantiva desde sus múltiples dimensiones.

Sin embargo, cuando la Corte habla de acciones transformadoras en la erradicación de la violencia hacia las mujeres solo lo hace desde una perspectiva judicial (Clérico y Novelli, 2014, p.61). Se refiere solo a cambios en la administración de justicia, mediante la educación por ejemplo de sus agentes, sin ahondar en acciones transformadoras que verdaderamente aborden la desigualdad desde su raíz, mediante un replanteamiento de instituciones.

La falta de inclusión de la cuestión social en la argumentación de la Corte parece ser una de las grandes debilidades en el presente caso. La argumentación de la corte queda debiendo, ya que no hay un análisis integral de todos los factores que moldean el contexto de desigualdad estructural de las mujeres de la Ciudad de Juárez, aun existiendo diversos informes tanto nacionales como internacionales que abordan esta materia.

Los estereotipos no pueden operar como una justificación del accionar del Estado, ya que se debe considerar si verdaderamente realizó alguna acción adecuada y suficiente para sacar a las mujeres pobres, jóvenes y migrantes de la desigualdad estructural en la que se encuentran (Clérico y Novelli, 2016, p.22).

En el caso *Escobar Ledezma y otros vs. México* (CIDH, 2013) la víctima es una mujer menor de edad y trabajadora de la maquila en Ciudad de Chihuahua. El caso trata sobre la desaparición y muerte de Paloma Angélica Escobar, de 16 años de edad. La Comisión determina que el Estado de México es responsable de violaciones de los derechos a las garantías judiciales, a los derechos del niño, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial en perjuicio de Paloma Angélica Escobar. Sin embargo, la Comisión estima que no existe una violación tanto del derecho a la vida como del derecho a la integridad personal.

Por otro lado, los peticionarios visibilizan la problemática existente en el estado de Chihuahua en lo que dice relación con la discriminación que sufren las mujeres y la violencia en su contra. Discriminación que se manifiesta además en la falta de rigurosidad en como las autoridades llevan a cabo las investigaciones en torno a las desapariciones y muertes de mujeres tanto en Ciudad de Chihuahua como en Ciudad de Juárez. También se visibiliza el rol que la clase social juega en esta discriminación, ya que las víctimas serían principalmente mujeres jóvenes y pobres.

Sin embargo, la argumentación de la Comisión es débil en este sentido, al no considerar en mayor profundidad los estereotipos de género existentes, ni la cuestión social, especialmente respecto a las trabajadoras de la maquila, y que determinó la discriminación por parte de las autoridades encargadas de investigar el presente caso.

En este sentido, el Estado de México <sup>20</sup> va más allá. Habla de una “reestructuración” de los estereotipos de género existentes en el Estado de Chihuahua mencionando expresamente un programa de mujeres empleadas de la maquiladora aportado por la Asociación Civil Justicia para Nuestras Hijas.

Lo que sí resulta novedoso es la mención de dos factores de discriminación que afectaron a la víctima. Por un lado su minoría de edad y por otro lado su sexo:

“...el Estado mexicano tenía un deber reforzado de proteger los derechos humanos de Paloma Angélica Escobar, por dos factores, su minoría de edad y su sexo y la obligación de adoptar medidas especiales de cuidado, prevención y garantía” (párr.138).

Las recomendaciones de la comisión tampoco se condicen con la realidad de discriminación sistemática existente. Estas van orientadas principalmente al esclarecimiento de los hechos como a la eliminación de estereotipos y construcciones sociales en torno a las mujeres de Ciudad de Chihuahua, ya sea mediante la educación de sus funcionarios públicos como a través de la educación de la ciudadanía. No se trata de recomendaciones que vayan encaminadas a una transformación integral, de modificación estructural, como lo planteo al menos la corte en el caso “*Campo Algodonero*”.

---

<sup>20</sup> Esto es tratado en el acuerdo suscrito entre las partes, el cual es posterior a las recomendaciones del informe de fondo de la Comisión. Este acuerdo dice relación con el cumplimiento de las recomendaciones impuestas al estado de México en el presente caso.

Si bien se trata de contextualizar este hecho dentro de una desigualdad estructural y sistemática sufrida por las mujeres del estado de Chihuahua, esta será incompleta si no se visualiza la verdadera dimensión de la misma. Se menciona tanto el género como la edad como factores de discriminación, pero el origen social sigue estando ausente como factor de discriminación.

Aun cuando esta petición sea posterior al emblemático caso *"Campo Algodonero"* no se le da el tratamiento que corresponde a la desigualdad estructural de la que son víctimas las mujeres en Ciudad de Chihuahua, y especialmente en lo que se refiere al factor socioeconómico que implica una falta de acceso efectivo a derechos económicos, sociales y culturales.

El caso *"Lilia Alejandra García Andrade y otros vs. México"* (CIDH, 2012) dice relación con la desaparición y muerte de Lilia Alejandra García quien se desempeñaba como trabajadora de la Planta Maquiladora Servicios Plásticos Ensamblados S.A. en Ciudad de Juárez. Su cuerpo fue hallado sin vida, cerca de la maquila donde era trabajadora.

Los peticionarios alegan la violación del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Respecto a la Convención Americana se habría violado el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; el derecho a la libertad personal; las garantías judiciales; derechos del niño y derecho a la protección judicial. Lo anterior en relación con los artículos 1.1 y 2 del mencionado instrumento y en perjuicio de Lilia García.

El contexto de discriminación contra las mujeres en Ciudad de Juárez es visibilizado por parte de los peticionarios. La Comisión considera el contexto de violencia de Ciudad de Juárez en torno a las mujeres, y como la actuación de las autoridades no se condice a esta realidad:

"la alegada falta de actuación razonable de las autoridades para poner fin a la privación de libertad de la presunta víctima desde que tuvieron conocimiento de su desaparición podría caracterizar una posible aplicación del artículo 7 de la Convención Americana en conexión con los artículos 1(1) y 2 de dicho instrumento internacional, que requerirá de un análisis más profundo en la etapa de fondo" (párr.36).

Si bien solo estamos ante una admisibilidad formal y no corresponde en esta etapa un pronunciamiento de fondo podemos concluir que la CIDH si conoce la realidad de Ciudad de Juárez respecto a las mujeres. Sin embargo,

nuevamente tenemos una mención escueta de esta realidad, ya que desconoce en su totalidad la discriminación estructural existente en la localidad.

Vemos que no son aislados los casos contenciosos que se han presentado ante la Corte IDH y la CIDH y que tienen como víctimas a mujeres de la maquila. Es una realidad que ni la corte ni la comisión desconoce, pero que finalmente ha ignorado en sus argumentaciones finales. Con ello también dejando en la sombra la verdadera magnitud de la desigualdad estructural existente y que tiene entre sus causas la falta de un acceso efectivo a derechos económicos, sociales y culturales por parte de estas mujeres.

Esto se contrapone con informes más recientes de la CIDH en que se visibiliza tanto la relación existente entre falta de acceso a derechos económicos, sociales y culturales y violencia contra las mujeres; como la precarización laboral en el contexto de la maquila.

### **VIII. La Comisión Interamericana y sus informes más recientes**

En algunos informes recientes de la Comisión podemos ver como adquieren protagonismo los derechos económicos, sociales y culturales y la importancia en su acceso efectivo como una forma de enfrentar las desigualdades estructurales de género que no solo viven las mujeres trabajadoras de la maquila, sino además mujeres pobres de la región.

De acuerdo a Abramovich los informes temáticos “Tienen un enorme potencial para establecer estándares y principios y para abordar situaciones que entrañan problemas colectivos o estructurales que pueden no reflejarse adecuadamente en casos individuales” (2009, p.13).

En el informe temático “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales” la Comisión ahonda en la importancia en el acceso efectivo a derechos económicos, sociales y culturales (CIDH, 2011).

El informe cuestiona la falta de acceso a recursos económicos como la falta de políticas redistributivas para el logro de una igualdad sustantiva, particularmente en el ámbito laboral:

“Durante la implementación de este proyecto, la CIDH recibió información apuntando a formas de discriminación que las mujeres sufren tanto en la ley como en la práctica relacionadas con estas aristas de obligaciones que tienen los Estados con respecto al acceso y control de recursos económicos por parte

de las mismas; la distribución y el control y disposición de estos recursos al interior de la familia y fuera del hogar entre las mujeres y los hombres; y en obstáculos para obtener los medios de obtener estos recursos, siendo la situación particularmente grave en el ámbito laboral. Estas formas de discriminación son variables que contribuyen a la situación de pobreza de las mujeres, a vulneraciones de su autonomía tanto productiva como reproductiva, y a la desprotección general de sus derechos humanos”.

La comisión enfatiza que el problema de distribución de los recursos trasciende el ámbito familiar al ámbito laboral, de tal forma que la mujer debe sobrepasar ambas barreras.

Así también se relaciona el efectivo acceso a recursos económicos y el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia: “(...) La CIDH asimismo reitera que el acceso y control de recursos (...) contribuye al goce de las mujeres de su derecho a vivir una vida libre de violencia”.

En lo que respecta a las trabajadoras de la maquila, son mencionadas expresamente como uno de los grupos más vulnerables de mujeres dentro del ámbito laboral:

“Asimismo, la Comisión Interamericana manifiesta su preocupación ante la situación de grupos en particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos en este ámbito, como las trabajadoras domésticas, las trabajadoras en el sector informal, las mujeres que laboran en las maquilas, las mujeres indígenas, afrodescendientes, las niñas, y las migrantes, entre otras, que usualmente no gozan de protecciones laborales suficientes y que aún no reciben las protecciones debidas dentro del marco normativo”. (Lo destacado es mío)

Se visibiliza así la precariedad laboral en la que están insertas las trabajadoras de la maquila, que fue un aspecto no ahondado en los casos contenciosos que vimos. Esta visibilización es importante, ya que significa que no basta con tener un marco normativo adaptado a los principios laborales internacionales. Dicho marco normativo debe efectivamente adecuarse a la realidad existente, que en este caso es el contexto de discriminación sistemática de la maquila. Este contexto laboral es claramente señalado por la comisión en el informe (párr.115)<sup>21</sup>. Se menciona la falta de acceso a la justicia, la violación a la

<sup>21</sup> La exposición de esta realidad está basada en la Sesión 128 sobre “Situación de los derechos de los trabajadores de la maquila en América Central”, Sesión 128; 18 de julio de 2007 ante la CIDH.

integridad personal de las trabajadoras, como también la violación a la libertad de asociación. Se visibilizan además los diversos factores de discriminación de los que son objeto las mujeres contratadas en la maquila, tales como la edad, la baja educación y el género. Existe por tanto un reconocimiento particular de esta realidad, que como sabemos es un aspecto importante dentro de un enfoque multidimensional de la igualdad sustantiva.

En este sentido, y relacionado también con el contexto de desigualdad estructural que existe en la maquila respecto a las mujeres, se menciona el acceso y control de recursos por parte de las mujeres. La CIDH se refiere a la preocupante concentración de la riqueza y la distribución inequitativa de los recursos, lo cual termina afectando en mayor medida a las mujeres, ya que tanto la discriminación social que sufren, como las tareas dentro del hogar limitan su acceso al mercado laboral (párr.247).

Destacable es que el informe aluda a las actuales estructuras económicas mundiales de carácter integrado o globalizado que han traído repercusiones especiales para la vida de las mujeres (párr.282). Lo cual si bien ha permitido una mayor inserción de la mujer pobre en el mercado laboral, también ha perjudicado en mayor medida a la mujer que ya se encontraba en situación precaria colocándolas a estas en puestos laborales de baja calidad (párr.286):

“Los Estados tienen el deber de reorientar el modelo de desarrollo vigente, que coloque en el centro de las prioridades, el bienestar de las personas, teniendo presente su condición de género, étnica y social, y el evaluar de manera permanente, los efectos e impactos diferenciados en las mujeres de las políticas macroeconómica implementadas en los países de la región”.

Se visibiliza por tanto un aspecto poco ahondado que son los efectos e impactos que la economía tiene en las mujeres, que permita considerar sus necesidades específicas. Esto implica por otro lado también una mayor responsabilidad del Estado, al no dirigir exclusivamente las causas de la desigualdad estructural en la cultura de discriminación existente. También es un aspecto importante a considerar si queremos lograr una verdadera transformación.

La Comisión no solo atribuye la especial vulnerabilidad de algunos grupos de mujeres a los estereotipos de género (reconocimiento), sino también ahonda en otras causas como las leyes que no se adaptan a la realidad y necesidades de

estos grupos (entre ellos las mujeres de la maquila), como también la existencia de una economía mundial que afecta en mayor medida a la mujer de escasos recursos. Estos aspectos repercuten en definitiva en la falta de acceso efectivo a derechos económicos, sociales y culturales y con ello provocando una mayor vulnerabilidad a la violencia por parte de las mujeres.

La igualdad sustantiva y su relevancia también es abordada a lo largo del informe:

“La Comisión constata que dada la concentración de los bienes en manos masculinas a lo largo de los años, es necesario emplear mayores esfuerzos para modificar las normas sociales para reducir la brecha entre la igualdad de género a nivel formal y la igualdad sustantiva. Esto es crucial para una distribución igualitaria y equitativa de la propiedad, y para lograr una justicia plena de género desde una perspectiva de derechos humanos (...).”

Se considera además la importancia de la voz de las mujeres, que es uno de los elementos de la igualdad sustantiva de acuerdo a Fredman (participación). La comisión recomienda a los Estados el asegurar la representación y participación activa de las mujeres y organizaciones de mujeres en todas las esferas y niveles (párr.18).

En el *“Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana”* (CIDH, 2015) si bien no hay una mención a la situación de las trabajadoras de la maquila en el país, si existe una perspectiva interseccional en la que se considera como factor de discriminación la pobreza extrema. Esta perspectiva se refiere especialmente a la situación de discriminación de las mujeres haitianas en base a su sexo, pobreza extrema y su raza (párr.372).

En el *“Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión”* (CIDH, 2015) tampoco existe mención a las trabajadoras, pero si menciona el impacto diferenciado que la violencia y discriminación tiene en las mujeres, quienes son consideradas dentro de los grupos históricamente vulnerables:

“En adición al contexto de violencia e inseguridad, se observa la situación de quienes, por su rol en la sociedad, o por haber sido sometidos a discriminación históricamente, sufren un impacto diferenciado por la violencia y la discriminación. En esta situación se encuentran (...). Así también, las mujeres los niños, niñas y adolescentes, los periodistas, los migrantes y refugiados, la

población LGBTI, las personas con discapacidad, y las personas privadas de libertad”.

El informe sobre la *“Situación de derechos humanos en Honduras”* (CIDH, 2015) es más comprensivo de la realidad de las mujeres en torno a la violencia y la falta de acceso a derechos económicos y sociales.

En este informe la CIDH manifiesta la importancia de un abordaje integral de la violencia desde todos sus sectores, manifestaciones y contexto. Sigue la argumentación de la Relatora Especial sobre violencia contra las mujeres de la ONU Rashida Manjoo quien resalta la importancia que debe darse a la asignación de recursos (que solo benefician a un grupo de mujeres en detrimento de otras) en el abordaje de la violencia contra las mujeres, entre otros aspectos.

“(…) La Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencia ha expresado que las formas interpersonales, institucionales y estructurales de violencia perpetúan las desigualdades de género, pero también las jerarquías raciales, las prácticas de exclusión de grupos étnicos y la asignación de recursos que benefician a algunos grupos de mujeres a expensas de otros. Ella también ha señalado que “las intervenciones que tienen como único objetivo atenuar los abusos y que no tienen en cuenta las realidades de la vida de las mujeres no cuestionan las desigualdades fundamentales y la discriminación por razón de género que son el primer factor que contribuye al abuso”.

La Relatora Especial destaca por tanto la importancia de considerar la realidad de las mujeres. Ello nos permite una mejor comprensión del fenómeno de la violencia contra las mujeres, mediante una legislación y políticas públicas que se adapten a estas realidades.

Esto implica, de acuerdo la Relatora, contar con leyes y políticas que estén a la par con el principio de igualdad y no discriminación, considerando en este análisis a aquellas leyes aparentemente discriminatorias (párr.394).

Es importante la influencia que lo planteado por la Relatora tiene en la comisión, ya que ella visibiliza la desigualdad que se ve vive dentro del propio género, entre las mismas mujeres. Esto por supuesto enfatiza que las mujeres no son grupos homogéneos y que las realidades son distintas dentro del mismo grupo. Especialmente en cuanto a la realidad de muchas mujeres en situación de

pobreza y como viven una forma especial de discriminación distinta a las mujeres que no se encuentran en esta situación.

La maquila tiene un apartado especial dentro de este informe. Tanto la Relatora Especial de las Naciones Unidas como la Comisión, en su visita a Honduras, constataron la precariedad laboral a la que se ven expuestas especialmente las trabajadoras de la maquila que de acuerdo a la Relatora las expone "a un riesgo potencial de explotación y violencia" (párr.404).

La CIDH da a conocer la precariedad preocupante de las condiciones laborales en las que están inmersas las trabajadoras de la maquila, existiendo por tanto un reconocimiento expreso de esta realidad.

Los principales aspectos mencionados dicen relación con las violaciones tanto a los derechos laborales como a la salud de las trabajadoras. Se consideran vulneraciones que dicen relación con la jornada laboral, brecha salarial, los riesgos a la salud y la falta de respuesta estatal frente a las denuncias.

Con esta exposición de las condiciones laborales en la maquila se efectúan además diversas recomendaciones que van encaminadas por un lado a la implementación de mejores mecanismos de denuncia, y por otro lado al control de la jornada laboral. Como también una revisión de la legislación vigente.

En el informe sobre la "*Situación de los derechos humanos en México*" (CIDH, 2015) el caso "*Campo Algodonero*" es mencionado para dar cuenta de que aún no existen investigaciones con perspectiva de género en las causas de desaparición y muerte de mujeres. Existe una perspectiva interseccional al ahondar en la existencia de estereotipos en las investigaciones:

"Los estereotipos en una investigación son el resultado de la situación actual de desigualdad y discriminación que muchas mujeres enfrentan debido a múltiples factores que están interrelacionados con su sexo, tales como la raza, la edad, la etnia, las condiciones socioeconómicas y otros".

Las mujeres también son consideradas dentro de los grupos particularmente vulnerables. Se menciona a las mujeres víctimas de violencia en el estado de Chihuahua (párrafo 244), y que dicha violencia afecta principalmente a mujeres menores de 18 años, como también pobres, impidiendo ello un mejor acceso a la justicia.

## IX. Consideraciones finales

Los casos contenciosos que se han presentado ante la Corte IDH y la CIDH y que tienen como víctimas a mujeres de la maquila no son aislados y es de esperar que aparezcan nuevos casos en el futuro.

Se trata de una realidad moldeada por un contexto de discriminación estructural que ni la Corte ni la Comisión desconoce, pero que finalmente han ignorado su verdadera complejidad y dimensión. Con ello dejando en la sombra factores relevantes de generación de dicha desigualdad, como lo es la falta de un acceso efectivo a derechos económicos, sociales y culturales por parte de las trabajadoras.

En el caso *"Campo Algodonero"* la CoIDH habla de medidas de reparación con *"vocación transformadora"*, por tanto no es ajena al concepto de igualdad sustantiva desde sus diversas dimensiones. Sin embargo, la Corte no ahonda en la desigualdad estructural que expone a las mujeres de Ciudad de Juárez a una mayor vulnerabilidad.

Los casos vistos contemplan víctimas cuya vida estaba moldeada también por su faceta como trabajadoras, pero tanto la Comisión como la Corte desconocen esta faceta y solo se enfocan en el género y la cultura de discriminación contra la mujer. Tenemos un perfil específico de mujer joven, pobre y sin educación que las hace aún más vulnerables tanto a la violencia (dentro y fuera de la maquila) como a la violación de sus derechos laborales.

Esta visión contrasta con informes más recientes de la CIDH en que se visibiliza la desigualdad estructural de la que son objeto las mujeres de la maquila.

La relevancia del SIDH, especialmente en casos que dicen relación con grupos históricamente vulnerables, es que permite guiar a los Estados mediante estándares y principios que pueden ser aplicados tanto en la jurisprudencia nacional como en el establecimiento de políticas públicas que digan relación con derechos en específico. En el caso específico de la maquila permite lidiar con la complejidad de la violencia en contra de las mujeres. Pudiendo además ser un buen paso para la revisión del modelo de la maquila en la región, la perpetuación en el tiempo de estas condiciones laborales no solo profundiza el desequilibrio de poder entre empleador y trabajadores, sino además siguen perpetuando la mayor vulnerabilidad de estas mujeres frente a la violencia.

**Bibliografía:**

- ABRAMOVICH, V. (2009). "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System". En *International Journal on Human Rights*, 2009, 6, 11, 7-37.
- AGUILAR, P. (2011) "La feminización de la pobreza: conceptualizaciones actuales y potencialidades analíticas". En *R. Katál.*, 14,1, 126-133.
- ALDAO, M.; CLÉRICO, L.; RONCONI, L. (2017). "A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity". En *Constitutionalism in Latin America*, editado por (Bogdandy, Ferrer Mac Gregor, Morales, Piovesán, Soley). Oxford University Press, Oxford.
- AÑÓN, M. (2013). "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja". En *Isonomía*, 2013, 39, 127-157.
- ASOCIACION MUJERES TRANSFORMANDO. (2016). *Situación de los derechos humanos laborales de las trabajadoras de las maquilas centroamericanas*.
- BARRERE, M.; MORONDO, D. (2011). "Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio". En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2011, 45, 15-42.
- CARDOSO, E. (2015). "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, octubre 2015-marzo 2016, 9, 26-48.
- CEPAL. (2016). *Panorama Social de América Latina*.
- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). (2010). Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala en hijas contra el Estado de Chile. Caso 12.502.
- (2011). "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales". OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 59, 3 noviembre 2011. Sitio web: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresdesc2011.pdf> [Consulta: 8/12/2017].
- (2012). Informe de Admisibilidad N° 59/12, Lilia Alejandra García Andrade y otros (México), 19 de marzo de 2012.
- (2013). Informe de Fondo N° 51/13, Paloma Angélica Escobar Ledezma y otros (México), 12 de julio de 2013.

(2014). "Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá. OEA/Ser.L/V/II.Doc.30/14, 21 de diciembre de 2014. Sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mujeres-indigenas-BC-Canada-es.pdf> [Consulta: 8/12/2017].

(2015). "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 43/15, 31 de diciembre 2015. Sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guatemala2016.pdf> [Consulta: 8/12/2017].

(2015). "Situación de derechos humanos en Honduras". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 42/15, 31 diciembre 2015. Sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/honduras-es-2015.pdf> [Consulta: 8/12/2017].

(2015). "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15, 31 de diciembre 2015. Sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/republicadominicana-2015.pdf> [Consulta: 8/12/2017].

(2016). "Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y Derechos Humanos en las Américas". Sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/desc/docs/pobreza-ddhh-informepreliminar-2016.pdf> [Consulta: 8/12/2017].

(2016). "Situación de derechos humanos en México". OEA/Ser.L/V/II. Doc.44/15, 31 diciembre 2015. Sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf> [Consulta: 8/12/2017].

CLÉRICO, L.; ALDAO, M. (2011). "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento". En *Lecciones y Ensayos*, 89,141-179.

CLÉRICO, L.; NOVELLI, C. (2014). "La violencia contra las mujeres en las producciones de la comisión y la Corte Interamericana de derechos Humanos". En *Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Año 12, 1,15-70.

(2016). "La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para reescribir el caso Campo Algodonero sobre violencia de género". En

- Revista de Ciencias Sociales*, 2016, Valparaíso. Sitio web: <https://www.researchgate.net/publication/301198857> [Consulta: 20/06/2017].
- CLÉRICO, L.; RONCONI, L.; ALDAO, M. (2013). "Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: Sobre la no- discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. En *Revista Direito Gv*, Sao Paulo, 9,1, 115-170.
- CODDOU, A. (2013). "Las interrogantes y posibilidades de un proyecto de derecho de la anti-discriminación en America Latina". En *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 12,2, 315-322.
- CONAGHAN, J. (2009). "Intersectionality and the feminist Project in law". En *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, editado por (E. Grabham y otros),21-48.
- ColDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) (2009). Caso "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México". Excepción preliminar, fondo reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, n. 205. Sitio web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- (2015). Caso "Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala". Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Serie C, n. 307. Sitio web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_307\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- (2016). Caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil". Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C,318. Sitio web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- COOK, R. (2011). "Structures of Discrimination". En *Macalester International Journal*, 2011,28,33-60. Sitio web: <http://ssrn.com/abstract=1960188> [Consulta: 20/06/2017] [Consulta: 8/12/2017].

- CRENSHAW, K. (1991). "Mapping the margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color". En *Stanford Law Review*, 1991,43, 6,1241-1299.
- EQUIPO DE INVESTIGACIONES LABORALES Y LA RED DE SOLIDARIDAD DE LA MAQUILA (2016). "Las trabajadoras(es) de la industria maquiladora en Centroamérica".
- FREDMAN, S. (2010). "Engendering Socio-Economic Rights". En *Oxford Legal Studies Research Paper*,54. Sitio web: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1631765##](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1631765##) [Consulta: 20/06/2017]
- (2016). "Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights". En *Human Rights Law Review*, 0,1-29.
- GILMAN, M. (2016). "En-Gendering Economic Inequality". En *Columbia Journal of Gender and Law*,32.1.
- GOLDBLATT, B. (2015). "Intersectionality in International Anti-Discrimination Law: Addressing Poverty in its Complexity". En *SSRN Electronic Journal*.
- MAKKONEN, T. (2002). *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Institute for Human Rights Abo Akademi University.
- MUÑOZ, P. (2011). *Violencias Interseccionales. Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres en Latinoamérica*. CAWN.
- PANTALEO, K. (2006). "Gendered Violence: Murder in the Maquiladoras". En *Sociological Viewpoints de la Pennsylvania Sociological Society*,13-23
- RONCONI, L. (2016). "Mucho ruido y pocos...DESC. Análisis del caso Gonzales Llu y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Anuario de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile*, 12,119-131. Sitio Web: <http://http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/42745/447> 12 [Consulta: 20/06/2017].
- SOSA, L. (2016). "Inter-American Court of Human Rights' case law on violence against women: breaking grounds, facing challenges". Ponencia presentada en el workshop *Moving beyond the good, the bad and the ugly: What to learn from International Human Rights System?*,Bélgica.

- USHAKOVA, T. (2013). "La protección contra la violencia de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En *Dereito*, 2013, 22, 1, 53-86.
- VIVEROS, M. (2016). "La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación". En *Debate Feminista*, 52, 1-17.
- WEISSMAN, D. (2005). "The Political Economy of Violence: Toward an Understanding of the Gender- Based Murders of Ciudad Juárez". En *North Carolina Journal of International Law*, 30, 4, 795-867.

## **ABUSO SEXUAL PATERNO-FILIAL. APOYO, CREDIBILIDAD Y PROTECCIÓN A NIÑAS, NIÑOS Y SUS MADRES PROTECTORAS COMO VÍCTIMAS DEL DELITO**

**Por Graciela Dora Jofré**

Recibido: 18/04/17

Aprobado: 22/07/17

### **RESUMEN**

La palabra de niñas, niños suele ser la única evidencia de los abusos sexuales paternos. No hay más testigo que la propia víctima. Los niños y niñas cuando pueden hablar del abuso recurren en la mayoría de los casos a un adulto protector y relatan los hechos. El adulto protector no abusivo es en la mayoría de los casos la madre. Ambos deben ser considerados víctimas del delito. Debe darse apoyo a la madre protectora que denunció el abuso sexual paterno para lograr la recuperación del niño/a. En el proceso judicial por custodias y regímenes comunicacionales se debe contemplar que el niño/a es víctima de un delito denunciado y se debe resguardar su seguridad e integridad física, emocional y psicológica con relación al padre denunciado. Es hacer efectivo el acceso a la justicia de niñas y niños víctimas de delito y de su madre protectora – víctima también- para fortalecerla en la recuperación y protección de sus hijos. Una nueva mirada de actuación institucional judicial frente al delito que nos afecta como civilización humana: el incesto paterno, para quebrar su histórica impunidad y ayudar a sus víctimas a su recuperación.

### **PALABRAS CLAVES**

Abuso sexual de niños - Apoyo a madres protectoras - Incesto paterno - Acceso a la justicia.

## **PATERNAL SEXUAL ABUSE. SUPPORT, CREDIBILITY AND PROTECTION TO THE CHILDRENS AND THEIR PROTECTIVE MOTHERS AS VICTIMS OF A CRIME**

**By Graciela Dora Jofré**

### **ABSTRACT**

Children's voice is often the only evidence of paternal sexual abuse. There is no other witness than the victim itself. In most cases when the children manage to talk about the abuse he does it to an adult, which in most cases is the mother. Both of them should be considered victims of a crime. It should be given support to the protective adult who denounced parental sexual abuse for a better recovery of the child. In the judicial process when the custody of the child and the communication regime is treated the child and his or her physical, emotional and psychological safety and integrity must be protected in relation to the father denounced. A new-look in order to break the historical impunity and help its victims to recover against a crime that affects us all as human beings: paternal incest.

### **KEYWORDS**

Sexual abuse of children -Support protective mothers - Paternal incest - Access to justice.

## ABUSO SEXUAL PATERNO-FILIAL. APOYO, CREDIBILIDAD Y PROTECCIÓN A NIÑAS, NIÑOS Y SUS MADRES PROTECTORAS COMO VÍCTIMAS DEL DELITO

**Por Graciela Dora Jofré\***

### **I. Introducción**

Según el informe de Unicef Argentina del año 2017, efectuado con datos proporcionados por el Equipo Móvil de atención a víctimas del delito contra la integridad sexual del programa “Las Víctimas Contra Las Violencias” perteneciente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el período comprendido entre octubre de 2006 a agosto de 2016 fueron atendidas 9.986 víctimas de las cuales 5.239 - el 52% - eran niñas y niños.

Las violencias y abusos sexuales contra niños/as son realidades que destruyen infancias y afectan a la sociedad. Los estudios de profesionales de la salud evidencian los efectos traumáticos que pueden producirse en sus vidas: depresión, intentos de suicidio, problemas alimenticios como la anorexia, la bulimia, adicciones, etc. Son niños y niñas que quedaron en un estado de enorme vulnerabilidad si no se los contiene, no se les brinda ayuda terapéutica y no se les protege de sus victimarios. Más aún si el victimario es su propio padre, aquel a quien le sociedad le ha dado el poder dentro de la institución familia sobre mujer e hijos/as.

Los abusos sexuales, las violencias ejercidas por los padres contra niñas y niños dentro de la familia son delitos que históricamente han sido silenciados socialmente. Niñas y niños no han tenido voz ni defensa en la historia humana frente a los atropellos y las crueldades que han padecido dentro de la familia; fue la *encerrona trágica*<sup>1</sup> de sus infancias. La única posibilidad para la recuperación de ese/a niño/a es el alejamiento de su agresor, debe ser creído si ha relatado los

---

\* Jueza a cargo del Juzgado de Paz Letrado de Villa Gesell, Provincia de Buenos Aires, Argentina desde el año 1996, abogada recibida en la Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires. Autora del libro *Niños y niñas en la justicia. Abuso sexual en la infancia*. Buenos Aires (2016) Ed. Maipue; de diversos artículos de resoluciones judiciales que contemplan la efectiva aplicación de derechos humanos de niñas y niños en los procesos judiciales de Familia.

<sup>1</sup> Expresión creada por Fernando Ulloa (2005): “esta encerrona trágica se configura cada vez que alguien, para dejar de sufrir o para cubrir sus necesidades elementales de alimentos, de salud, de trabajo, etc., depende de alguien o algo que lo maltrata, sin que exista una terceridad que imponga la ley. Lo que predomina en la encerrona trágica no es la angustia, con todo lo terrible que esta puede llegar a ser; predomina algo más terrible aún que la angustia: el dolor psíquico, aquel que no tiene salida, ninguna luz al final del túnel”.

hechos abusivos y el delito ser denunciado ante la Justicia. Son aquellas madres que protegen y denuncian el abuso sexual paterno quienes vienen a romper una ley de silencio ancestral.

## II. Acceso a la Justicia para niñas y niños víctimas de delito

Los abusos sexuales intrafamiliares paternos a niñas y niños integran aquellos delitos que constituyen la *cifra negra* de la criminología; no llegan a conocimiento de la Justicia (Marchiori, 2006). Son delitos guardados bajo el *secreto familiar*. Niñas y niños se encuentran en la situación de mayor vulnerabilidad dentro de una familia: son víctimas escondidas, olvidadas y silenciosas. La familia puede ser para ellos/as un lugar de peligro.

Para que el sistema de justicia tome conocimiento de este tipo de delitos es necesaria la denuncia de un adulto protector del/a niño/a víctima. *La acción es el derecho humano a la Justicia.*<sup>2</sup> El acceso a la Justicia del/a niño/a depende de la decisión personal de un adulto cuidador no abusador del niño que denuncie judicialmente el incesto paterno. Entre los datos estadísticos oficiales de la presentación de UNICEF Argentina del año 2016 sobre delitos contra la integridad sexual contra niñas y niños se revela que sus agresores son en un 94,8% del género masculino, 53,9% familiares del niño (padre, padrastro, tío, etc.) y en el 73% de los casos quien los/as acompaña a hacer la denuncia es su madre. Es lo que surge en la práctica diaria de los juzgados penales y de familia; las denuncias de abusos sexuales contra niñas y niños dentro de la familia las realizan sus madres.

El incesto paterno denunciado es un delito que afecta al/los niño/s y a su madre protectora. Ambos deben ser concebidos como sus víctimas, los efectos post traumáticos del delito les afectará a ambos si no hay apoyo terapéutico, contención ni protección judicial.

Tanto en los *Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder de Naciones Unidas* (ONU, 1985 Sección A.2) como en las *100 Reglas de Brasilia (10)* (Brasilia, 2008), al definir el concepto de *víctima* se incluye a los familiares inmediatos o que están a cargo de la víctima directa. Estas mujeres que como madres protectoras deciden proteger a sus hijos/as alejándose del abusador y denunciando ante la Justicia deben ser por lo tanto

<sup>2</sup> Concepto de Héctor Friz Zamudio citado por Germán Bidart Campos (2004, p. 305).

conceptualizadas también como víctimas del delito de abuso sexual paterno filial. Como víctimas de delito por lo tanto tienen derecho al buen trato y la protección judicial junto a sus hijos/as tanto en el Sistema de Justicia Penal como de Familia. Estas madres que deciden proteger a sus hijos/as abusados sexualmente por su pareja son la excepción a la regla del silencio frente al incesto paterno. La investigadora y doctora en psicología Maribel Martínez, de Valencia, revela que solo un 2% de los casos de abuso sexual a niñas y niños se conoce, ya que cuando el abuso es intrafamiliar revela:

“La madre suele callar por miedo a su pareja, temor a la desestructuración familiar o por considerarse incapaz de afrontar por sí sola las consecuencias que acarrea el dar a conocer el abuso”. (ABC, 2012, p.3)

Los delitos como el abuso sexual a niños/as dentro de la familia son delitos que se callan principalmente por miedo de sus víctimas. La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2006) en estudio sobre 21 países en el año 2006 (en su mayoría desarrollados) señala que gran parte de la violencia ejercida contra los niños/as permanece oculta por muchas razones y destaca entre ellas el miedo; así lo expresa:

“Muchos niños tienen miedo de denunciar los episodios de violencia que sufren. En numerosos casos los padres, que deberían proteger a sus hijos, permanecen en silencio si la violencia la ejerce su cónyuge u otro miembro de la familia... El miedo está estrechamente relacionado al estigma que a menudo va unido a las denuncias de violencia, sobre todo en los lugares en que el “honor” de la familia se sitúa por encima de la seguridad y el bienestar de los niños” (OMS, 2006, p.9)

Frente a estas características evidencia este estudio de la OMS la importancia del cuidador no abusador del niño o niña referenciando investigaciones recopiladas donde surge que entre los factores que facilitan la recuperación de niñas y niños víctimas de violencias se encuentra *el firme apego del niño hacia algún miembro adulto de la familia y una relación cálida y de apoyo con un progenitor no maltratador*. Destaca asimismo que el contexto de la familia es el más complejo para dar respuesta a la violencia contra niños/as por ser la más privada de las esferas privadas, siendo que *en las últimas décadas se*

*ha reconocido y documentado que la violencia contra los niños ejercida por los padres y otros miembros cercanos de la familia —física, sexual y psicológica, así como la desatención deliberada— es un fenómeno corriente* (OMS, 2006) El abuso sexual a un/a niño/a es la más perversa y depredadora de esas violencias.

Esta perspectiva integradora del concepto de víctima, esta mirada despojada de la discriminación y prejuicios con las que se suele tratar a niños/as y madres protectoras que denuncian el incesto paterno, plantea cuestiones que deben ser analizadas desde una nueva perspectiva victimológica:

- la necesidad de dar apoyo institucional a las madres protectoras como medio para ayudar a la recuperación de sus hijos/as abusados sexualmente por el padre;

- la necesidad de dar credibilidad a la palabra del/a niño/a víctima de abusos sexuales paternos en los procesos judiciales penales y de familia;

- la efectiva protección y resguardo de la integridad física, emocional y psicológica del/a niño/a cuando existe denuncia de abusos sexuales paterno-filiales tanto frente a los planteos de impedimento de contacto (ley 24.270) en sede penal como al pedido en el Juzgado de Familia de revinculaciones, regímenes comunicacionales y custodias (unilaterales o compartidas) por padres denunciados por abusos sexuales a niños/as y sus parientes.

### **III. Las madres frente a la develación del abuso sexual paterno filial. Investigaciones**

Diversos estudios realizados hace varios años por profesionales de Argentina, Chile, Australia, Brasil e Inglaterra han expuesto la importancia que tiene para la recuperación del/a niño/a víctima de abusos sexuales intrafamiliares la conducta y apoyo de su madre no abusadora.

En el trabajo del año 1993 en Australia, realizado por Pam Keeble a partir del estudio "*Family Crisis Program*" revela que el apoyo dado a la madre protectora juega un rol determinante en la rehabilitación del/la niño/a víctima del abuso sexual; y cita lo expresado al respecto por la trabajadora social inglesa Kieran O'Hagan: "*el mayor riesgo para los que trabajan en protección es cómo conseguir que la madre protectora se ponga del lado del niño/a abusado/a. Ese tiene que ser el camino a seguir*" (O'Hagan en Keeble, 1993, p.1).

En nuestro país la Licenciada Ruth Teubal (2010) revela que las investigaciones hasta el momento de diferentes autores sobre estas mujeres lleva

a que debieran ser consideradas como víctimas directas al igual que sus hijos e hijas abusados; y que el cuidado, comprensión y sostén que los profesionales y las instituciones les brinden, permitirán su fortalecimiento y ello redundará de manera directa y positiva en sus hijos/as victimizados. Posteriormente presenta junto a Edith Fuentes su trabajo *“Las voces de las madres protectoras en su experiencia con el abuso sexual paterno-filial de sus hijos”* (Teubal, por Fuentes, 2014). Allí se comparten testimonios de madres protectoras frente al develamiento del incesto paterno y sus diferentes reacciones. Concluyen las autoras que debe darse apoyo y asesoramiento a estas madres protectoras tanto en las etapas iniciales del develamiento del abuso como luego frente a los complejos y prolongados procesos institucionales que le siguen para ayudar a la recuperación de sus hijos/as. Afirman las profesionales la necesidad de estudiar y conocer este nuevo campo del saber para no revictimizar a aquellas madres que denuncian abuso sexual paterno.

En la misma tesitura Caroline Sinclair y Josefina Martínez (2006), de la Pontificia Universidad Católica de Chile, indican la importancia del diseño de intervenciones con las madres protectoras. Mencionan la existencia de un amplio consenso en cuanto a señalar que el apoyo materno al niño/niña abusado/a es un factor de gran peso.

En el trabajo de investigación de Quitéria C. Magalhães Carvalho, Marli T. Gimenez Galvão, y Maria V. L. Moreira Leitão Cardoso (2009) de la Universidad Federal do Ceará, Brasil, *Abuso sexual infantil: Percepción de las madres frente al abuso sexual de sus hijas* revela lo siguiente con relación a la madre no abusadora:

“Cuando detectan indicios de que su hija fue abusada sexualmente o detectan tal fenómeno, esas madres llevan a serio lo que vieron y escucharon y generalmente toman medidas para proteger al niño. Entretanto, cuando las madres no reconocen la ocurrencia del abuso sexual, su protección materna se fragiliza, ya que no consiguen percibir los riesgos que el niño corre. De ese modo, sus hijos e hijas pueden quedar más vulnerables a las situaciones de violencia. De esa forma, conforme se destaca, la madre del niño victimado por el abuso sexual está incluida en esa cadena de víctimas afectadas por la violencia sexual los sentimientos evidenciados por las informantes representan un motivo de reflexión sobre la urgencia de formación y fortalecimiento de

una red social de apoyo” (Magalhães Carvalho, Gimenez Galvão, Moreira Leitão Cardoso, 2009, p.3).

La Dra. Carol-Ann Hooper (1994) de la Universidad de York, Heslington, Reino Unido, señala que en el contexto del abuso sexual infantil las madres son las actrices adultas primordiales en la protección de niñas y niños. Y constata que suelen ser a ellas a quienes los/as niños/as les cuentan los abusos antes que a los profesionales. Indica Hooper que la confianza y cooperación de la madre es un factor clave y significativo para que su hijo/a pueda recuperarse. Refiere la tendencia creciente entre los profesionales a establecer con estas madres alianzas por considerarlo vital para una intervención exitosa donde se exige sean atendidas tanto las necesidades de las madres como la de los niños/as.

#### **IV. Credibilidad de la palabra de niñas y niños víctimas de abusos sexuales paternos**

Crear el relato, la denuncia de la víctima de un delito sexual es fundamental como primer paso para su recuperación, la validación de su padecimiento como verdadero, es respeto a su dignidad humana. Escuchar y no creerle es fatídico para la víctima. Si esa víctima es un/a niño/a y su victimario es su padre y no se le cree cuando ha podido relatar el abuso sexual estos efectos serán devastadores.

Niñas y niños son seres humanos evolucionados en cuerpos frágiles que necesitan del adulto para sobrevivir. Tienen la sabiduría innata y la capacidad para expresar sus sentimientos con palabra, gestos, conductas, dibujos, juegos. Niñas y niños exponen con su palabra verdades muchas veces conmovedoras en el lugar y tiempo impredecible para los adultos. Pueden manifestar lo que sienten según su edad cronológica, con sus silencios, sus cambios abruptos de actuar. Como afirma Cecilia López (2013) se dice que son fantasiosos e inventan historias y no se observa que a diferencia del adulto que tan bien sabe mentir, al/la niño/a se le nota en la cara, son transparentes y además no pueden sostener en el tiempo mentiras. Resulta paradójico que los adultos menospreciemos la capacidad de niñas y niños de decir la verdad cuando es en el mundo del adulto donde se miente, se oculta tras buenas máscaras sociales. Niñas y niños expresan siempre lo que sienten y manifiestan las realidades ocultas en una familia. La

sociedad adulta teme por ello su palabra sea creída, teme la integridad de sus expresiones verbales que puedan evidenciar las realidades siniestras y ocultas tras el murallón familiar. *Ex ore parvulorum veritas venit*, de su boca viene la verdad que muchas veces los adultos nos negamos a ver, nuestra faz humana siniestra y oculta en la intimidad familiar. Descubrir lo siniestro en la conducta humana oculto tras la ciudadela familiar.

Niñas y niños no mienten, no saben sostener mentiras como si lo hace el adulto. Menos aún puede una niña o un niño mentir lo que por edad no puede comprender ni conocer y le afecta porque viene de aquel en que confía absolutamente y a quien ama. Es esta dualidad de sentimientos e impresiones lo que padece ese/a niño/a abusado/a sexualmente por su padre. Como lo expresa el Dr. Cornaglia al hablar de los abusos sexuales intrafamiliares:

“los niños/as abusados en el seno familiar se sienten atrapados entre la lealtad y el afecto por un lado y la percepción de la maldad y el sentido disvalioso de hechos que han sido forzados a cometer; de allí la intensa angustia que la situación vivenciada les genera” (Cornaglia, 2014, p.225)

No creer en lo que un/a niño/a cuenta sobre hechos que por su edad no está preparado para comprender, es no escucharlo. Forzar al niño/a tener contacto con el padre denunciado contra su voluntad es también no escucharlo ni respetarlo. No creer lo que la víctima relata afecta su dignidad humana (Marchiori, 2014). Es el derecho humano básico, el respeto a su dignidad: “todo niño es una persona única y valiosa y, como tal, se deberá respetar y proteger su dignidad individual, sus necesidades particulares, sus intereses y su intimidad” (Naciones Unidas, 2006, p.219).

Este recaudo esencial, la credibilidad a los relatos de abusos sexuales realizados por el/la niño/a en sede judicial es esencial para poder protegerlo institucionalmente. Afirma Marchiori (2014) que la seguridad del niño/a está significativamente relacionada al grado de credibilidad que se dé a la existencia del abuso y es el camino para su recuperación. Si no se cree no se protege. Si no se cree la palabra de ese/a niño/a se lo desampara. La ideología fomentada por el falso *Síndrome de Alienación Parental* (SAP) ha sido el germen nocivo que ha permitido en el ámbito académico del derecho y en la Justicia el descreimiento de la palabra de niños y niñas víctimas de abusos sexuales paternos y en el trato discriminatorio hacia sus madres protectoras. Este falso síndrome fue

cuestionado y desacreditado en nuestro país por la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación (Expte. 2953-D-2013) y por diversos Colegios de Psicólogos: Colegio de Psicólogos de la Provincia de Córdoba, de la Provincia de Buenos Aires (2013), de la ciudad de Bahía Blanca (2014), de Mar del Plata (2014) y por la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de La Plata (2014). Por mi parte he evidenciado la existencia del SAP en una resolución dictada en el año 2012 que se encuentra publicada.<sup>3</sup> En diversas naciones del mundo profesionales del derecho evidencian esta falacia cuyo fin es la defensa de varones pedófilos y violentos tras su rol paterno y el negocio para profesionales del derecho y la salud que los defienden<sup>4</sup>.

## V. Denuncias de abusos sexuales paternos en los procesos de la Justicia de Familia

Los estudios sobre las denuncias de abusos sexuales paterno demuestran que son de bajo porcentaje en los procesos de divorcio. Kathleen Faller (2008) cita los datos emergentes del estudio llevado a cabo por la *Association of Family and Conciliation Courts Research Unit* en el año 1990 donde de 9000 casos examinados de disputas por la tenencia o cuidado de los hijos/as solo el 1,9% (169 casos) incluyó acusaciones de abuso sexual. Faller por otra parte hizo sus propias investigaciones sobre el tema y contempla cinco causas probables para que el incesto emerja luego de la separación o divorcio:

-El/la niño/a se siente seguro/a para revelar el abuso porque el perpetrador ya no puede castigarlo/a.

-Si el ofensor era un hábil manipulador en su relación con el/la niño/a, su ausencia por el divorcio puede atenuar su poder de manipulación y el niño/ lo revela.

-Si el/la niño/a guardaba el secreto para mantener unida la familia al romperse el matrimonio se desvanece esa motivación para callar.

<sup>3</sup> Revista virtual Pensamiento Penal (2013) Página web ASAPMI (2012)

<sup>4</sup> Se citan algunas declaraciones y trabajos sobre el tema: en México recientemente la Asamblea Legislativa en pleno de la Ciudad de México aprobó la derogación de la figura de la alienación parental del Código Civil (México, 2017). Uno de los antecedentes es: la *Acción de inconstitucionalidad* (Gómez Gallardo, 2013). En Portugal Sottomayor (2016), en España Lorente Acosta (2013). Recientemente el Parlamento de Cataluña ha aprobado una moción que hace desaparecer el Síndrome de Alienación Parental (SAP) de las categorías diagnósticas (Cataluña, 2017). En Brasil Pereira da Silva (2006). En Uruguay Gallego (2013). En Estados Unidos Meier (2009). En Francia, Romito y Crisma (2009), Blavignac (2017) y Jean (2016). En Dinamarca Staun (2016).

-La madre puede haber evitado de manera consciente o inconsciente observar comportamientos presentes durante el matrimonio que al disolverse puede considerar en sus implicancias.

-La madre pudo estar al tanto del abuso sexual durante el matrimonio pero tenía temor o eligió tolerarlo por los beneficios que obtenía de esa relación en la investigación de Faller y DeVoe una cuarta parte de los casos entraban en esta categoría (Faller, 2008).

Carol Ann Hooper coincide con Faller en que es más factible que este delito se deleve en los divorcios; una de las razones que expone es que los niños/as son más capaces de hablar del abuso sexual cuando el padre abusivo se ha ido. En cuanto a la veracidad de estas denuncias expone Hooper:

"...lo que hasta ahora es la investigación más general sobre alegaciones de abuso sexual en el contexto de disputas por la custodia y el acceso no encontró evidencias de que fuera más probable demostrarlas falsas en este que en cualquier otro contexto (Thoennes y Tjaden, 1990). Muchas alegaciones quedan sin sustanciarse, pero esto no es lo mismo que decir que son falsas. El mito, sin embargo, demuestra que las madres enfrentan un dilema similar al de los asistentes sociales: fueron culpadas en el pasado por no tomar medidas, y ahora corren el riesgo de que se las culpe si lo hacen" (Hooper, 1994, p.41).

Por su parte, la perito forense Virginia Berlinerblau luego de su estudio de casos entre los años 1994 y 2000 concluye:

"contrariamente a la opinión popular y profesional mayoritaria las denuncias de abuso sexual se encuentran solo en el 2% de las disputas por custodia y de estas últimas, del 8% al 16,7 son falsas...La palabra "falsas" puede implicar tanto actividades erróneas como engañosas. Esta ambigüedad junto con prejuicios de género, puede conducir al descreimiento y la inculpación de los padres que denuncian abuso sexual en el contexto de una disputa acerca del régimen de visitas o de la custodia. Concluyendo las denuncias de abuso sexual son escasas en disputas por custodia y en estas el número de denuncias falsas es pequeño a pesar que inicialmente se consideraba un gran problema. Aunque el término "falso" puede implicar engañoso y mentiroso,

también puede significar erróneo y puede haber muchas razones diferentes para eso" (Vaccaro, 2009, p.128).

Es por lo tanto que la Justicia de Familia debe considerar que al denunciarse el delito de abusos sexuales para resolver custodias, revinculaciones y regímenes comunicacionales está frente a un/a niño/a y su madre protectora que deben ser contempladas como víctimas de delito a las cuales deben aplicarse todas las normativas nacionales e internacionales que preservan sus derechos y su protección judicial.

La mayoría de los procesos judiciales en incidencias sobre custodias y regímenes comunicacionales de los hijos concluyen en acuerdos de las partes. En situaciones de rispideces y conflicto sobre los/as hijos/as, la conducta del varón no violento o perverso es la de privilegiar el estado emocional de los niños/as aún cuando la madre tiene conductas arbitrarias o especulativas relacionadas al tema alimentario. El padre que ama al niño no quiere verlos por la fuerza y menos aún por vía judicial. Estas conductas donde al varón no lo frena el estado emocional del/a hijo/a son típicas de los violentos o de los denunciados por abusos sexuales de sus hijos/as. La práctica judicial diaria me ha demostrado esta notable diferencia de conductas. Los procesos judiciales de familia en su inmensa mayoría se concilian y las mediaciones de partes con la presencia del juez en cuanto a alimentos, custodias y regímenes comunicacionales son beneficiosas para el niño/a y para los padres; ese es el camino buscado por la mayoría de las parejas. El conflicto, el acoso legal y las presiones a través de denuncias es el territorio de procesos judiciales de custodia o revinculaciones donde hay denuncias de abusos sexuales o violencia paterna.

## **VI. Protección y seguridad del/a niño/a víctima de delito**

Frente a la denuncia de abusos sexuales paternos la primera medida judicial es la protección de la víctima. Siendo un/a niño/a resguardar su integridad física, emocional, psicológica constituye la aplicación efectiva del principio del *interés superior del niño* en conjunción con los principios que lo protegen como víctima del delito. Aquí el/la niño/a se encuentra en estado de mayor vulnerabilidad frente al adulto -padre denunciado-.

La suspensión de todo contacto del/a niño/a con el padre denunciado por abusos sexuales debe ser prioritaria. Es la aplicación al proceso judicial del

principio que debe regirlo cuando hay un niño/a víctima de un delito denunciado *in dubio pro infante*.

Ante la duda primero el/la niño/a y su protección, el resguardo de su integridad emocional, psicológica y física. Los tiempos procesales dispuestos para ese resguardo del/a niño/a.

Debe evidenciarse que estos varones denunciados por abusos sexuales de sus hijos/as accionan casi inmediatamente en el fuero de familia pidiendo revinculaciones, regímenes comunicacionales, custodias (compartidas o unilaterales) de los/as niños/as y su ofensiva contra la madre denunciante y todo operador judicial que dé credibilidad al relato del/a niño/a o valide el abuso sexual será feroz. Son los procesos de familia más complejos, expedientes de varios cuerpos e incidencias múltiples. La psiquiatra Consuelo Barea (2012) llama a estos varones "acosadores legales". Por su parte, Lundy Bancroft evidencia que estas mujeres que denuncian violencia o abusos sexuales paternos comenzarán su peor calvario en los tribunales de familia con los pedidos de custodia de los niño/as.

El resguardo de la seguridad y protección de la integridad física emocional del niño, niña víctima del delito es contemplado tanto por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 8) como en el informe de la FRA, Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dice:

"Las normas internacionales conceden clara prioridad a la protección de los niños que se enfrentan a procedimientos judiciales, a la vez que fomentan su participación. Un entorno protector y seguro es esencial para garantizar que los niños participen de forma plena y efectiva, así como para evitar posibles traumas posteriores".

Y el mismo informe cuando se refiere a las garantías procesales para garantizar a niñas y niños la protección, indica sus alcances:

"Garantizar a todos los niños que participan en procedimientos judiciales quedan protegidos de daños, posibles traumas posteriores y del riesgo de ser identificados antes, durante y después del procedimiento (FRA, 2015, p.11)".

Este recaudo esencial de otorgar al niño, niña víctima de abusos sexuales protección y seguridad debe ser contemplado en el fuero penal al momento en

que el/la niño/a tiene entrevista en Cámara Gesell evitando todo contacto (aun visual) con el denunciado y en el ámbito civil y como ya se ha expresado al momento de decidir sobre los pedidos de custodia, regímenes comunicacionales o revinculaciones.

Al respecto en el estudio realizado por miembros de la Agencia de la Unión Europea de Derechos Fundamentales (FRA) luego de haber entrevistado a 392 niños de entre 9 y 18 años de Alemania, Bulgaria, Croacia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Polonia, Rumanía y el Reino Unido que intervienen en procesos judiciales en la Unión Europea en calidad de víctimas, testigos o partes, evidencian la situación de estrés que padecen estos niños víctimas de abusos sexuales en tribunales; especialmente por la presencia del presunto agresor en circunstancias en que deben concurrir a los juzgados o comisarías (Agencia EFE, 2017) .

## VII. Conclusión

Los abusos sexuales a niños/s son una realidad pandémica mundial. El abuso sexual intrafamiliar paterno es el más silenciado de los abusos sexuales a niños/as en la historia humana. La madre que denuncia este delito permite el acceso a la justicia del niño/a. Debe ser apoyada y contenida por el sistema de justicia para ayudar al/a niño/a; ambos son víctimas del delito. En la credibilidad a la palabra del/a niño/a abusado/a está la puerta para su protección y para el quiebre de la impunidad del victimario en su rol paterno. El rechazo del niño a ver a su padre denunciado debe ser respetado; la justicia por la fuerza no es justicia, es represión de derechos humanos de ese/a niño/a. El/la niño/a como toda víctima de delito sexual necesita ser creído/a. El interés superior del niño aplicado en estos procesos donde el/la niño/a es víctima está en el resguardo de su integridad física, emocional y psicológica evitando todo contacto con el padre denunciado, es darle seguridad. La mirada discriminadora de los operadores judiciales sobre las madres protectoras debe cambiar hacia su concepción como figuras afectivas y contenedoras del/a niño/a evolucionando desde posturas ideológicas patriarcales y discriminatorias hacia las mujeres que denuncian delitos dentro de la familia. A modo de conclusión final sobre el tema tratado transcribo este párrafo del libro de mi autoría *Niñas y niños en la Justicia*:

“El movimiento por los derechos humanos de los niños, aquel impulsado por todos aquellos que promovemos en el sistema de justicia la

credibilidad de su palabra y el respeto efectivo en los procesos judiciales a su dignidad y su integridad, produce reacciones adversas y muchas veces feroces. Molesta hacer visibles los atropellos a los niños y niñas dentro de los entornos familiares, exponerlos en el sistema de justicia, sacarlos del territorio del secreto y la complacencia. La sociedad, cada uno de nosotros somos ella, prefiere no ver sus rostros mudos y tristes, ser sorda a los gritos silenciados en sus miradas, no indagar las verdades que nos cuentan con sus gestos silenciosos, sus dibujos, sus juegos. Es más fácil entrar en los territorios discursivos que bregan por los niños/as y sus derechos pero ocultando la realidad traumática de miles de infancias arrasadas, robadas por violencias físicas, sexuales, emocionales, en entornos que para los niños/as son de confianza y debieran ser de cuidado. Por eso el desafío es la causa de los niños/as y necesita de todos nosotros, cada uno donde está y actúa. Salir de los estados de indiferencia, complacencia y comodidad. En cada niño/a vulnerado/a estamos todos, nuestro futuro humano es un niño/a (Jofré, 2016, p.62)".

### **Bibliografía:**

- BANCROFT, L. (2017). *¿Porque se comporta así?*. Barcelona: Paidós.
- BAREA PAYUETA, C. (2012). *Los inconvenientes de la custodia compartida*. Barcelona: Ediciones Consuelo Barea.
- BERLINERBLAU, V. (2016). *El "falso Síndrome de Alienación Parental" o falso SAP: una falacia al servicio de la impunidad*. Sitio web: <https://cdconsejo.jusbaire.gov.ar/content/por-virginia-berlinerblau> [Consulta: 7/12/2017].
- BIDART CAMPOS, G. (2004). *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar.
- BORDELOIS, I. (2003). *La palabra amenazada*. Buenos Aires: Libros El Zorzal.
- BRASILIA. (2008). *XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD*. Sitio web: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037> [Consulta: 8/12/2017].
- CARDENAS, E. (2000). *El abuso de las Denuncias de Abuso*. Buenos Aires: La Ley.

- CATALUÑA, P. (2017). *El Parlament elimina la Síndrome d'Alienació Parental dels diagnòstics en casos d'abusos sexuals*. Sitio web: <http://catalunyasiqueespot.cat/parlament-elimina-sindrome-dalienacio-parental-dels-diagnostics-casos-dabusos-sexuals/> [Consulta: 8/12/2017].
- COLEGIO DE PSICOLOGOS, B. A. (2013). Sitio web: <http://colegiopsicologosd8.com.ar/wp-content/uploads/2015/09/sindrome-de-alienacion.pdf> [Consulta: 8/12/2017].
- COLEGIO DE PSICOLOGOS (2014). Sitio web: <http://www.colpsibhi.org.ar/boletin/pronunciamento-sap> [Consulta: 15/09/2014].
- COLEGIO DE PSICOLOGOS (2014). Sitio web: <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/notas/?id=507> [Consulta: 8/12/2017].
- CONSEJO DE EUROPA. (2010). Sitio web: [http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/7152\(1\).pdf](http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/7152(1).pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- CÓRDOBA, C. d. (Noviembre de 2013). Sitio web: <http://cppc.org.ar/2013/11/06/importante-resolucion-de-junta-ejecutiva-n-74613-sobre-sindrome-de-alienacion-parental-s-a-p/> [Consulta: 7/12/2017].
- CORNAGLIA, C. (2011). *El abuso sexual de menores. Criminal Plaga*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- CORNAGLIA, C. (2014). "Fisiopatología de la victimización sexual de niños". En *Serie Victimología*, 12 (pp. 225/230). Córdoba: Encuentro Grupo Editores.
- DELGADO, E. (2013). *Trastornos a medida de ideologías: el Síndrome de Alienación Parental*. Sitio web: <http://www.eparquideldgado.com/index.php/trastornos-a-medida-de-ideologias-i-el-sindrome-de-alienacion-parental/> [Consulta: 8/1/2013].
- DUSSICH, J. (2014). "La importancia de la vulnerabilidad para la Victimología". En H. Marchiori, *Serie Victimología*, 12 (pp. 11-18). Córdoba: Encuentro Grupo Editor.
- EFE. (2017). Sitio web: <http://www.efe.com/efe/america/portada/la-union-europea-denuncia-el-estres-y-miedo-que-sistema-judicial-causa-a-los-ninos/20000064-3186747> [Consulta: 8/12/2017].

- FALLER, K. (2008). Acusaciones de abuso sexual en divorcios. En *Abuso sexual en la infancia.3 La revictimización*. Editado por J. Volnovich, (p. 70). Buenos Aires: Lumen.
- FRA, A. d. (2015). *Una Justicia adaptada a la infancia. Perspectivas y experiencias de los profesionales*. Sitio web: <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/150505-justicia-adaptada-ninos-esp.pdf> [Consulta: 7/12/2017].
- FRA, E. U. (2015). Sitio web: <http://fra.europa.eu/es> [Consulta: 8/12/2017].
- GALLEGO, H. (septiembre de 2013). *Desenmascarando el Síndrome de Alienación Parental*. Sitio web: <http://www.caminos.org.uy/desenmascarandoalsap.pdf> [Consulta: 8/12/2017].
- GANDUGLIA, A. (2006). "Niñas y niños. Padres y madres. De víctimas primarias y secundarias". *Curso Anual del Consejo de los Derechos de NNA*. Buenos Aires.
- GOMES DA SILVA, G. (1985). *Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. México: Fondo de Cultura Económica.
- GÓMEZ GALLARDO, P. (5 de noviembre de 2013). *Acción de inconstitucionalidad*. Sitio web: [http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/06/accion\\_inconstitucional.pdf](http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/06/accion_inconstitucional.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- HOOPEL, C. (1994). *Madres sobrevivientes al abuso sexual de sus niños*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- JEAN, P. (2 de junio de 2016). *Le "Syndrome d'Aliénation Parentale", un négationnisme de l'inceste validé par les tribunaux français*. Sitio web : [http://www.huffingtonpost.fr/patric-jean/inceste-syndrome-alienation-parentale-negationnisme-tribunaux-francais\\_b\\_10257316.html](http://www.huffingtonpost.fr/patric-jean/inceste-syndrome-alienation-parentale-negationnisme-tribunaux-francais_b_10257316.html) [Consulta: 8/12/2017].
- JOFRÉ, G. (2016). *"Niñas y niños en la Justicia. Abuso sexual en la infancia"*. Buenos Aires: Maipue.
- KEEBLE, P. T. (1993). <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos>. Sitio web: [https://ccoso.org/sites/default/files/import/CP\\_csa\\_non-offending\\_vol3.pdf](https://ccoso.org/sites/default/files/import/CP_csa_non-offending_vol3.pdf) [Consulta: 8/12/2017]. <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos/articulo.asp?id=611>
- LOPEZ, C. (2013). *La búsqueda de la espada mágica*. Buenos Aires: Maipue.

- LORENTE ACOSTA, M. (30 de marzo de 2013). *Síndrome de Alienación Parental (SAP)*. Sitio web: <http://blogs.elpais.com/autopsia/2013/03/s%C3%ADndrome-de-alienaci%C3%B3n-parental-sap.html> [Consulta: 8/12/2017].
- MAGALHÃES CARVALHO, C.; GIMENIZ GALVAO, M.; MOREIRA LEITAO CARDOZO; M. (2009). "Abuso sexual: percepción de las madres frente al abuso. Sitio web: [http://www.scielo.br/pdf/rlae/v17n4/es\\_11.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rlae/v17n4/es_11.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- MARCHIORI, H. (2006). *Estudios sobre victimización*. En *Serie Victimología 2* (p. 219). Córdoba: Encuentro Grupo Editor.
- MARCHIORI, H. (2006). "Víctimas vulnerables: niños víctimas de abuso sexual". En *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas. ILANUD* (pp. 281-299). Córdoba: Nuevo Encuentro.
- MARCHIORI, H. (2014). "Vulnerabilidad y Proceso de Victimización Post-delictivo. El Derecho a la Reparación". En *Serie Victimología- 12* (pp. 45-70). Córdoba: Encuentro Grupo Editor.
- MEIER, J. (2009). "A Historical Perspective on Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation". Sitio web: [https://elearning2.uniroma1.it/pluginfile.php/193346/mod\\_resource/content/1/Alienation Parental.pdf](https://elearning2.uniroma1.it/pluginfile.php/193346/mod_resource/content/1/Alienation%20Parental.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- MÉXICO, A. L. (2017). "Aprueba ALDF eliminar del Código Civil del Distrito Federal la figura alienación parental". Sitio web: <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueba-aldf-eliminar-codigo-civil-distrito-federal-figura-alienacion-parental--34534.html> [Consulta: 8/12/2017].
- MONZÓN, I. (2008). *Abuso sexual contra menores: Violencia de la desmentida*.
- NACIONES UNIDAS, O. I. (2006). Directrices sobre justicia para niños víctimas y testigos de delitos. En *Victimología 2* (págs. 219-234). Córdoba: Encuentro Grupo Editor.
- OMS. (2006). Sitio web: [https://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG\\_violencestudy\\_sp.pdf](https://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG_violencestudy_sp.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- ONU. (1985). Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delito y abuso de poder. En *Serie Victimología- 3* (pp. 11-18). Córdoba: Encuentro Grupo Editor.

- PENAL, P. (2013). Sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos37878.pdf>. [Consulta: 8/12/2017].
- PEREIRA DA SILVA, T. (2006). "Abuso sexual: ação e reação!". Sitio web: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI28159,61044-Abuso+sexual+acao+e+reacao> [Consulta: 8/12/2017].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, D. (2001). Buenos Aires: Espasa- Editorial Planeta.
- ROMITO, P. y Crisma, M. (2009). Sitio web: [http://www.cairn.info/article.php?ID\\_ARTICLE=EMPA\\_073\\_0031](http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=EMPA_073_0031) [Consulta: 8/12/2017].
- SINCLAIR, C. MARTINEZ, J. (2006). "Culpa o Responsabilidad: Terapia con Madres de Niñas y Niños que han Sufrido Abuso Sexual". Sitio web: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-22282006000200003](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282006000200003) [Consulta: 8/12/2017].
- SOTTOMAYOR, C. (2016). *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra, Portugal: Editorial Almedina.
- STAUN, S. (2016). "Kvæl myten om de onde kvinder". Sitio web: <https://kommunen.dk/blog/kvael-myten-om-de-onde-kvinder/> [Consulta: 8/12/2017].
- TARDITTI, A. (2013). "Delitos Sexuales –Tensiones entre las Garantías del Imputado y Derechos". Sitio web: [http://ministeriopublico.jus.mendoza.gov.ar/capacitacion/201306\\_2.php](http://ministeriopublico.jus.mendoza.gov.ar/capacitacion/201306_2.php) [Consulta: 8/12/2017].
- TEUBAL, R. (2010). *Las madres frente al abuso sexual infantil intrafamiliar ¿Son víctimas?*.
- TEUBAL, R.; Fuentes, E. (2014). *Las voces de las madres protectoras*. Sitio web: <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2016/11/14.-dossier-TEUBAL.pdf> [Consulta: 8/12/2017].
- THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, N. (2012). Sitio web: <https://www.nsopw.gov> y <https://www.nsopw.gov/es/Education/FactsStatistics> [Consulta: 8/12/2017].
- ULLOA, F. (2005). "Sociedad y Crueldad". Sitio web: [http://www.me.gov.ar/curriform/publica/huerta\\_ulloa.pdf](http://www.me.gov.ar/curriform/publica/huerta_ulloa.pdf) [Consulta: 8/12/2017].

- UNICEF-Argentina. (2016). "Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos". Sitio web: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/resources\\_10849.html](https://www.unicef.org/argentina/spanish/resources_10849.html) [Consulta: 8/12/2017].
- UNICEF- Argentina. (2016). *Serie Violencia contra niñas niños y adolescentes.Nº3*. Sitio web: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/Proteccion-Violencia\\_sexual\\_contra\\_NNyA\\_2016.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/Proteccion-Violencia_sexual_contra_NNyA_2016.pdf) [Consulta: 8/12/2017].
- UNIÓN EUROPEA. (2017). Sitio web: <http://www.efe.com/efe/america/portada/la-union-europea-denuncia-el-estres-y-miedo-que-sistema-judicial-causa-a-los-ninos/20000064-3186747> [Consulta: 8/12/2017].
- UNLP, F. P. (22 de diciembre de 2014). Sitio web: <http://www.psico.unlp.edu.ar/article/printPreview/id/509> [Consulta: 8/12/2017].
- VACCARO, S. y. (2009). *El pretendido Síndrome de Alienación Parental. Un instrumento que perpetua el maltrato y la violencia*. Bilbao: Desclèe De Brouwer.
- VOLNOVICH, C., & Fariña, N. (2010). *Infancia Subjetividad y Violencia*. Buenos Aires: Lumen.
- WP, M. d. (2017). *Violences familiales / Ces enfants sacrifiés par la justice*. Sitio web: <http://wanted-pedo.com/bis/violences-familiales-ces-enfants-sacrifies-par-la-justice/> [Consulta: 8/12/2017].
- YOHAN BLAVIGNAT, L. F. (24 de febrero de 2017). *Violences familiales : ces enfants sacrifiés par la justice*. Sitio web: <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/02/21/01016-20170221ARTFIG00122-violences-familiales-ces-enfants-sacrifies-par-la-justice.php> [Consulta: 8/12/2017].

# LA AUTONOMÍA LEGISLATIVA DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO Y EL ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2014 (con especial referencia al contrato de transporte de pasajeros celebrado por medios electrónicos)

Por Griselda D. Capaldo

Recibido: 25/03/2017

Aprobado: 11/06/2017

## RESUMEN

Nos proponemos indagar en qué medida las múltiples prelaciones normativas consagradas por el nuevo Código Civil y Comercial inciden en la autonomía legislativa del Derecho Aeronáutico y, más específicamente, en la regulación que éste realiza del contrato de transporte aéreo de pasajeros. El eje axial de nuestro trabajo descansa: a) en el empleo del método analógico, b) en la tradición hermenéutica de interpretación jurídica; y c) en los principios generales que sostienen que *In toto jure genere per speciem derogatur* (en todo el dominio del derecho, la especie deroga al género), *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la ley no distingue, no debemos distinguir) y *ubi lex voluit dixit, ubi non voluit tacuit* (cuando la ley lo quiso, lo dijo; cuando la ley no lo quiso, calló). Si bien desde esa perspectiva al Código Civil y Comercial le cabe la función de norma subsidiaria, no queda claro cómo habrán de articularse sus preceptos de orden público con los consagrados por el régimen jurídico que regula al contrato de transporte aéreo. Por ende, el objetivo específico de este capítulo es analizar qué artículos y en qué medida las normas del nuevo Código repercuten en el contrato de transporte aéreo de pasajeros celebrado electrónicamente. Escogemos la contratación electrónica porque es la modalidad que impera mundialmente al momento de celebrar un contrato de transporte aéreo de personas. El trabajo se explaya sobre los siguientes asuntos. Uno de ellos se propone establecer cuál o cuáles de todas las precedencias normativas consagradas en el CCCN son relevantes, y por ende aplicables, al contrato de transporte aéreo. Otro se ocupa de discernir cómo ha de resolverse la tensión generada entre las nuevas normas de orden público del CCCN con las que ya

están consagradas en el Código Aeronáutico y en los convenios internacionales de transporte aéreo de los que la Argentina es Estado parte. El siguiente apunta a descifrar cómo se articulan las normas relativas al *e-commerce* acogidas en el nuevo CCCN con las prácticas consuetudinarias relativas al contrato electrónico de transporte aéreo de pasajeros. En el último proponemos soluciones concretas a los dilemas planteados al jurista por la contratación entre ausentes (en la modalidad *on-line*).

#### **PALABRAS CLAVE**

Transporte aéreo - Nuevo Código Civil y Comercial - Código Aeronáutico - *E-commerce* - Contrato entre ausentes.

**THE LEGISLATIVE AUTONOMY OF THE CONTRACT FOR CARRIAGE BY AIR  
AND THE ORDER OF PRECEDENCE SET UP BY THE CIVIL AND COMMERCIAL  
CODE OF 2014 (with particular reference to the contract for passengers  
transport by air concluded by electronic means)**

**By Griselda Capaldo**

**ABSTRACT**

The main purpose of this article is to examine the extent to which the numerous normative precedences enshrined in the new Civil and Commercial Code can affect the legislative autonomy of Air Law, and more specifically, the regulation of the contract for carriage by air of passengers. The analog method and the hermeneutic tradition of legal interpretation are at the core of our work as well as the following general principles: a) *In toto jure genere per speciem derogatur* (In the whole domain of the law, the species derogates the genre); *Lex specialis derogat legi generali* (A law governing a specific subject matter overrides a law which only governs general matters), *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Where the law makes not distinguish, we have not to distinguish) y *ubi lex voluit dixit, ubi non voluit tacuit* (When the law wanted to regulate the matter in further detail, it did regulate the matter; when it did not want to regulate the matter in further detail, it remained silent). Despite the fact that from such a perspective the Civil and Commercial Code plays a subsidiary role, it remains unclear how the Code articulates its precepts of public order with those enshrined by the legal regime that regulates the air transport contract. Therefore, the specific purpose of this chapter is both to individualize the articles and to analyze the extent to which the rules of the new Code have a direct impact on the contract of air transport of passengers concluded by electronic means. The focus of our analysis is on the use of electronic procurement systems because it is the modality that prevails worldwide when people enter into a contract of air transport. This paper deals with the following issues: (a) to determine which of the numerous normative precedences established by the CCCN are applicable to the air transport contract; (b) to discern and consequently to find a solution between the tensions generated by the new CCCN's rules of public order and those previously enshrined by both the Aeronautical Code and the international air transport agreements in which Argentina is a State party; (c) to elucidate the

manner in which the e-commerce rules enshrined by the new CCCN can be articulated with the customary practices carried out by passengers when concluding by electronic means a contract of transportation by air. Some concrete solutions resolving the dilemmas raised by contracts *inter absentes* are displayed at the end of this article.

#### KEYWORDS

Air transport - Civil and Commercial Code - Air Law -E-commerce - Inter absentes contract.

# LA AUTONOMÍA LEGISLATIVA DEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO Y EL ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2014 (con especial referencia al contrato de transporte de pasajeros celebrado por medios electrónicos)

Por Griselda D. Capaldo\*

## I. Introducción

Luego de ciento cuarenta y cinco años de vigencia, y con apenas 16 reformas parciales, el Código de Vélez fue derogado y sustituido por el que nos rige desde agosto de 2015, sancionado por el Congreso Nacional en 2014 y promulgado por el Poder Ejecutivo por ley 26994, del 7 de octubre de ese año. Este acto legislativo fusionó en un solo cuerpo a dos códigos de fondo, con lo que pasa a ser la nueva columna vertebral del derecho privado argentino.

Es habitual que la puesta en marcha de una nueva ley genere expectativas e incertidumbre, no siempre en dosis equivalentes. A escasos meses de que haya entrado en vigor, es lógico que la incertidumbre supere a las expectativas, no sólo porque su puesta en vigencia se adelantó cinco meses, sino por la incidencia que sus nuevos paradigmas tendrán en nuestra sociedad.

Al decir de sus autores, su nota característica es el respeto por los microsistemas jurídicos, eufemismo con el que se alude a las leyes especiales. Esta impronta se revela en las remisiones genéricas que su texto hace en ochenta oportunidades a la *lex specialis*. El admitir la existencia de tales microcosmos jurídicos obliga a que el legislador remita a ellos en reiteradas ocasiones. Esta no es una buena estrategia de técnica legislativa.

Pero además, sus autores han consagrado distintos órdenes de prelación normativa por medio de una docena de preceptos dispersos a lo largo del Código, como por ejemplo, los artículos 1, 2, 150, 768, 963, 964, 970, 1709, 1834, etc. La regla general es expuesta en el artículo 1, que transcribimos más abajo, pero hay otras para regular la constitución de las personas jurídicas de derecho privado, los intereses moratorios de las obligaciones de dar sumas de dinero, los contratos en general, los contratos innominados en particular, las relaciones de

---

\* Doctora en Derecho por la UBA. Investigadora Principal del CONICET. Profesor Titular de Derecho de la Navegación (regular) en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de Derecho del Transporte en la Maestría en Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho – UBA. Embajadora Científica de la Alexander von Humboldt Stiftung (2006-2012).

consumo, las disposiciones generales sobre responsabilidad civil, las que regulan los títulos valores, etc.

Consideramos que aquí yace otra debilidad de la nueva legislación de fondo que compromete su calidad legislativa, ya que –como veremos más adelante– esta técnica frustra la claridad, sencillez y eficacia de la norma (*vide* Acuerdo Interinstitucional, art. 25, UE, DO C 321/2003).<sup>1</sup>

Respecto de las fuentes normativas y su aplicación, el artículo 1 dispone que “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. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”

Respecto del artículo 1 transcrito más arriba, pensamos que hubiera bastado con mencionar únicamente a la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte, ya que los incisos 22 y 24 del artículo 75 de nuestra Carga Magna consagran un árbol jerárquico mucho más amplio y rico que el mencionado en la primera frase del artículo 1, pues además de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, nuestra Ley Suprema incluye también –y coloca por encima de la legislación vernácula– al resto de los tratados en los que la Argentina es Estado parte, en las condiciones de su ratificación. Entre ellos están los tratados que rigen a la aviación civil internacional, dentro de los cuales están subsumidos los tratados relativos al transporte aéreo.

Al referirse solamente a los tratados de derechos humanos y excluir del artículo 1 al resto de los tratados en los que la Argentina es parte, se violó el principio básico de concordancia interna, tan caro a la hermenéutica jurídica (Gutiérrez Pantoja, 1986, p. 141). Es un error grave de técnica legislativa.

Por cierto, el Código Aeronáutico es una de las leyes especiales a las que el CCCN remite. Lo hace de tres modos: expresamente, tácitamente o por vía de exclusión. Así, pues, excluye expresamente de su aplicación a los agentes

---

<sup>1</sup> Mejora de la calidad de la legislación. ARTÍCULO 25. Las tres Instituciones, en el ejercicio de sus atribuciones respectivas, velarán por la calidad de la legislación, es decir, por su claridad, sencillez y eficacia. Consideran que una mejora del proceso de consulta prelegislativa y un uso más frecuente de los análisis de impacto, tanto a priori como a posteriori, contribuirán a este objetivo. Manifiestan su decisión de aplicar plenamente el Acuerdo interinstitucional, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria.

aeronáuticos (art. 1501) y remite expresamente a la legislación aeronáutica en materia de privilegios (art. 2582, inc. f), en tanto que el envío a la norma especial es tácito en materia de transporte (art. 1281) y de responsabilidad civil (art. 1709).

Fuera de estos casos en los que se hace envío a la legislación aeronáutica, entre el Título Preliminar y los seis Libros que componen el CCCN hay otras 80 remisiones genéricas a leyes especiales, según dimana expresamente de los art. 4 (ámbito de aplicación subjetivo de la ley), 11 (proscripción del abuso de la posición dominante), 320 y 322 (instrumentos privados y particulares), 768 (obligaciones de dar sumas de dinero), 835 y 846 (solidaridad pasiva y activa), 851 (obligaciones concurrentes), 963 y 964 (prelación normativa en materia de contratos), 1094, 1106, 1117, 1119 y 1122 (contrato de consumo), 1247 (leasing), 1709, 1720, 1758 y 1774 (responsabilidad civil y función resarcitoria de la responsabilidad civil) y los artículos 2601 y 2609 (jurisdicción internacional), por solo mencionar a un puñado de ellos.

En comparación con el Código Civil y con el Código de Comercio ya derogados, en materia de contrato de transporte este nuevo plexo viene a enmendar un déficit normativo que aquejaba a aquellos dos, puesto que el Código Civil estaba ayuno de toda referencia al transporte y el Código de Comercio lo regulaba parcialmente dentro del capítulo dedicado a los acarreadores y portadores en lugar de hacerlo dentro de los contratos de comercio (Losada, 2015, p. 1). El CCCN, por el contrario, lo regula como instituto principal dentro del Título IV del Libro Tercero, dedicándole un capítulo específico titulado "Transporte".

## **II. Las mil y una prelaiones normativas establecidas por el CCCN**

Este apartado tiene el propósito de detectar qué normas y principios generales del CCCN son aplicables al contrato de transporte aéreo. Incluimos en este apartado a las relaciones de consumo, puesto que un sector de la doctrina especializado en los derechos del consumidor sostiene que ley 26.361, modificatoria de la 24.240, resulta plenamente aplicable al transporte aéreo nacional e internacional (Lowenrosen, 2008, p. 2) a pesar de que el artículo 32 de la primera fuera vetado por el Poder Ejecutivo Nacional al momento de su

promulgación por Decreto 565/2008.<sup>2</sup> El veto tuvo por finalidad impedir que se aplique la ley de defensa del consumidor, de forma directa, al servicio de transporte aerocomercial. El veto, entonces, tuvo por finalidad mantener el principio de subsidiaridad previsto en la ley 24.240. De este modo, al mantener vigencia la versión original, el contrato de transporte aéreo se rige por la normativa específica, esto es, el Código Aeronáutico y los convenios internacionales. Nuestra postura se enrola en lo que sostiene la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia federal especializadas en Derecho Aeronáutico.<sup>3</sup> Resiste a esa postura una corriente encabezada por quienes cultivan el Derecho de Consumo y por alguna jurisprudencia civilista.<sup>4</sup> El tema, de gran riqueza teórico-

<sup>2</sup> Al ser observado, recuperó su vigencia el art. 63 de la ley 24.340, por medio del cual se dispone que: "Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley."

<sup>3</sup> Entre los especialistas en Derecho Aeronáutico, se expresan a favor de la preeminencia de las normas aeronáuticas: Asís de Almeida, José Gabriel ("A legislação aplicável ao transporte aéreo internacional", en *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, N° 75/1998). Asís de Almeida, José Gabriel – Sant'Anna, Joao Marcelo ("El Sistema de Varsovia y el Convenio de Montreal en la jurisprudencia brasileña de los Tribunales Superiores", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Vol. I – 2015, pp. 37-69). Knobel, Horacio ("Defensa del consumidor y transporte aéreo. El nuevo régimen de la ley 26.993", en *Cedaeonline*, 11-02-2015). Gómez, Hernán ("El precio del contrato de transporte aéreo y las tarifas aéreas para residentes. Comentario al fallo Proconsumer y Otro c/Lan Argentina SA s/Sumarísimo", en *Cedaeonline*, 17-07-2013). Vassallo, Carlos ("Proyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor y transporte aerocomercial", en *Revista Ateneo del Transporte* N° 45, octubre 2007, p.5). Romualdi, Emilio ("Un novedoso fallo que trata viejas cuestiones. Comentario al fallo: Proconsumer y Otro c/Lan Argentina SA s/Sumarísimo", en *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico* - RLADA-XII-70. Número 11 - Febrero 2013). Guimarães de Souza, Iurii ("El derecho aeronáutico internacional brasileño en las relaciones de consumo [business to consumer - B2C]: La visión del Judiciario Brasileño en el transporte aéreo de pasajeros", en *elDial.com*, 11-09-2014).

Respecto de los precedentes jurisprudenciales, se pronunciaron en favor de la aplicación del Derecho Aeronáutico por sobre el Derecho del Consumidor los casos: "Unión de Consumidores de Argentina v. Aerolíneas Argentinas S.A." (CNApel. en lo Comercial, sala E S 11/02/2010). "Marcori Victoria Elsa c/Aerolíneas Argentinas", en *La Ley*, 08-10-2013, AR/JUR/30380/2013 (CNApel.CCFed, Sala III, 26-06-2013). "Mondelli c/Aerolíneas Argentinas", en *elDial.com*, 12-09-2013, AR/JUR/46995/2013 (Juzg.CCFed, 05-08-2013). "Aerolíneas Argentinas s/Concurso Preventivo s/Incidente de Verificación tardía promovido por Trovato Luis Fernando y otros", en *elDial.com*, 23-05-2008 (CNCom – Sala D, 06-03-2008). "Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur s/Incumplimiento de contrato aéreo" (expte. 064-00001977/96, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Delegación III)

<sup>4</sup> Entre los especialistas en Derecho del Consumo, se expresan a favor de la preeminencia de las normas del consumidor: Ghersi, Carlos ("La responsabilidad por violación de la obligación seguridad. Aporte en la interpretación del Código Civil y Comercial Comentario al fallo 'Brymer Karina Roxana c/ LAN Airlines SA s/ pérdida de equipaje' de la CNCIV Y COMFED", en *elDial.com*, 08-02-2017).

Se pronunciaron a favor del Derecho del Consumidor los casos: "González, María del Carmen c/Aerolíneas Argentinas" (Cám.Civil de Neuquén – Sala III, 17-06-2008). Respecto a esta sentencia nos preguntamos sobre su validez, ya que fue dictada por un tribunal incompetente (el fuero debió ser el federal). "Línea Aérea Nacional Chile SA c/DNCL (CNCont.Adm.Fed – Sala I, 29-10-2007). "SEMAC c/Air Madrid" (17° Juzgado Civil de Santiago de Chile, rol 20424-2008; 02-09-2013). En esta sentencia se condenó a Air Madrid porque continuó vendiendo pasajes aéreos pese a que conocía la mala situación económica de la aerolínea, que la condujo a la quiebra en diciembre de 2006. Aplicaron la legislación del consumidor en subsidio de la aeronáutica, por no encontrar normas en ella que resolvieran específicamente el conflicto, en los siguientes casos: "López Carlos c/Lloyd Aéreo Boliviano (Cám.Fed.Apel. de Tucumán, 10-09-2004). "Varig Linhas Aéreas SA contra Dirección

práctica, excede el objeto de este trabajo y merece ser tratado en profundidad en otro esquicio.

Como dijéramos antes, el CCCN dedica al menos una docena de artículos a establecer prelações normativas. Si bien la regla general está consagrada en el artículo 1, hay otras para regular la constitución de las personas jurídicas de derecho privado, los intereses moratorios de las obligaciones de dar sumas de dinero, los contratos en general, los contratos innominados en particular, las relaciones de consumo, las disposiciones generales sobre responsabilidad civil y las que regulan los títulos valores.

Si acotamos el análisis a las normas que se relacionan directamente con el tema abordado en este trabajo, los artículos se reducen a seis: el 1, el 2, el 963, el 964, el 1093 y el 1709. Para facilitar su estudio comparativo, los hemos distribuido en el siguiente cuadro:

<b>TITULO</b>	<b>LIBRO III</b>	<b>LIBRO III</b>	<b>LIBRO III</b>
<b>PRELIMINAR</b>	<b>DERECHOS</b>	<b>DERECHOS</b>	<b>DERECHOS</b>
<b>CAPITULO 1</b>	<b>PERSONALES</b>	<b>PERSONALES</b>	<b>PERSONALES</b>
<b>Derecho</b>	<b>TÍTULO II</b>	<b>TITULO III</b>	<b>TITULO V</b>
	<b>Contratos en General</b>	<b>Contratos de consumo</b>	<b>Otras fuentes de las obligaciones</b>
	<b>CAPÍTULO 1</b>	<b>CAPITULO 1</b>	<b>CAPITULO 1</b>
	<b>Disposiciones generales</b>	<b>Relación de consumo</b>	<b>Responsabilidad civil</b>
			<b>SECCION 1ª - Disposiciones generales</b>
<b>ARTÍCULO 1º.-</b>	<b>ARTÍCULO 963.-</b>	<b>ARTÍCULO 1094.-</b>	<b>ARTÍCULO 1709.-</b>
<b>Fuentes y aplicación.</b>	<b>Prelación normativa.</b>	<b>Interpretación y prelación normativa.</b>	<b>Prelación normativa.</b>
Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables,	<b>Cuando concurren</b> disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se	Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser	En los <b>casos en que concurren</b> las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial

Nacional de Comercio Interior" (CNApel.Cont.Adm.Fed. – Sala I, 26-11-2011). "Proconsumer y Otro c/Lan Argentina SA s/ Sumarísimo" (CNApel.CComFed., Sala II, 19-10-2012).

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. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

**ARTÍCULO 2°.**

**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 humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente

aplican con el siguiente orden de prelación:  
 a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;  
 b) normas particulares del contrato;  
 c) normas supletorias de la ley especial;  
 d) normas supletorias de este Código.

**ARTÍCULO 964.-**

**Integración del contrato.**

El contenido del contrato se integra con:  
 a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;  
 b) las normas supletorias;

aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

**En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.**

relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:  
 a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;  
 b) la autonomía de la voluntad;  
 c) las normas supletorias de la ley especial;  
 d) las normas supletorias de este Código.

con todo el ordenamiento.

c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

\* En todos los casos, el texto resaltado en negrita es nuestro

De la lectura del cuadro anterior emerge un aparente conflicto entre los artículos 963, 1094 y 1709. Todos pertenecen al Libro III dedicado a los "Derechos Personales". Cada uno de ellos apunta a resolver los casos de concurrencia entre las disposiciones del CCCN y las de las leyes especiales. El primero establece una prelación encabezada por "las normas indisponibles de la ley especial y de este Código". De modo similar, aunque no idéntico, en el tercero la prelación está liderada por "las normas indisponibles de este Código y de la ley especial". El segundo opta por la salomónica regla del *favor debilis*, ya que "En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

Decimos que el conflicto es aparente porque aunque el 963 alude a las *normas indisponibles de la ley especial y de este Código*, y el 1709 a las *normas indisponibles de este Código y de la ley especial*, esa inversión en el orden en que el legislador menciona al Código y a las leyes indisponibles especiales en uno y otro artículo, no altera los milenarios principios generales del derecho que dicen que *lex specialis generalis derogat* (la ley especial siempre deroga a la

general) y que *In toto jure genere per speciem derogatur* (en todo el dominio del derecho, la especie deroga al género), con mayor razón si la tensión se genera entre las normas de orden público especiales y las generales, como lo ilustraremos en el párrafo siguiente.

Subyace aquí otra falla de técnica legislativa pues no se respeta el principio de concordancia interna, o, más grave aún, desde la letra misma de la ley se alientan interpretaciones jurídicas incompatibles (Pérez Carrillo, 1999, p. 633).

Por estas razones, cuando en los “Fundamentos” del Anteproyecto de CCCN, respecto de las relaciones de consumo se sostiene que sus ‘mínimos de tutela’ no pueden ser derogados por ninguna ley especial sin afectar el sistema establecido por el CCCN, es indudable que tanto la Comisión Relatora como quienes colaboraron en la redacción del texto final del Código, sólo tuvieron en mente la situación más sencilla de resolver. Es decir, aquélla en la que una norma especial regula de manera pura y simple algún instituto que afecta el sistema consagrado en el CCCN para los contratos de consumo. Pero nos queda claro que los codificadores nunca se plantearon la hipótesis de que la ley especial estuviese edificada sobre normas de orden público que entren en conflicto con las normas indisponibles del nuevo Código. Más adelante demostraremos esto con un ejemplo concreto.

Consideramos, además, que el artículo 963 tiene un rango mayor al del 1709, ya que el codificador inscribió al primero entre las “Disposiciones generales” del Título II que resultan aplicables a todos los contratos que rigen a los “Derechos personales” reglados dentro del Libro Tercero. En la metodología del nuevo Código significa que la regla del artículo 963 ilumina a todo el Libro Tercero, mientras que el 1709 sería aplicable únicamente al Capítulo de la “Responsabilidad civil” con que comienza el Título V relativo a “Otras fuentes de las obligaciones” con el que culmina el mentado Libro Tercero.

La regla de interpretación hermenéutica que acabamos de exponer se destila de y confirma el brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi non voluit tacuit* (cuando la ley lo quiso, lo dijo; cuando la ley no lo quiso, calló).

En el apartado siguiente individualizaremos y analizaremos las normas generales del nuevo Código Civil y Comercial que, por el principio de subsidiariedad, son aplicables también al contrato de transporte aéreo.

## II.1. Normas de orden público del CCCN y normas de orden público del Código Aeronáutico y de los Tratados Aeronáuticos Internacionales de los que la Argentina es Estado parte

El artículo 12 del CCCN, sobre orden público y fraude a la ley, es muy claro al disponer que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.” La norma transcripta mantiene el criterio establecido en el art. 21 del anterior Código Civil<sup>5</sup> y regula además el fraude a la ley imperativa, según lo había previsto el Proyecto de 1998.

Por su parte, el Convenio de Varsovia de 1929, vigente entre 152 Estados al momento de escribir este opúsculo,<sup>6</sup> concede al transportador el derecho de limitar cuantitativamente su responsabilidad por los daños causados al pasajero, a su equipaje y a la carga transportada. El límite cuantitativo varía según que el damnificado sea el pasajero (art. 22.1), el equipaje registrado y la mercadería (art. 22.2), o el equipaje de cabina (art. 22.3). En cada caso los montos ascienden hasta 125.000 francos Poincaré, 250 francos Poincaré por kilogramo, y 5.000 francos Poincaré por equipaje de cabina por viajero, respectivamente.<sup>7</sup>

La fuente directa de ese límite cuantitativo fue el convenio de Berna de 1890, que consagró la limitación de responsabilidad para el transporte ferroviario<sup>8</sup>. La fuente ancestral fue el noxal del Derecho Romano (Ripert, 1954, p. 132), al que refieren tanto la Ley de las XII Tablas (mediados del siglo V a.C.) como la Lex Aquilia (siglo III a.C.). Se la empleaba en el comercio marítimo, permitiéndose que el propietario integrara una *societas maris* en virtud de la cual sólo respondía con su buque. El patrimonio terrestre quedaba excluido

<sup>5</sup> ARTICULO 21.- Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres,

<sup>6</sup> La Argentina depositó el instrumento de ratificación el 21/03/1952 y para nuestro país entró en vigor a partir del 19/06/1952. Fue adoptado por Ley 14.111 (B.O. 29/10/1951).

<sup>7</sup> Los 125.000 francos Poincaré equivalen u\$s 296.133,53 según la cotización de la Onza Troy al 23 de marzo de 2017 (equivalentes a unos \$ ARG 4.680.909). Sobre la base de la misma cotización de la Onza Troy en el mercado internacional, los 250 francos Poincaré equivalen a u\$s 592,25 por kilo (unos \$ ARG 9.360 por kilo), y los 5.000 francos a u\$s 11.845,34 (unos \$ ARG 187.720 por equipaje). Los 125.000 francos Poincaré establecidos como tope indemnizatorio para las personas, fueron duplicados a 250.000 por el Protocolo de La Haya de 1955 (o sea, según cotización actual del dólar en la Argentina, unos \$ ARG 9.362.000)

<sup>8</sup> Sus límites alcanzaban los 700.000 francos por pasajeros en caso de muerte o lesiones, y de 50.000 francos en caso de pérdida o daños al equipaje.

completamente de la prenda común de los acreedores. Es sencillo inferir que en la *societas maris* está el germen de la actual sociedad anónima. Esta limitación cuantitativa de responsabilidad cuenta con una prosapia de 2500 años y, como tal, es muy anterior a la *restitutio in integrum*, que nace con el Derecho Pretoriano alrededor del 190 d.C. (Fescia, 1996, p. 41).

Con claridad meridiana lo expuso el Maestro Federico Videla Escalada (1976, T. IV-A, p, 175) al decir que "Toda la trama de la Convención de Varsovia muestra el esfuerzo por instituir un régimen de responsabilidad equilibrado, que tratara a todos los interesados con criterio equitativo y no causara perjuicios injustificados a ninguno de ellos". Para mantener ese equilibrio propio de la obra de un orfebre del derecho, el art. 23 del Convenio de Varsovia impone que "Toda cláusula que tienda a eximir al transportador de su responsabilidad o a fijar para ésta un límite menor al fijado en la presente Convención será nula y no producirá efecto alguno; pero la nulidad de tal cláusula no entrañará la nulidad del contrato, que quedará sometido a dicha Convención." La imperatividad de este precepto está reforzada por otros artículos del mismo cuerpo legal internacional, que, recordamos, tiene jerarquía superior a las leyes de la República según lo impone la Constitución Nacional que nos rige desde 1994. Los artículos a los que hacemos referencia son: el 24.1, el 24.2, el 27, así como el último párrafo del 22.1 y del 22.2.

Respecto de los daños causados al equipaje y a la carga, el art. 24.1 estatuye que "no podrá ser ejercitada a ningún título acción alguna de responsabilidad más que en las condiciones y límites establecidos por la presente Convención". En cuanto a los daños a los pasajeros, el art. 24.2 dispone que "se aplicarán también los preceptos del párrafo precedente, sin perjuicio de la determinación de las personas a quienes correspondan las acciones y de sus derechohabientes". El art. 22.1 da paso a una regla de equidad, pues admite que "mediante pacto especial con el transportador, el viajero podrá fijar un límite de responsabilidad más elevado". Idéntica solución adopta el 22.2 para el equipaje y para la carga. Por fin, el art. 27 es contundente al imponer que "En caso de defunción del deudor [es decir, del transportista], la acción de responsabilidad, en los límites previstos en la presente Convención, se ejercerá contra sus derechohabientes". La *ultima ratio* de esta disposición es evitar que los deudos desarmonicen el delicado equilibrio de derechos diseñado por el Convenio mediante acciones ejercidas de *iure proprio* en lugar de hacerlo de *iure*

*hereditatis*. Es decir, cualquiera sea el tipo de acción que interpongan, por derecho propio o como herederos, las normas imperativas del Convenio son de aplicación inexorable.

El Protocolo de La Haya de 1955 duplica el límite del monto de la indemnización que podría recibir el pasajero y extiende a los dependientes el derecho a ampararse en los mismos límites si prueban que actuaban en el ejercicio de sus funciones, con la aclaración legal de que “El total de la indemnización obtenible del transportista y de sus dependientes, en este caso, no excederá de dichos límites.” (art. 25.A.2, La Haya, vigente entre 137 países).

El delicado sistema de pesos y contrapesos de naturaleza imperativa enhebrado por el Convenio de Varsovia y su Protocolo de La Haya, permite perder el derecho a limitar cuantitativamente la responsabilidad demostrando el dolo del transportador, o bien su temeridad. También el pasajero pierde el derecho a reclamar, total o parcialmente, si hubo culpa de su parte o si contribuyó a causar el daño.

Esa limitación cuantitativa de responsabilidad, también consagrada en el Convenio de Montreal de 1999, es de orden público (o norma indisponible, como prefiere llamarla ahora el legislador civil y comercial). Subrayamos con énfasis que esa limitación cuantitativa en ningún caso debe ser confundida, como suelen hacerlo algunos jueces, con la responsabilidad tasada. Las principales diferencias entre Montreal de 1999 y los convenios y protocolos que integran el Sistema Varsovia estriban en que: a) las indemnizaciones ya no se calculan en Francos Poincaré sino en Derechos Espaciales de Giro; b) la reparación al pasajero es integral<sup>9</sup> (salvo que él opte por un pago de hasta 113.100 DEGs)<sup>10</sup>; y c) están totalmente prohibidas las indemnizaciones punitivas, ejemplares o de cualquier otra naturaleza que no sean compensatorias (art. 29). Al 23 de agosto de 2017 el Convenio contaba con 129 países miembros. La Argentina es parte en todos los tratados mencionados en este estudio.

Son numerosos los artículos sobre los que ese mínimo de orden público queda apuntalado, tanto por voluntad del legislador aeronáutico (y marítimo)

<sup>9</sup> El Convenio de Montreal de 1999, siguiendo las pautas del Acuerdo Interlineal Japonés de 1992, consagra un sistema de responsabilidad en dos capas: hasta cierta suma de dinero (100.000 DEGs originalmente) la responsabilidad del transportador es objetiva fundada en el riesgo. Por encima de esa cifra es subjetiva fundada en la culpa. Por ende, la opción que ejerza el pasajero en función de la indemnización que reclame tiene consecuencias sobre el sistema de responsabilidad y exoneraciones aplicable.

<sup>10</sup> Desde el 30 de diciembre del año 2009 el monto inicial de 100.000 DEGs fue elevado a la suma de 113.100. La actualización de esa cifra está prevista en el artículo 24 del Convenio de Montreal.

como por las voces más autorizadas de la doctrina. El más relevante de todos es el que consagra la limitación cuantitativa de responsabilidad del transportador aéreo (y marítimo) en caso de daños ocasionados a las personas y cosas transportadas por vía aérea.

Desde 1929, inúmeros convenios las han acogido sin que ello suponga una violación del orden público argentino, ni mucho menos del principio de la *restitutio in integrum* que fue introducido por el Pretor romano como remedio extraordinario hace unos 1.800 años y que sólo era concedido por el magistrado si mediaban causas graves, como la violencia, el dolo, el error, la cautividad como prisionero de guerra, o la minoría de edad.

El Código Aeronáutico argentino, por respeto a la uniformidad del derecho interno con el internacional, consagra normas semejantes en los artículos 144 (límite cuantitativo en caso de daños al pasajero), 145 (límite cuantitativo por daños al equipaje y a la carga), causales de exoneración total o parcial del transportador frente al pasajero y/o al cargador (art. 142 y 143), pérdida del derecho a limitar su responsabilidad (art. 147) y el art. 146 que ratifica la regla del mínimo de orden público al estipular que "Toda cláusula que tienda a eximir al transportador de su responsabilidad o a fijar un límite inferior al establecido en este capítulo es nula; pero la nulidad de tales cláusulas no entraña la del contrato. En cambio, podrá ser fijado un límite mayor mediante pacto expreso entre el transportador y el pasajero."

### **II.1.a. Breve discusión sobre la constitucionalidad del límite cuantitativo consagrada en la legislación aeronáutica nacional e internacional**

Como subraya Federico Videla Escala, uno de los Maestros del Derecho Aeronáutico mundial, siempre que se aborde este tópico y se lo ponga en cuestión, "conviene destacar que el principio de la reparación integral no es de orden público" (1976, T° IV-A, p. 378).

La constitucionalidad del límite cuantitativo de responsabilidad consagrado en el Código Aeronáutico fue analizada y admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tres oportunidades: (a) 1961 en el caso Nealón, Hugo y Celia c/ Aerolíneas Argentinas, (b) en 1998 en autos Corzo, Malvina A. Tello Vda. de y otros c/ Misiones Pcia. de; Santos, Waldemar H.; Benitez, Darío V. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios, (c) y en 2006

en el caso Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otro c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/daños y perjuicios.

En el primero de ellos el máximo tribunal ofreció un argumento que aún hoy sigue siendo irrefutable: limitar cuantitativamente el monto indemnizatorio es una decisión política que está exenta de apreciación jurisdiccional. El criterio de política legislativa que encuadra el caso como no justiciable es el de favorecer una actividad para fomentar el intercambio mediante la aeronavegación. La actora había sostenido que la limitación cuantitativa de responsabilidad establecida en el art. 139 del Código Aeronáutico vulneraba el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, ya que creaba una situación de privilegio para el transporte aéreo con relación a otros medios de transporte. El Supremo Tribunal concluyó que era incorrecto llamar privilegio a lo que en realidad es un *ius singulare*.

En 1998 la Corte Suprema se fundó en el citado caso Nealón para rechazar la demanda interpuesta por los herederos del señor Corzo, argumentando que: "El derecho aeronáutico se caracteriza, entre otros rasgos, por la especialidad de los principios generales que lo gobiernan y la tendencia a la completividad de la disciplina tanto en el aspecto público como en el privado, lo que le confiere un grado de autonomía que, sin desatender la interrelación eventual con otras ramas del derecho, le acuerda un marco normativo autosuficiente (art. 2º, ley 17.285). En esa inteligencia aparece con caracteres nítidos el régimen de responsabilidad del transportador aéreo, que muestra un sistema orgánico en lo atinente a los factores de atribución de responsabilidad y en su limitación cuantitativa."

La misma argumentación es reiterada por la Corte Suprema en el año 2006, en el caso Ferrari de Grand, respecto del cual añade que "cabe recordar que en el caso de Fallos: 250:410 [se refiere al precedente "Nealón"] esta Corte ha admitido la validez constitucional de este sistema con argumentos que reconocían su razón de ser en las modalidades específicas de la actividad aérea, que requiere un marco legal específico (ver además, Fallos: 314:1043). Por lo demás, es principio recibido que la responsabilidad regulada en la ley aeronáutica comprende todos los casos en que el hecho de la navegación aérea cualquiera que fuese su finalidad sea causa del daño producido (Fallos: 321:3224 citado, considerando 4º)." Es así que el máximo tribunal argentino concede indemnización a los accionantes de conformidad "con la limitación cuantitativa

establecida en el art. 144 del Código Aeronáutico, que resulta admisible de acuerdo con lo establecido en los considerandos 8° y 9°." El fallo es suscripto en disidencia parcial por el Juez Petracchi, que encuadra la situación en el art. 163 del Código Aeronáutico por considerar que se estaba ante un transporte aéreo gratuito. En su disidencia aplica, por ende, la limitación cuantitativa que éste prevé (300 pesos argentinos oro).

También la Cámara Civil y Comercial Federal se pronunció a favor de su constitucionalidad en los años 1992, 1998 y 2014 en autos "Emmert de Esteban, Clara y otra c/ ASTRO S.A. s/daños y perjuicios", en "Romero Cruz, Félix c/Estado Mayor de la FAA y otros s/ daños y perjuicios", y en "A.C. c/Aerolíneas Argentinas", respectivamente. En el primero de ellos sostuvo que "El fundamento de la restricción al tope indemnizatorio tiene que ver originariamente con la naturaleza misma de la actividad del transportista aéreo, de por sí riesgosa,...". También aclaró que "Ese tope es una simple limitación cuantitativa que no debe ser abonada en todos los casos, sino que tan sólo no puede excederse, razón por la que el Tribunal está facultado para conceder cantidades menores" cuando juzgue que los perjuicios no alcanzan a llegar al tope máximo fijado por la legislación aeronáutica. Aclaremos que el transportador pierde el derecho a limitar su responsabilidad en caso de que hubiese actuado con dolo (conf. Código Aeronáutico) o incluso con temeridad (conf. convenios internacionales que rigen la materia), tanto propios como de sus dependientes y agentes. Hay otras causales que conllevan la pérdida del derecho a limitar, tales como no expedir el documento de transporte o expedirlo sin ciertos datos clave identificados en la legislación (conf. Código Aeronáutico y convenios del sistema Varsovia).

El pronunciamiento más reciente data de 2014 (A.C. c/Aerolíneas Argentinas) en el que el magistrado Ignacio María Vélez Funes, de la Cámara Federal de Apelaciones de la provincia de Córdoba, al momento de evaluar la (in)constitucionalidad de los topes indemnizatorios fijados en el artículo 22 de la Convención de Varsovia-La Haya, expuso lo siguiente: "Cabe señalar, que esa disposición normativa, esto es la Ley 23.556 por la cual se aprueban los Protocolos Adicionales que establecen los topes indemnizatorios aquí cuestionados, concierne a las facultades del Congreso de la Nación, por lo que no compete a los jueces evaluar su conveniencia o acierto, mas sí procede examinar si la limitación cuantitativa aquí cuestionada, es proporcionada a su fin

y, por lo tanto, razonable, en cuanto a la afectación de derechos y garantías constitucionales (art. 28 C.N.)” “...No encuentro, pues, que la normativa impugnada vulnere el imperio de la Constitución Nacional, toda vez que en la especie, se presentan circunstancias objetivas para justificar un régimen diverso, sobre cuya conveniencia o mérito -como dije- no me cabe opinar...”.

Prestigiosa doctrina nacional y extranjera se pronuncia a favor de la legalidad y constitucionalidad de este límite así como de su naturaleza de orden público. Entre ellos, Federico Videla Escalada (1976, pp. 351-352, 366-368, 370-371, 374-375y 378 *in fine*) y Héctor A. Perucchi (1957, p. 78; 1969, p. 147-148), autores del Código Aeronáutico que aún nos rige. También Agustín Rodríguez Jurado (1986, p. 244), Graciela Arrola de Galandrini (2003, p. 3), Luis Tapia Salinas (1953, p. 261) y José G. Asís de Almeida (2000, p.129-130), por solo citar a los más notables.

Cuestionan la constitucionalidad del límite cuantitativo los Dres. Luis Romero Basaldúa (reconocido especialista en Derecho Marítimo) y Manuel Augusto Ferrer (prestigioso especialista en Derecho Espacial). Oriundos de Córdoba, ambos han dejado una huella y escuela que orienta a sus discípulos en esa línea de pensamiento. Ferrer, a quien sigue Romero Basaldúa, sostiene que la limitación cuantitativa sólo está respaldada en motivos de conveniencia económica más que en un real sentido de la equidad (1968, p. 156).

Avaló su punto de vista la justicia ordinaria marplatense, en autos “Caparrós Mirta G. c/ Blanchod Marcelo y otros s/daños y perjuicios” (2012). El Camarista preopinante, Roberto J. Loustaunau, consideró “...que el límite cuantitativo del art. 163 del C.A. debe ser desplazado, aplicando las normas del derecho común en razón de que la norma especial no supera el test de lo que Bidart Campos denomina ‘razonabilidad axiológica’, resultando violatoria de los derechos constitucionales de la actora...[...] especialmente el de igualdad, porque establece una discriminación legal, al fijar criterios indemnizatorios distintos -dentro del mismo sistema- entre quien es transportado gratuitamente por un servicio de transporte aéreo o no”. Por argumentos similares también declara la inconstitucionalidad del límite cuantitativo del art. 163 la Cámara Civil de Mercedes en autos “Freggiaro Roberto M. y ots. C. Aeroclub Luján y ots. S. Daños y perjuicios” (2006). Obsérvese que ambas sentencias: (a) fueron pronunciadas por la justicia ordinaria, y no por la federal; (b) eludieron aplicar pacífica, prolongada en el tiempo e incontrovertida opinión de la Corte Suprema de

Justicia en sentido contrario al decidido por ellas, incluso respecto a la constitucionalidad del límite cuantitativo del artículo 163 del Código Aeronáutico; (c) ninguna de ellas cuestiona la constitucionalidad del límite cuantitativo *per se* ni tampoco *in se*, sino únicamente la del meneado artículo 163.

En suma, lo que queremos hacer notar en este trabajo es que las normas indisponibles del CCCN (o de orden público, como preferimos denominarlas para seguir la tradición lingüística de los ilustres fundadores de nuestro orden legal), por ser generales, carecen de entidad y peso propio para derogar ni alterar ninguna norma imperativa consagrada en las leyes especiales argentinas (v.gr., nuestro Código Aeronáutico) ni las dispuestas en los convenios internacionales de los que la Argentina es Estado parte.

Hemos de sumar otro argumento de peso, procedente de un Tratado internacional que codifica la costumbre varias veces centenaria de los Estados que integran la comunidad de las naciones. Nos referimos al artículo 27 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, que regula las relaciones entre el derecho interno (por ejemplo, nuestro CCCN) y la observancia de los tratados: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

En el apartado siguiente individualizaremos y analizaremos las normas generales del nuevo Código Civil y Comercial que, por el principio de subsidiariedad, son aplicables también al contrato de transporte aéreo.

### **III. Normas y principios generales del nuevo Código Civil y Comercial que son aplicables al contrato de transporte aéreo (ordinario y electrónico)**

El CCCN trae varias normas de aplicación indiscutible al momento pre-contractual del transporte aéreo. Entre ellas individualizamos los artículos 9 a 11, el 14, el 958 a 964, el 1292 y el 1313.

El art. 11, relativo al abuso de la posición dominante, establece que "Lo dispuesto en los artículos 9 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales." Aclaremos que el artículo 9 es el que consagra el principio genérico de buena fe y el 10 es el que proscribe el ejercicio abusivo de los derechos. El último, a su vez, se complementa con el artículo 14, que en relación a los derechos individuales y de incidencia colectiva establece

que “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar [...] a los derechos de incidencia colectiva en general”, pues entre estos últimos se enlistan los derechos del consumidor.

El artículo 958 también es susceptible de aplicación a la etapa pre-contractual de transporte aéreo, por cuanto se refiere a la libertad de contratación: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.”

En relación al segundo momento, el de ejecución del contrato de transporte aéreo en sí, a pesar de contar con normas específicas que gobiernan la materia en el plano interno como en el internacional (v.gr., el Código Aeronáutico y los tratados internacionales), hay algunas otras del CCCN que no pueden soslayarse, como los artículos 959 a 964.

El 959 se refiere al efecto vinculante de todo contrato;<sup>11</sup> el 960 restringe las facultades de los jueces para modificar lo estipulado por las partes;<sup>12</sup> el 961 reitera el principio de buena fe en el ámbito contractual y concuerda con el 1198 del Código de Vélez;<sup>13</sup> el 962 re-escibe el 1197 del Código velezano;<sup>14</sup> el 963 consagra una prelación normativa para interpretar los contratos. Como lo expresamos en la sección anterior (ver numeral 2 del presente trabajo), ese orden de prelación está encabezado por las normas imperativas de las leyes especiales y del propio Código, seguidas por las normas particulares del contrato, las supletorias de la ley especial y las supletorias del CCC; finalmente, el 964 señala qué normas y usos integran el contenido de todo contrato. Por vía hermenéutica interpretamos que el 964 añade los usos y prácticas del lugar de celebración a la prelación normativa establecida por el art. 963.

<sup>11</sup> ARTÍCULO 959.- Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

<sup>12</sup> ARTÍCULO 960.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

<sup>13</sup> ARTÍCULO 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

<sup>14</sup> ARTÍCULO 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

Consideramos que ese artículo 963 es de vital importancia a la hora de interpretar lo prescripto en el art. 1292,<sup>15</sup> que tiene por no escritas las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista por muerte o daños corporales del pasajero; y lo prescripto en el art. 1313,<sup>16</sup> que prohíbe limitar la responsabilidad por daños a las cosas transportadas. ¿Cómo inciden ambos preceptos en el contrato de transporte aéreo, en donde la limitación cuantitativa de responsabilidad integra ese orden público mínimo impuesto por el Código Aeronáutico y por los tratados internacionales que rigen la materia?

Como lo hemos explicado en varias oportunidades, para nosotros está claro que es intención del legislador que las normas especiales siempre prevalezcan sobre las del CCCN, aunque el artículo 963 no lo verbalice tan diáfananamente.

Veámoslo con un poco más de detenimiento. En caso de conflicto entre el CCCN y la ley especial, el inciso a) del art. 963 estipula que en primer lugar prevalecen las normas indisponibles de la ley especial y las del Código. Por el uso de la cópula “y”, pareciera que ambos regímenes, especial y general, están en pie de igualdad. Notamos, además, que el codificador solo habla de la prevalencia de unas sobre otras, pero guarda silencio respecto del conflicto específico entre normas indisponibles de la ley especial y normas indisponibles del Código.

Postulamos una vez más que para nosotros está claro que lo que se destila implícitamente de la voluntad del legislador en este caso es que, aunque estén en paridad, prevalecen las normas indisponibles de la ley especial por el mero hecho de que ese inciso está en línea con las pautas hermenéuticas relativas a la aplicación de uno de los principios generales del derecho, en el sentido de que la ley especial (y por extensión y con más razón aún, sus normas de orden público) siempre prevalece sobre la general, aunque ésta sea posterior.

Dado entonces que la limitación cuantitativa de responsabilidad es norma de orden público tanto en el Código Aeronáutico, como en los Convenios de Varsovia-La Haya de 1929/1955 y en el de Montreal de 1999, no nos cabe duda de que su aplicación es incuestionable y que ello no viola lo dispuesto en el 1292 y ni en el 1313 del CCCN. Añadimos a esto que el tema de la indemnización

---

<sup>15</sup> ARTÍCULO 1292.- Cláusulas limitativas de la responsabilidad. Las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas.

<sup>16</sup> ARTÍCULO 1313.- Limitación de la responsabilidad. Prohibición. Los que realizan habitualmente servicios de transporte no pueden limitar las reglas de responsabilidad precedentes, excepto en el caso del artículo 1310.

integral por daños al pasajero ya fue resuelta por Montreal de 1999 a favor de una reparación total.

En suma, los artículos 963, 1292 y 1313 del CCCN no alteran el orden de prelación de fuentes consagrado en el art. 2 del Código Aeronáutico sino que lo ratifican.<sup>17</sup> Además, refuerzan el vigor de las normas indisponibles de la ley especial, v.gr., las del Código Aeronáutico y las de los convenios internacionales.

Adicionalmente, por el principio de subsidiariedad, ciertas normas y principios generales del CCCN son aplicables al contrato de transporte aéreo, pues las complementa en razón de ser de aplicación genérica a todo contrato, sea durante la etapa pre-contractual como la de ejecución.

Ellas son el ya mencionado artículo 9, por cuanto estipula que “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”; el 10, que recuerda que “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”; y el 12, que en relación al orden público y el fraude a la ley establece que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Aquí cerramos nuestro análisis de las normas generales del nuevo Código Civil que, por el principio de subsidiariedad, son aplicables también al contrato de transporte aéreo, para pasar a examinar qué incidencia tienen sobre el contrato electrónico de transporte aéreo de pasajeros las normas relativas al e-commerce del nuevo Código Civil y Comercial.

<sup>17</sup> ARTÍCULO 2.- Si una cuestión no estuviese prevista en este Código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Las normas del libro 1 del Código Penal se aplicarán a las faltas y los delitos previstos en este código, en cuanto sean compatibles.

#### **IV. Incidencia de las normas relativas al e-commerce consagradas en el CCCN sobre el contrato electrónico de transporte aéreo de pasajeros**

Nadie hoy día pone en duda que Internet opera como soporte virtual de múltiples relaciones sociales, económicas y jurídicas. En "la era conectada" (The Connected Age), lo que sucede y cómo sucede depende no sólo de la estructura de la red, como cualquier lego podría suponer, sino también de su historia.

Al contrario de lo que podría suponerse, el CCCN no dedica un capítulo expreso al comercio electrónico, sino que lo regula a través de normas dispersas en su articulado. Por esa razón, creemos necesario hacer una presentación del tema para luego adentrarnos en el asunto al que concierne este apartado 4.

##### **IV.1. Internet, el fenómeno de "la era conectada" y el "principio de protección de la confianza legítima"**

En 2003 el sociólogo Duncan Watts, profesor de la Universidad de Columbia, anunció que desde Internet cualquier persona puede establecer contacto con otra ubicada en el lugar más ignoto del planeta con solo pasar por seis pasos consecutivos. Con esta hipótesis sentó las bases de la teoría de los seis grados de separación.

La investigación de Watts tomó como punto de partida al experimento de Stanley Milgram, realizado en 1967, por medio del cual demostró que necesitamos entre cuatro y seis pasos, como máximo, para conectarnos con cualquier persona en el planeta. Salvando la enorme distancia teórica, esto nos recuerda a los seis pasos que generalmente hay que transitar para adquirir un *e-ticket* desde la página Web de cualquier aerolínea en el mundo.

Para nosotros, la arista más perturbadora del pensamiento de Watts es su convicción de que la "ciencia de las redes", a pesar del intenso camino que ha recorrido, ofrece representaciones extremadamente simples de fenómenos muy complicados.

Creemos que este argumento es lo suficientemente robusto para consolidar aún más la "teoría de la confianza legítima" (*der Vertrauensschutz*), desarrollada por la jurisprudencia alemana, cuyos principales portavoces están en Brasil y son Almiro do Couto e Silva (2005, p. 5), dentro del Derecho Administrativo, y Claudina Lima Márques (2004, p. 7), dentro del Derecho del Consumidor.

La “teoría de la confianza legítima” nace a mediados del siglo XX a partir de una decisión de la Corte Suprema Administrativa de Berlín, pronunciada el 14 de noviembre de 1956. Esta teoría, elevada luego al rango de “principio”, favorece la preservación de los efectos de los actos nulos, por ser ilícitos o por ser inconstitucionales, cuando es indiscutible la buena fe. Veinte años después de ese pronunciamiento, la Corte Suprema Constitucional de Karlsruhe entendió que tal principio tenía indudable valor constitucional. De Alemania pasó a Suecia, y de allí al Derecho Comunitario europeo.

En la actualidad, este principio es la manifestación subjetiva de otro principio al que está ligado indisolublemente: el de la seguridad o certeza jurídica. Dicho de modo inverso, el principio de certeza jurídica es la manifestación objetiva del de confianza.

El “principio de protección de la confianza legítima” ha sido aplicado incluso por el Tribunal de Justicia europeo a distintas áreas en las que prevalece la acción de la Administración Pública. Mencionaré sólo una de ellas, por su incidencia en la escena jurídica actual de la Argentina. Una de las áreas a las que este principio se aplica es la del deber del Estado de establecer reglas transitorias en razón de mudanzas bruscas en el régimen jurídico. Claramente, aludo al *strepitus fori* creado por el nuevo Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigencia se adelantó medio año, y cuya interpretación pacífica por la doctrina y la jurisprudencia demandará un largo proceso que insumirá varias décadas de nuestra vida jurídica.

#### **IV.2. Los derechos del consumidor en el CCCN y el transporte aéreo**

El Libro Tercero del CCCN tiene un Título completo dedicado a los “Contratos de consumo” (Título III, artículos 1092 al 1122). Aída Kemelmajer de Carlucci lo define como un “núcleo duro” de derechos que actúan como “protección mínima” del consumidor (2015, p. xviii).

Según los “Fundamentos” que acompañaron a la presentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, las consecuencias derivadas de ese *minimum* son: (i) que nada obsta para que una ley especial establezca protecciones más rigurosas; (ii) que ninguna ley especial puede derogar esos “mínimos de tutela” sin afectar el sistema establecido por el CCCN; (iii) que se establece un “diálogo de fuentes” en el campo de la interpretación, de manera tal que el CCCN recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes.

En razón de ello, siguen expresando los “Fundamentos” del Anteproyecto, “El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas”.

La medida en que ese núcleo duro sería aplicable al transporte aéreo será indagado en los dos números que siguen al presente.

#### **IV.3. El núcleo duro de los derechos del consumidor en el CCCN y el transporte aéreo**

La “teoría de la confianza” gestada desde y por la jurisprudencia alemana, fue llevada del Derecho Administrativo al campo de los derechos del consumidor. Esta migración tuvo el propósito de defender las expectativas legítimas que nacen entre los que contratan, cuando claramente ambas partes se desenvuelven en planos de disparidad de fuerzas (Castro Ferreira, 2008, p. 166).

Si traemos a colación el postulado de Watts, que alerta sobre las representaciones extremadamente simples que la ciencia de las redes propone sobre fenómenos muy complicados, nos preguntamos si la *estructura legal* con la que el nuevo CCCN regula las relaciones interpersonales en el entorno *e-commerce*, no es también una respuesta extremadamente simple al fenómeno complejo de los contratos electrónicos.

A partir de esta primera pregunta, es oportuno indagar en qué medida el “principio de protección de la confianza legítima” puede ser aplicado al transporte aéreo. Nos preguntamos también si esa hipotética simplicidad legal no conduciría a cierta desprotección del usuario, sobre todo –subrayo, sobre todo– cuando éste es el pasajero en un contrato electrónico de transporte aéreo.

Por el contrario, no creemos que tal desprotección sea probable en la contratación electrónica del transporte de carga aérea, en donde por lo general

hay cierta paridad de fuerzas al contratar. Esa paridad clasificaría a estos contratos electrónicos en la esfera del B2B (*Business to Business*).

Quedarían fuera de esta generalización los casos en los que el cargador es una persona física (o jurídica) que opera ocasionalmente en el mercado, pues en tales circunstancias la contratación permanece en el campo del B2C (*Business to Consumer*). Esta interpretación es conteste con el razonamiento esgrimido por el codificador en el segundo párrafo del art. 1092 del CCCN, cuando estipula que "Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social."

¿Cómo opera el "principio de protección de la confianza legítima" en los casos descritos anteriormente? Esta pregunta enlaza con la que ya nos formulamos respecto de indagar en qué medida ese principio puede ser aplicado al transporte aéreo.

Para responder ambas preguntas tomaremos como punto de partida la definición de Cavalieri Filho, quien sostiene que el principio de protección de la confianza legítima es una expresión del principio de transparencia, entendido como "la confianza y credibilidad que el consumidor deposita en el vínculo contractual como instrumento adecuado para alcanzar los fines que razonablemente espera de ellos. Hacen a las legítimas expectativas del consumidor en el contrato" (Cavalieri Filho, 2000, p. 167).

A partir de esta descripción, creemos que en el ámbito aerocomercial es factible distinguir dos momentos: el pre-contractual<sup>18</sup> y el de ejecución concreta de un contrato de transporte aéreo. El primero se desenvuelve en cierta medida en el terreno de los derechos del consumidor y el segundo en el del derecho aeronáutico.<sup>19</sup>

Si el primero está gobernado por las normas del derecho del consumidor, le serán aplicables las reglas relativas a la proscripción de la publicidad engañosa y de cláusulas abusivas, el deber de brindar información completa, la lealtad comercial, las reglas de la sana competencia, el principio de transparencia y el de

<sup>18</sup> Nos referimos al llamado período de formación del contrato, al que la doctrina ha tratado de caracterizar, no sin grandes dificultades.

<sup>19</sup> Respecto del contrato de transporte aéreo de pasajeros, su ejecución comienza con el embarque de la persona y culmina con su desembarque. Respecto del equipaje, la ejecución comienza antes, es decir, a partir del momento en que –y durante todo el período en el cual– el transportador pasa a tener la custodia de la cosa.

buena fe, etc. (Oviedo Albán, 2008, p. 84). Si bien en el CCCN todos estos parámetros están regulados en el Título III del Libro Tercero relativo a los contratos de consumo, no ha de olvidarse –como bien sostiene Oscar Ameal en la conferencia que dictara en la Universidad de Buenos Aires (2015) – que desde 1968 la Ley 17711 ya había introducido algunas novedades relacionadas con el *solidarismo social*, como la lesión enorme, el abuso del derecho, la cláusula penal, la equidad, la oferta pública, y otras.

Si el segundo momento se desenvuelve al amparo de las normas aeronáuticas, le serán aplicables el Código Aeronáutico y sus reglamentaciones, así como los convenios internacionales del sistema Varsovia de 1929 y Montreal de 1999, según sea el caso. Para aquellas circunstancias en las que el transporte se desarrolle en el ámbito internacional pero no haya convenio aeronáutico aplicable, regirán las pautas de envío y re-envío del derecho internacional privado, sea que estén consagradas en los convenios específicos de los que la Argentina sea parte, o en ausencia de ellos, las recogidas en el CCCN.

Como lo venimos sosteniendo desde que entró en vigor el nuevo CCCN en agosto del año 2015, nuestra postura está a favor de excluir al transporte aéreo de los contratos de consumo, porque creemos que ese es el criterio que adoptó el legislador.

Veamos en que argumentos fundamos esta propuesta. Tanto el contrato de transporte como el de consumo son desarrollados en el Libro Tercero, pero en Títulos diferentes e independientes el uno del otro. Los “contratos de consumo” están regulados en el TÍTULO III del Libro Tercero, mientras que el contrato de “transporte” está legislado en el TÍTULO IV del mismo libro. Este TÍTULO regula a los “Contratos en particular” y consta de 31 capítulos. El 7, dedicado al “transporte”, se divide en 3 secciones: disposiciones generales, transporte de personas y transporte de cosas (art. 1280 a 1318). Lo más notable es que ningún artículo del Capítulo 7 califica al contrato de transporte como si fuera una relación de consumo, ni tampoco remite a las normas del TÍTULO III. Y viceversa, en el TÍTULO III íntegramente dedicado a los “contratos de consumo”, no se menciona jamás al contrato de transporte (art. 1092 a 1122).

Por lo demás, el art. 1281<sup>20</sup> deja en claro que las reglas del Capítulo 7 se aplican excepto lo dispuesto en leyes especiales. A nuestro entender, con ello el CCCN abona la autonomía del Derecho Aeronáutico y del Derecho Marítimo.

Estas son las razones por las que proponemos que sólo durante la etapa pre-contractual se apliquen ciertas reglas en defensa de los intereses de los pasajeros, tales como las relativas a la proscripción de la publicidad engañosa y de cláusulas abusivas, el deber de brindar información completa, la lealtad comercial, las reglas de la sana competencia, el principio de transparencia y el de buena fe.

En resumen, somos cautos respecto a la aplicación de las normas del consumidor a la etapa de ejecución del contrato de transporte aéreo. Pero avalamos su relevancia durante la etapa pre-contractual de la oferta pública masiva, más aún si se hace utilizando los recursos de Internet.

## V. El contrato de transporte aéreo, el nuevo Código Civil y Comercial e Internet

La Argentina se conectó por primera vez a la "incipiente galaxia de Internet" el 17 de mayo de 1990, a las 19:55 horas, para ser exactos (Torres, 2015).<sup>21</sup> Tres años después los usuarios argentinos comenzaron a gozar de los servicios de conexión a Internet. En 1993, por ende, se iniciaba en nuestro país la "era conectada", que a futuro, daría lugar a la contratación electrónica masiva.

La "era" mundial del *e-commerce* no tardó en llegar al universo aerocomercial. En solo tres años más (1996) los contratos electrónicos desembarcaron en el transporte aéreo de pasajeros a través del *e-ticketing*, y en 2007 lo hicieron en el de transporte aéreo de cosas a través del *e-freight* y de la e-AWB.

Desde entonces, las empresas aerocomerciales ofrecen indistintamente sus servicios de transporte de personas y cosas a través de páginas Web, que pueden ser propias como de terceros. Se da así un fenómeno de oferta pública en masa que genera una contratación electrónica entre ausentes.

<sup>20</sup> ARTICULO 1281.- Ámbito de aplicación. Excepto lo dispuesto en leyes especiales, las reglas de este Capítulo se aplican cualquiera que sea el medio empleado para el transporte. El transporte multimodal se rige por la ley especial.

<sup>21</sup> El mismo autor nos ilustra comentando que los equipos que establecieron aquel vínculo satelital con la red de redes operaron desde la Cancillería. Jorge Amodio fue el encargado de llevar a cabo la conexión. La Argentina fue la primera nación de América Latina en ponerse en línea. Lo hizo por medio de la Universidad de Maryland, en los Estados Unidos. La *National Science Foundation* [NSF], fue quien pagó los módems y la línea satelital que recibía nuestra conexión en Nueva York.

El CCCN carece de un conjunto orgánico de normas que regulen a los contratos celebrados por medios electrónicos. Antes bien, sus reglas son escasas y están dispersas. Nos preguntamos si ellas son suficientes para regular al transporte aéreo y cómo inciden las normas del CCCN sobre comercio electrónico en ese contrato de transporte.

La desmaterialización del documento, así como la oferta pública masiva y la celebración del contrato entre ausentes, son parte de las consecuencias jurídicas instaladas definitivamente por el *e-commerce*.

Al admitir la validez de los contratos celebrados en soporte electrónico, el art. 1106 del CCCN ha zanjado definitivamente el problema que planteaba la ausencia de un soporte en papel.<sup>22</sup> En relación a la oferta pública masiva, el art. 1108 del CCCN acoge también a la efectuada por medios electrónicos.<sup>23</sup> En lo tocante a la celebración del contrato entre ausentes, el CCCN también aporta algunas normas cuando ello tiene lugar a través de medios informáticos.

Para desentrañar si ellas son suficientes, debemos adentrarnos en los usos y costumbres que han venido desarrollándose en el campo aerocomercial para llevar a cabo la contratación electrónica entre ausentes de un transporte aéreo de pasajeros.

## **VI. Dilemas planteados por la contratación entre ausentes (en la modalidad *on-line*) respecto del transporte de pasajeros**

En relación a la desmaterialización del documento, el primer instrumento que en la aeronáutica comercial admitió otras formas de emisión del billete de pasaje aéreo que no fuese la clásica en soporte papel, fue el Protocolo de Guatemala de 1971, desde que su art. 3.2 estipulaba que “La expedición del documento mencionado en el párrafo anterior podrá sustituirse por cualquier otro medio que deje constancia de los datos señalados en a) y b) del párrafo anterior”. Si bien nunca entró en vigor, no deja de ser un antecedente notable, pues casi treinta años después el art. 3.2 del Convenio de Montreal de 1999 reproduce prácticamente la misma fórmula.

<sup>22</sup> ARTÍCULO 1106: Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.

<sup>23</sup> ARTÍCULO 1108: “Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación”.

Por cierto, los dilemas jurídicos más interesantes de la contratación electrónica en el transporte aéreo de pasajeros son los referidos a la determinación de:

- el lugar de celebración del contrato electrónico
- el momento en que ese contrato queda perfeccionado
- la ley aplicable a la forma del contrato
- la autenticidad de las firmas digital y electrónica y la autoría del acto jurídico
- la prueba del contrato electrónico
- el lugar de ejecución del contrato
- el juez competente

A título ilustrativo y sin intención de explayarnos sobre ellos en este trabajo de investigación, los dilemas jurídicos más interesantes de la contratación electrónica en el transporte aéreo de cosas son los referidos a la determinación de:

- la negociabilidad de la carta de porte electrónica.
- la validez probatoria de la e-AWB.
- el sometimiento de los diferendos al ciberarbitraje.

Además de abreviar en las normas locales, para resolver ambos campos dilemáticos serán de notable ayuda los convenios aeronáuticos internacionales de los que la Argentina es Estado parte, y en ausencia de éstos, las disposiciones de Derecho Internacional Privado que consagra el Tratado de Montevideo de 1940 sobre "Navegación comercial internacional", cuyo artículo 43 ordena que todas las disposiciones del convenio "serán aplicables igualmente a la navegación fluvial, lacustre y aérea". En subsidio, y como última ratio, el intérprete debe acudir a las que el CCCN lista en el Título IV del Libro Sexto, Capítulos 1 y 2, y las Secciones 1, 10 a 14 y 16 del Capítulo 3 (artículos 2594 a 2620, 2649 a 2662, y 2671).

#### **VI.a. El transporte aéreo de pasajeros y el lugar de celebración del contrato electrónico**

Mario Oyarzábal (2003) entiende que, en un entorno electrónico, la ubicación física del usuario y de los sistemas de información del oferente no es un elemento determinante sobre el lugar de celebración del contrato, sino que lo es el lugar del establecimiento, o en su defecto, el de la residencia habitual de las

partes (p. 714). Esta postura es conteste con lo dispuesto en el art. 15.4 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico.<sup>24</sup>

En materia aeronáutica, el art. 33 del Convenio de Montreal señala al lugar de celebración como una de las jurisdicciones competentes. Ese lugar es aquél en el que el transportista tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato. Varsovia de 1929 opta por decir “establecimiento” en lugar de “oficina” (art. 28), pero tanto un convenio como el otro coinciden con la tendencia universal a la que nos referimos en el párrafo anterior.

Habiendo normas aeronáuticas específicas, no es menester recurrir subsidiariamente a las del CCCN.

#### **VI.b. El transporte aéreo de pasajeros y el momento en que ese contrato electrónico queda perfeccionado**

Al jurista le interesa precisar cuál es el momento perfectivo del contrato porque, como explica Von Thur (1947, p. 135) “...los efectos del contrato comienzan con su perfección. Este es el momento en que se opera la modificación jurídica propia de los actos de disposición, o nace el crédito y la deuda correspondiente...”.

Ahora, el art. 971 junto al art. 983 del CCCN consagran la regla de la recepción. El primero indica que: “Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”. El segundo aclara que: “Recepción de la manifestación de la voluntad. A los fines de este Capítulo se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil”. El cumplimiento de esta condición es de vital importancia en el *e-commerce*, o cualquier otra forma de contratación *on-line*, donde el *bounce* o retorno de mensajes que no llegaron a destino (*mail failure delivery*) es frecuente.

<sup>24</sup> ARTÍCULO 15: Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos.

4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:

a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

Por ende, será la teoría de la recepción la que habrá de tenerse en cuenta al tiempo de discernir cuál es el momento perfectivo del contrato electrónico.

Lo dispuesto por el art. 971 se completa con lo decidido por el último párrafo del art. 2652: "La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada".

En un temprano precedente jurisprudencial, muy ilustrativo de lo que acabamos de explicar, los tribunales norteamericanos resolvieron que, como toda computadora opera según la información e instrucciones que en ella carga su operador, una compañía de seguros quedaba obligada frente al tomador por la mera respuesta automática a su solicitud de renovación de la póliza (Star Farm Mutual Auto Ins. Co. vs. Bockhurst, 453 F2d. 453 (1st Cir. 1972).

En el caso de la compra *on-line* de billetes de pasaje aéreo, el pasajero que acepta la oferta tiene instantáneamente la certeza de que el envío de su aceptación llegó al transportador, porque de inmediato recibe un mensaje automático informándole que su operación de envío de datos tuvo éxito. Esta práctica aerocomercial, muy anterior al CCCN, está expresamente acogida en el último párrafo del art. 1108 del nuevo Código de fondo: "El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación".

En Estados Unidos, los contratos celebrados por vía electrónica a través de Internet se denominan *click-wrap agreements*. Literalmente sería "quedar envueltos en el contrato", o bien "concluir el acuerdo", mediante un simple *click* del mouse sobre el botón "aceptar" de la página Web.

En torno a esto, debe quedar en claro que en la contratación electrónica es usual que, a medida que el usuario va avanzando en los pasos requeridos por el sistema informático para concluir el contrato, vayan apareciendo mensajes emergentes que describen los términos, condiciones y reglas a las que queda sujeto el negocio jurídico. En muchos casos, el usuario no puede avanzar en la sucesión de pasos si no acepta esos términos, pues ellos integran el contrato que lo vinculará con el oferente. Así ocurre con la adquisición *on-line* de billetes de pasaje aéreo.

El art. 985 del nuevo CCCN parece enfocarse en esa misma dirección cuando estatuye que en los contratos por adhesión o con cláusulas generales predispuestas, como lo es el de transporte aéreo de pasajeros, "Las cláusulas generales predispuestas...[...]...Se tienen por no convenidas [cuando] efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del

predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares”.<sup>25</sup>

La Ley Modelo de UNCITRAL de 1996 sobre Comercio Electrónico, modificada en 1998, regula esta modalidad en el artículo 5 bis,<sup>26</sup> relativo a la “incorporación por remisión”. Esta expresión se utiliza a menudo como fórmula para describir situaciones en las que un documento se refiere de manera genérica a disposiciones que se detallan en otro lugar, en vez de reproducirlas íntegramente. UNCITRAL señala que varios países han promulgado normas de orden público que sólo reconocen la validez de la “incorporación por remisión” si se cumplen tres condiciones: a) la cláusula de remisión debe estar inserta en el mensaje de datos; b) el documento de referencia y sus condiciones generales, son conocidos realmente por el usuario o consumidor, y c) el documento de referencia además debe ser aceptado por dicha parte.

#### **VI.c. El transporte aéreo de pasajeros y la ley aplicable a la forma del contrato electrónico**

El Código Civil y Comercial acoge, sin traumatismos, la generación electrónica de actos jurídicos, como lo resuelve el art. 286 al admitir que la “Expresión escrita... puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

El art. 284 del CCC establece que “Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley”.

En la contratación aerocomercial, tanto el Código Aeronáutico argentino como los convenios de Montreal de 1999 y los del sistema Varsovia, detallan no

<sup>25</sup> ARTÍCULO 985.- Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.

<sup>26</sup> Artículo 5 bis. Incorporación por remisión

*(En la forma aprobada por la Comisión en su 31.º período de sesiones, en junio de 1998)*

No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.

solo la forma del contrato de transporte sino además su contenido. Esa descripción es exhaustiva en la constelación de Protocolos que integran el llamado sistema Varsovia. Tanto es así que si en el billete de pasaje aéreo faltaren algunos de los rubros considerados esenciales por estos Convenios, el transportador es sancionado con la pérdida del derecho a limitar cuantitativamente su responsabilidad frente al pasajero. En suma, habiendo ley sustantiva que regule la forma y el contenido del contrato, no se plantea ningún problema.

El problema se plantea, en cambio, cuando los Estados involucrados en la ejecución del transporte aéreo no son parte en tales convenios. En tal caso hay que apelar al sistema de solución de conflictos.

En el Título IV del Libro Sexto, dedicado a las normas de Derecho Internacional Privado, la forma de los actos jurídicos es objeto de un único artículo, el 2649. Esta norma dedica su último párrafo a los contratos entre ausentes y estipula que "Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica".<sup>27</sup>

Para el supuesto en que los puntos de partida y de destino del vuelo se encuentren en países que no son parte en ningún convenio aeronáutico, pero lo son en el Tratado de Montevideo de 1940 sobre "Navegación comercial internacional", este instrumento determina que el transporte de personas –sea marítimo o aéreo– se rige por la ley del lugar de ejecución, entendiendo que tal lugar es el del puerto (o aeropuerto) de desembarque de las personas. Por ende, la ley de este país será la que determine la validez formal del acto.

A menudo, el *Server* que administra la página Web *de donde parte la oferta aceptada*, como expresa el art. 2649, está ubicado en un tercer Estado, distinto de aquél donde la empresa aerocomercial opera. Por eso reiteramos lo esclarecido por Mario Oyarzábal, cuando advierte que en un entorno electrónico, la ubicación física del usuario y de los sistemas de información del oferente no es un elemento determinante, sino que lo es el lugar del establecimiento, o el de la residencia habitual de las partes.

---

<sup>27</sup> Recordamos que el art. 1181 del Código de Vélez sujetaba la forma de los contratos entre ausentes a la ley más favorable a la validez del acto, en caso de que aquél contrato hubiese sido firmado en varios lugares, por medio de agentes, o por correspondencia epistolar.

#### **VI.d. El transporte aéreo de pasajeros, la autoría del acto jurídico y la autenticidad de las firmas digital y electrónica**

Molina Quiroga (2015) sostiene que el grado de inalterabilidad de un documento es lo que lo torna auténtico (p. 2). De la autenticidad depende su valor probatorio. Añade que respecto de los instrumentos generados por medios electrónicos, no es la firma digital (como exige el art. 288) lo que asegura indubitadamente la autoría e integridad del instrumento, sino “la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen, que pueden concretarse también por otros medios” (Molina Quiroga, 2015, p. 7).

El art. 288 del CCCN, tal como lo hacía el 1012 del Código de Vélez, asigna a la firma ológrafa la función de atribuir a un sujeto la autoría de un acto jurídico (“La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo”). Para estar a la altura de los tiempos, el 288 del CCCN añade que “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”.

Tan difundida están la firma digital y la electrónica, que en 2001 la UNCITRAL elaboró una Ley Modelo que establece criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre aquéllas y las manuscritas.<sup>28</sup> A 2017, la Secretaría de UNCITRAL ha detectado 32 países cuya legislación sobre firma electrónica se basa en la Ley Modelo. Entre los países desarrollados están China e India y entre los de América Latina cita a Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México Nicaragua y Paraguay.

En la Argentina, a partir del año 2001, el soporte papel no es la única forma de extender un documento válido, dado que la digitalización está regulada por la ley 25.506 sobre la validez y eficacia jurídica de la firma digital y la firma electrónica, reglamentada por Decreto 2628/02, cuyo art. 6 equipara al documento digital con el escrito<sup>29,30</sup>.

<sup>28</sup> Las digitales están basadas en criptografía (como la infraestructura de clave pública), mientras que las electrónicas se basan en otras tecnologías.

<sup>29</sup> Artículo 6° — Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

Respecto del transporte aéreo de pasajeros y a diferencia de lo dispuesto en el CCCN, ni la legislación aeronáutica argentina ni la internacional mencionan a la firma como requisito insoslayable para atribuir la autoría del “*e-ticket*” al transportador y al pasajero. Esto nos plantea un problema, porque si se sigue la lógica del art. 287 del CCCN, los billetes de pasaje aéreo (sean *e-tickets*, o no lo sean) serían *instrumentos particulares no firmados*. Por ende, no podrían ser tildados de auténticos y ello mellaría su valor probatorio.

Para nosotros está claro que la ausencia de firma no violenta norma alguna de orden público. Por consiguiente, no está en discusión que el billete de pasaje es un instrumento auténtico. Tampoco debemos olvidar que, siguiendo una práctica aerocomercial centenaria, ni el Código Aeronáutico ni los tratados especiales exigen el requisito de la firma en el billete de transporte aéreo de pasajeros.

En efecto, el Derecho Aeronáutico se apartó tempranamente de este modelo atributivo de autoría, pues ya desde 1929 se consideró auténtico al documento que instrumentaba la relación bilateral entre el pasajero y la aerolínea, sin necesidad de que contuviera firma ológrafa alguna (conf. art. 3 del Convenio de Varsovia de 1929). El Código Aeronáutico argentino de 1954 no lo exigía (art. 107), ni tampoco lo hace el Código actual de 1967 (art. 115).<sup>31</sup> En tanto ley especial, deroga a la general. En consecuencia, sostenemos sin lugar a dudas que el *e-ticket* (que todos sabemos, carece de firma) no solo es atributivo de autoría sino que posee, incluso, la misma fuerza probatoria que el billete en papel.

---

El Decreto 1028/2003 disolvió el Ente Administrador de Firma Digital (creado por el art. 11 del Decreto 2628/2002) y reconoció a la Oficina Nacional de Tecnología de la Información (ONTI) como Autoridad Certificante.

<sup>30</sup> A esta panoplia de normas, hay que sumarle el reciente Decreto 677 (B.O.: 29-04-2015) que pone en funcionamiento a la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, creada por Ley 27078/14.

<sup>31</sup> Al carecer de firma, la doctrina civilista los denomina *instrumentos particulares*, con el fin de diferenciarlos de los *instrumentos privados*. El CCC mantiene esta lógica en el art. 287. Una mirada atenta al devenir del movimiento mercantil moderno comprueba que hoy día los instrumentos particulares son la regla y los privados la excepción.

ARTÍCULO 287: Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

### VI.e. El transporte aéreo de pasajeros y la prueba del contrato electrónico

Como se vio en el punto anterior, respecto del transporte aéreo de pasajeros y a diferencia del Código Civil y Comercial de 2014, ni la legislación aeronáutica argentina ni la internacional mencionan a la firma como requisito insoslayable para atribuir la autoría del *e-ticket* al transportador y al pasajero. Si se sigue la lógica del art. 287 del CCCN, los billetes de pasaje aéreo (sean o no *e-tickets*) serían *instrumentos particulares no firmados*.

Al respecto, algunos podrían sostener que en el Código Aeronáutico y en los convenios internacionales que rigen la materia, hay una laguna legal. A esta argumentación respondemos que, si la hubiere, ya ha sido colmada por la costumbre aerocomercial. En efecto, se trata de una práctica universal con casi un siglo de observancia constante y uniforme. Es un claro ejemplo de costumbre *praeter legem*, cuya fuerza vinculante es admitida por el art. 1 del CCCN, relativo a las fuentes del derecho y su aplicación,<sup>32</sup> en el que se admite que “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos **o en situaciones no regladas legalmente**, siempre que no sean contrarios a derecho” (el resaltado es nuestro). Está claro que la ausencia de firma no violenta norma alguna de orden público. Por ese motivo, y sobre la base de una práctica centenaria, ni el Código Aeronáutico ni los tratados especiales exigen el requisito de la firma en el billete de transporte aéreo de pasajeros, y eso no mella su autenticidad. A esto hay que sumarle el hecho de que el art. 964, inc. c) del nuevo CCCN concede renovada jerarquía a los usos y costumbres, elevándolos al rango de elementos que integran el contenido de un contrato.<sup>33</sup>

Sin embargo, puede quedar alguna duda sobre su valor probatorio, ya que dentro de la categoría de *instrumentos particulares no firmados*, el art. 287 del CCCN lista a una serie de documentos (tales como los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información) cuya eficacia probatoria es menguada en comparación con los *instrumentos privados* firmados (se los

<sup>32</sup> ARTÍCULO 1°.- 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. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

<sup>33</sup> ARTÍCULO 964.- Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con: (...); c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

asimila a una prueba documental simple). Tal inteligencia podría desprenderse de lo normado por el art. 319<sup>34</sup> en relación al valor probatorio de los instrumentos particulares, que "...debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen".<sup>35</sup> Sin embargo, dada la relevancia que el 964 del CCCN concede a la costumbre, creemos que lo normado en el art. 319 no debe interferir sobre el juez al momento de evaluar a los *e-tickets* como documentos con pleno valor probatorio.

Creemos que la ausencia de firma en el *e-ticket* (digital, o electrónica) no disminuye su valor probatorio, sino que su autenticidad queda asegurada por la forma en que se celebran estos contratos *on-line* (recordar los pasos que deben seguirse al ingresar a la página Web del oferente),<sup>36</sup> así como por la intervención del usuario de servicios de Internet (pasajero) en la generación del documento y por las manifestaciones de voluntad respecto al contenido del contrato (recordar lo dicho sobre la "incorporación por remisión" y el *click-wrap agreement*).

#### **VI.f. El transporte aéreo de pasajeros y el lugar de ejecución del contrato electrónico**

Al jurista le interesa conocer cuál es el lugar de ejecución del contrato, porque es el que determina el derecho aplicable en aquellos casos en los que hay un elemento extranjero en la relación contractual, y no hay convenio vigente entre los países en los que la relación jurídica se desenvuelve.

Tratándose de un contrato de transporte aéreo, si el Estado del punto de partida o el del punto de destino, o ninguno de los dos, son parte en el convenio de Montreal de 1999 o en los del sistema Varsovia, es forzosa la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado. Así, el art. 26 del Tratado de Montevideo de 1940 sobre "Navegación comercial internacional", determina que el transporte

<sup>34</sup> TÍTULO IV, HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS (257 a 397). Capítulo 5. Actos Jurídicos. Sección 6ª – Instrumentos privados y particulares. ARTÍCULO 319.- Valor probatorio.

<sup>35</sup> No ha de olvidarse que para el art. 356 del Cód. Procesal Civil y Comercial, para que tenga eficacia probatoria en un juicio, debe ser reconocido por la contraria, al contestar la demanda, o en su caso, ser autenticado por los medios adecuados.

<sup>36</sup> Por ejemplo, Paso 1: selección de fecha; Paso 2: selección de vuelo; Paso 3: Precio; Paso 4: identificación del Pasajero; Paso 5: compra de pasaje y pago; Paso 6: confirmación. O bien, Paso 1: búsqueda; Paso 2: calendario; Paso 3: vuelos; Paso 4: pasajeros; Paso 5: extras; Paso 6: reserva; Paso 7: confirmación.

de personas –sea marítimo o aéreo– se rige por la ley del lugar de ejecución, entendiéndose que tal lugar es el del puerto (o aeropuerto) de desembarque de las personas.

Si esos mismos Estados tampoco son parte en el Tratado de Montevideo, para la Argentina es forzosa la aplicación de las reglas de derecho internacional privado del Código Civil.

El CCCN despeja toda duda sobre el lugar de ejecución del contrato electrónico al establecer, en el art. 1109, que “En los contratos celebrados [...] a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita”.

¿Cuál es el lugar de ejecución de un contrato de transporte aéreo de pasajeros? Es el lugar donde está situado el aeropuerto que en el *e-ticket* figura como destino final de ese pasajero. Como el transporte aéreo es un contrato de ejecución continuada, si el viaje es redondo, habrá un lugar de ejecución para el segmento de ida y otro para el tramo de regreso. Algunos autores y no poca jurisprudencia ven en este caso un ejemplo de contrato único, cuyo lugar de ejecución coincide con el del inicio del vuelo en el punto de partida, ya que si el viaje es redondo el pasajero regresa al lugar desde donde partió. Sobre la base de este argumento, los tribunales norteamericanos han aplicado el convenio de Varsovia o el de Montreal a vuelos redondos iniciados en EE.UU y con lugar de destino del viaje de ida en países no signatarios. Lo mismo han hecho los tribunales europeos para aplicar extraterritorialmente y a aerolíneas no comunitarias el Reglamento 261/2004 sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos.

#### **VI.g. El transporte aéreo de pasajeros y el juez competente en caso de contratación electrónica**

Hemos dicho que al jurista le interesa conocer cuál es el lugar de ejecución del contrato porque es el que determina la jurisdicción competente para resolver los conflictos derivados del contrato, sin que sea relevante si éste se celebra entre presentes o entre ausentes (es decir, por medios electrónicos).

Llevado al campo aeronáutico, el lugar de ejecución del contrato de transporte (descrito como “lugar de destino”) es uno de los foros competentes

indicados por el art. 28 del Convenio de Varsovia de 1929 y por art. 33 de Montreal de 1999 para ejercer la acción de responsabilidad.

Si los Estados no fueren parte en ellos, nuevamente se impone la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado. La Argentina, en primer lugar, tendría que invocar el art. 27 del Tratado de Montevideo de 1940, que habilita la competencia de los jueces o tribunales del lugar de ejecución del contrato para conocer los juicios que se susciten entre las partes. Recordamos que para este Tratado el lugar de ejecución es el de desembarque de las personas (art. 26, *in fine*). El art. 27 añade el tribunal del domicilio del demandado, a opción del demandante.

A falta de todo convenio en vigor, en nuestro país serían aplicables en última instancia las normas de solución de conflicto del CCCN. Reiteramos que en los contratos celebrados a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, el art. 1109 estipula, también, que el lugar de cumplimiento del contrato es el que determina la jurisdicción aplicable a los conflictos suscitados entre las partes.

Dado que el "contrato de transporte" es regulado autónomamente dentro del nuevo CCCN, las reglas de conflicto que le son aplicables en subsidio, es decir, en caso de que los Estados no sean parte en ningún convenio aeronáutico, son las de la Sección 13 del TÍTULO IV, relativa a las reglas de Derecho Internacional Privado aplicables a la "Responsabilidad civil".

Los artículos que integran la Sección son el 2656 y el 2657. El primero indica cuál es la jurisdicción, y el segundo cuál es el derecho aplicable.

Es competente "a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos".

El derecho aplicable es "el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país".

## VII. El contrato de transporte aéreo y la cooperación jurisdiccional internacional

El TÍTULO IV del Libro Sexto del CCCN que estuvimos comentando previamente, incorpora interesantes normas sobre cooperación jurisdiccional internacional, que son la respuesta del legislador argentino al principio de cooperación que es señalado por la doctrina como una manifestación del principio de buena fe (Esteban De La Rosa, 2009, p. 410).

Sobre la cooperación jurisdiccional, el art. 2611 obliga a los jueces a hacerla efectiva tanto en materia civil, como comercial y laboral. La cooperación internacional también se extiende al ámbito procesal por orden del art. 2612, que habilita a los jueces argentinos a "...establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso". Todo ello sin perjuicio de la obligación procesal genérica de dirigirse a autoridades extranjeras mediante exhortos.

La cooperación instituida por ambos preceptos es el modo en que el legislador argentino pretende responder al auge del tráfico civil y comercial en el orden mundial.

## VIII. Conclusiones

Hemos aportado fundamentos suficientes para justificar por qué las normas especiales de orden público consagradas en el Código Aeronáutico y en los Convenios Internacionales que regulan al transporte aéreo prevalecen sobre las normas generales de orden público consagradas en el nuevo CCCN. El deber genérico establecido en el artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, del cual la Argentina es Estado parte, apuntala esta interpretación.

Completamos, además, nuestro análisis de las normas generales del nuevo Código Civil que, por el principio de subsidiariedad, son aplicables también al contrato de transporte aéreo. Examinamos, luego, qué incidencia tienen sobre el contrato electrónico de transporte aéreo de pasajeros las normas relativas al e-commerce del flamante Código Civil y Comercial.

Si bien el nuevo Código carece de un capítulo dedicado expresamente a la contratación electrónica, las normas que están desperdigadas en su cuerpo son suficientes para resolver los dilemas que plantea la contratación electrónica del transporte aéreo de pasajeros.

A falta de normas sustantivas, el intérprete cuenta con dos fuentes de *soft law* en donde abreviar. Una es La Ley Modelo de UNCITRAL de 1996 sobre Comercio Electrónico, modificada en 1998, y la otra es la Ley Modelo de UNCITRAL de 2001 sobre las Firmas Electrónicas en donde se establecen criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre aquéllas y las manuscritas.

En cuanto al orden internacional, la puerta que el Protocolo de Guatemala de 1971 dejó abierta para que entrasen por ella las nuevas tecnologías de la información a la industria del transporte aéreo, quedó sellada por la falta de entrada en vigor de ese instrumento. Al recoger la misma fórmula, el convenio aeronáutico de Montreal de 1999 no ha hecho más que ponerse a tono con una tendencia mundial inclinada a favorecer la difusión del comercio electrónico, de la oferta pública *in incertam personae* realizada por medio de Internet, y de su correlato inmediato que es la contratación masiva.

### **Bibliografía:**

- Acuerdo Interinstitucional, UE, DO C 321/2003 (Diario Oficial del 31.12.2003, p. 0001 a 0005). Sitio Web: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32003Q1231\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32003Q1231(01)) [Consulta: 10/10/2015].
- AMEAL, O. (2015). "Teoría general del contrato y el contrato en las relaciones de consumo", conferencia pronunciada por el autor el 11 de mayo de 2015, Facultad de Derecho – UBA, Buenos Aires.
- ARROLA DE GALANDRINI, G. (2003). "Turismo, transporte aéreo y derecho de daños". En *Revista Jurisprudencia LEXIS NEXIS*, Número Especial del 18/2/03, Id SAIJ: DACF030033. Sitio Web: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf030033-arrola\\_de\\_galandrini-turismo\\_transporte\\_aereo\\_derecho.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf030033-arrola_de_galandrini-turismo_transporte_aereo_derecho.htm) [Consulta: 0/05/2009].
- ASÍS DE ALMEIDA, J.; SANT'ANNA, J. (2015). "El Sistema de Varsovia y el Convenio de Montreal en la jurisprudencia brasileña de los Tribunales Superiores". En *Revista Jurídica de Buenos Aires*, I – 2015, 37-69.
- ASÍS DE ALMEIDA, J. (2000). *Jurisprudência Brasileira sobre transporte aéreo*. Río de Janeiro: Editorial Renovar – Biblioteca de Teses.
- (1998). "A legislação aplicável ao transporte aéreo internacional". En *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, 75/1998.
- CASTRO FERREIRA, A. (2008). "Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança". En *Revista da EMERJ*, Escola da

- Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 11,42, Abril/Maio/Junho, 160-175.
- CAVALIERI FILHO, S. (2000). "O direito do consumidor no limiar do século XXI". En *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, editora RT,35 (citado por Ana A. Castro Ferreira, 2008, "Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança", en *Revista da EMERJ*,11,42, Abril/Maio/Junho, 160-175.
- DO COUTO E SILVA, A. (2005). "O principio da segurança jurídica (proteção a confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito Da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do Processo Administrativo da União (Lei N° 9784/99)". En *Revista Eletrônica de Direito do Estado*,2, abril/maio/junho de 2005, Salvador – Bahia, Brasil,1-48. Sitio Web: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf> [Consulta: 08/08/2015].
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. (2009). "El Principio de la Cooperación en la Contratación". En: *Derecho Contractual Comparado - Una perspectiva europea y transnacional*, editado por Sixto Sánchez Lorenzo, (Pp. 405-441). Madrid: Editorial Civitas.
- FERRER, M. (1968). "El instituto de la limitación de responsabilidad aeronáutica". En *Cuestiones actuales de Derecho Aeronáutico*. Buenos Aires: EUDEBA.
- FESCIA, R. M. (1996). "Breve síntesis histórica de Roma y su derecho". Santa Fe: Ed. Jurídica UNL.
- GHERSI, C. (2017). "La responsabilidad por violación de la obligación seguridad. Aporte en la interpretación del Código Civil y Comercial Comentario al fallo 'Brymer Karina Roxana c/ LAN Airlines SA s/ pérdida de equipaje' de la CNCIV Y COMFED". En *elDial.com*, 08-02-2017, 1-5. Citar: [elDial.com](http://elDial.com) - DC2288.
- GÓMEZ, H. (2013). "El precio del contrato de transporte aéreo y las tarifas aéreas para residentes. Comentario al fallo Proconsumer y Otro c/Lan Argentina SA s/Sumarísimo". En *Cedaeonline*, 17-07-2013. Sitio Web: <https://cedaeonline.com.ar/2013/07/17/el-precio-del-contrato-de-transporte-aereo-y-las-tarifas-aereas-para-residentes/> [Consulta: 17/07/2013].

- GUIMARAES DE SOUZA, I. (2014). "El derecho aeronáutico internacional brasileño en las relaciones de consumo (business to consumer - B2C): La visión del Judiciario Brasileño en el transporte aéreo de pasajeros". En *elDial.com*, 11-09-2014, 1-15.
- GUTIÉRREZ PANTOJA, G. (1986). "La hermenéutica como método". En *Metodología de las Ciencias Sociales II*, (pp. 139-165). México: Editorial Harla.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2015). Prólogo al libro "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" - Tomo I, Directores: M. Herrera, G. Caramelo, S. Picasso. Buenos Aires: Editorial Infojus.
- KNOBEL, H. (2015). "Defensa del consumidor y transporte aéreo. El nuevo régimen de la ley 26.993". En *Cedaeonline*, 11-02-2015, pp. 1-31. Sitio Web: <https://cedaeonline.com.ar/2015/02/11/defensa-del-consumidor-y-transporte-aereo-el-nuevo-regimen-de-la-ley-26-993/> [Consulta: 11/02/2015].
- LIMA MÁRQUES, C. (2004). "Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)". En *Revista dos Tribunais*, Ed. Thomson Reuters, São Paulo, 544. Sitio Web: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50251/31393> [Consulta: 10/08/2015].
- LOSADA, F. (2015). "Transporte Aéreo, Derecho de Consumo y el Nuevo Código Civil y Comercial". En *Cedaeonline*, Buenos Aires, 1-8. Sitio Web: <http://cedaeonline.com.ar/2015/10/21/transporte-aereo-derecho-de-consumo-y-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/> [Consulta: 1/10/2015].
- LOWENROSEN, F. I. (2008). "Comentario al Decreto Nro. 565/2008. Veto al artículo 32do. de la Ley Nro. 26.361, y promulgación parcial de esa Ley". En *elDial.com*, DCE40, Buenos Aires, 6 de junio de 2008, 1-18. Sitio Web: [http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=3678&base=50&resaltar=lowenrosen\\_\\_\\_\\_\\_](http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=3678&base=50&resaltar=lowenrosen_____) [Consulta: 08/08/2015].
- MILGRAN, S. (1967). "The small-world problem". En *Psychology Today*, 1, 1, May 1967, 61-67.

- MOLINA QUIROGA, E. (2015). "Eficacia probatoria de los correos y comunicaciones electrónicas". En *elDial.com* - DC1F7C, 10 de agosto de 2015, 42.
- OVIEDO ALBÁN, J. (2008). "Tratos preliminares y responsabilidad precontractual". En *Universitas Bogotá*, 115, enero – junio, 83-116.
- OYARZÁBAL, M. (2003). "La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio trasnacional". En *El Derecho*, 201, 709-724.
- PÉREZ CARRILLO, A. (1999). "Hermenéutica e interpretación jurídica". En *Revista Alegatos*. UANM,43, septiembre-diciembre, 633-650.
- PERUCCHI, H. A. (1957). "Daños en el transporte aéreo internacional". Buenos Aires: Editorial Depalma.
- (1969). "La cláusula oro en el Código Aeronáutico". En *Novum Forum*, 2, Buenos Aires.
- RIPERT, G. (1954). "Compendio de Derecho Marítimo". Buenos Aires: Editorial TEA.
- RODRÍGUEZ JURADO, A. (1986). "Teoría y práctica del Derecho Aeronáutico". Buenos Aires: Editorial Depalma.
- ROMUALDI, E. (2013). "Un novedoso fallo que trata viejas cuestiones. Comentario al fallo: Proconsumer y Otro c/Lan Argentina SA s/Sumarísimo". En: *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico* - RLADA-XII-70. 11 - Febrero 2013,1-9. Sitio Web: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64570&print=2> [Consulta: 18/11/2015].
- TAPIA SALINAS, L. (1953). "La regulación jurídica del transporte aéreo". Madrid: Editorial Ministerio Del Aire, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- TORRES, A. (2015). "Los 'locos' de la Red: los pioneros que hace 25 años conectaron el país a Internet". En *Diario La Nación*, 17-05-2015. Sitio Web: <http://www.lanacion.com.ar/1793532-los-locos-de-la-red-los-pioneros-que-hace-25-anos-conectaron-el-pais-a-internet> [Consulta: 17/05/ 2015].
- VASSALLO, C. (2007). "Proyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor y transporte aerocomercial". En *Revista Ateneo del Transporte*,45, octubre, 55-68.
- VON TOUR, A. (1947). *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, Vol. II-2, Trad. de Tito Ravá, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 135 (citado por:

José Márquez. "Responsabilidad civil por ruptura de tratativas contractuales". En *Revista Jurídica La Ley* – Córdoba, LLC 1991, 563-575.

VIDELA ESCALADA, F. (1976). *Derecho Aeronáutico* T. IV-A. Buenos Aires: Editorial Zavalía.

WATTS, D. (2003). *Six Degrees: The Science of a Connected Age*, W.W. Norton.

## LEGISLACIÓN

Convenio de Varsovia de 1929 sobre "Ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional". Sitio Web: [http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP\\_ES.pdf](http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_ES.pdf) [Consulta: 09/01/2001].

Convenio de Montreal de 1999 "Para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional".

Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la GUÍA para su incorporación al derecho interno, UN, 1999.

Reglamento (CE) 261/2004 sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

## JURISPRUDENCIA

"A.C. c/Aerolíneas Argentinas s. daños y perjuicios" (CFed. Apel., Córdoba, sala A, 04-08-2014)

"Aerolíneas Argentinas s/Concurso Preventivo s/Incidente de Verificación tardía promovido por Trovato Luis Fernando y otros", en *elDial.com*, 23-05-2008 (CNCom – Sala D, 06-03-2008).

"Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur s/Incumplimiento de contrato aéreo" (expte. 064-00001977/96, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Delegación III)

"Caparros Mirta G. c. Blanchod Marcelo y ot. s/daños y perjuicios" (CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, 01-03-2012)

"Corzo, Malvina A. Tello Vda. de y otros c/ Misiones Pcia. de; Santos, Waldemar H.; Benitez, Darío V. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios", CSJN, C 308 XXIV24/11/1998. Fallos: 321:3224.

"Emmert de Esteban, Clara y otra c/ ASTRO S.A. s/daños y perjuicios" (CNApel.CComFed – Sala 3, 08-07-1992. Id SAIJ: FA92030306).

- "Ferrari De Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otro c/ Entre Ríos, Provincia de y Otros S/Daños y Perjuicios". CSJN. F. 286. XXXIII. ORI. 24/08/2006. Fallos: 329:3403.
- "Freggiaro Roberto M. y ots. C. Aeroclub Luján y ots. S. Daños y perjuicios" (Cám.CyCom de Mercedes, Sala I, 12-09-2006)
- "González, María del Carmen c/Aerolíneas Argentinas" (Cám.Civil de Neuquén – Sala III, 17-06-2088).
- "Línea Aérea Nacional Chile SA c/DNCL (CNCont.Adm.Fed – Sala I, 29-10-2007).
- "López Carlos c/Lloyd Aéreo Boliviano (Cám.Fed.Apel. de Tucumán, 10-09-2004).
- "Marcori Victoria Elsa c/Aerolíneas Argentinas", en *La Ley*, 08-10-2013, AR/JUR/30380/2013 (CNApel.CCFed, Sala III, 26-06-2013).
- "Mondelli c/Aerolíneas Argentinas", en *elDial.com*, 12-09-2013, AR/JUR/46995/2013 (Juzg.CCFed, 05-08-2013).
- Nealón, Hugo Herald Daniel y Nealón Celia Cabo de c/ Aerolíneas Argentinas s/Indemnización de daños y perjuicios. CSJN, 09-08-1961. Fallos: 250: 410.
- "Proconsumer y Otro c/Lan Argentina SA s/ Sumarísimo" (CNApel.CComFed., Sala II, 19-10-2012).
- "Romero Cruz, Félix c/Estado Mayor de la FAA y otros s/ daños y perjuicios" (CNApel.CComFed., Sala I, 03-03-1998).
- "SEMAC c/Air Madrid" (17° Juzgado Civil de Santiago de Chile, rol 20424-2008; 02-09-2013)
- "Star Farm Mutual Auto Ins. Co. vs. Bockhurst", 453 F2d. 453 (1st Cir. 1972). Citado en p. 53 por Claudia Brizzio en "La informática en el nuevo derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2000, pp. 150.
- "Unión de Consumidores de Argentina v. Aerolíneas Argentinas S.A." (CNApel. en lo Comercial, sala E S 11/02/2010).
- "Varig Linhas Aéreas SA contra Dirección Nacional de Comercio Interior" (CNApel.Cont.Adm.Fed. – Sala I, 26-11-2011).

## **BIENES COMUNES: USO Y ACCESO AL AGUA EN LA REPRODUCCIÓN DE LAS DESIGUALDADES SOCIALES EN EL VALLE DE YOKAVIL, SANTA MARÍA, CATAMARCA, ARGENTINA (1997-2013)**

**Por Andrea Mastrangelo**

Recibido: 03/07/2017

Aprobado: 24/08/2017

### **RESUMEN**

El artículo realiza un análisis del uso y acceso al agua en la estructura social agraria contemporánea de un pueblo del NO argentino ubicado a 1.885 m.s.n.m. Se trata de un espacio geográfico donde desde el siglo XVIII el asentamiento poblacional y la agricultura se basaron en regar parcelas derivando agua del río, por una red superficial y no impermeable de acequias. Desde la década de 1990, la promoción impositiva de producción agrícola intensiva de latifundios vitícolas que riegan por goteo (diferimientos impositivos) primero y de la minería por inversión extranjera directa –IED- después, posibilitaron la apropiación privada del agua subterránea. La minería IED consume agua subterránea para sus trabajadores, para el proceso productivo y como medio de transporte del mineral. El artículo muestra cómo el acceso y uso del agua subterránea tuvieron varias consecuencias sobre la estructura social: contribuyendo a la concentración de la propiedad de la tierra, a la pauperización de los minifundistas locales (entre quienes tuvo lugar un significativo retorno de mujeres migrantes con hijos) e introduciendo localmente 2 dimensiones asociadas a su mercantilización: la calidad y el caudal, ausentes hasta entonces en la reciprocidad entre regantes, necesaria para mantener operativo el sistema de acequias. La conclusión de la investigación sugiere la necesidad repensar la regulación estatal de forma de garantizar el derecho al agua, considerando que pensar a la naturaleza como sujeto de derecho es una forma de incidir en la equidad distributiva.

### **PALABRAS CLAVE**

Minería – Agricultura – Agua – Bienes comunes

**COMMONS: USE AND ACCESS TO WATER IN THE REPRODUCTION OF  
SOCIAL INEQUALITIES IN THE YOKAVIL VALLEY, SANTA MARÍA,  
CATAMARCA, ARGENTINA (1997-2013)**

**By Andrea Mastrangelo**

**ABSTRACT**

The article analyzes the use and access to water in the contemporary agrarian social structure of an Argentine NW population located at 1,885 m.s.n.m. It is a geographical space where since the eighteenth century population settlement and agriculture were based on watering plots deriving water from the river, by a superficial and non-impermeable net of ditches. Since the 1990s, the tax promotion of intensive agricultural production of wine-growing estates that irrigated by drips (tax deferrals) first and mining by foreign direct investment -I- then made possible the private appropriation of groundwater. FDI mining consumes groundwater for its workers, for the production process and as a means of transporting the mineral. The article shows how access to and use of groundwater had several consequences on the social structure: it contributed to the concentration of land ownership, the impoverishment of local smallholders (among whom there was a significant return of migrant women with children) and introduced locally 2 dimensions associated with its commercialization: quality and flow, absent until then in the reciprocity between irrigators, necessary to keep the ditch system operational. The conclusion of the research suggests the need to rethink state regulation in order to guarantee the right to water, considering that to think of nature as a subject of rights is a way of influencing distributive equity.

**KEY WORDS**

Mining – Agriculture – Water – Commons.

# BIENES COMUNES: USO Y ACCESO AL AGUA EN LA REPRODUCCIÓN DE LAS DESIGUALDADES SOCIALES EN EL VALLE DE YOKAVIL, SANTA MARÍA, CATAMARCA, ARGENTINA (1997-2013)<sup>1</sup>

Por Andrea Mastrangelo\*

## I. Introducción

Este artículo analiza las consecuencias del manejo del agua en la estructura social agraria de la localidad de Santa María de Yokavil en la provincia de Catamarca, Valles Calchaquies, Noroeste argentino (26°41'00 S 66°02' 00 W; 1885 m.s.n.m; 11.648 habitantes -INDEC 2010) basándose en fuentes secundarias e información de trabajo de campo etnográfico en el período 1997-2013.

En las ciencias sociales argentinas, la relación entre agua y minería en el conflicto social ha sido analizada en la retórica de documentos públicos de recursos hídricos (Saldi, Wagner y Escolar, 2014), como recurso estratégico de la geopolítica a nivel del Estado Nación (Ramírez y Yepes, 2011) y analizando los movimientos sociales de resistencia al extractivismo (Svampa y Antonelli, 2009; Milesi, 2012).

En esta instancia se propone un análisis con metodología etnográfica. Esta estrategia de investigación implica que el investigador recolecta de primera mano, mediante entrevistas y observación participante, prácticas y discursos de los actores sociales sobre el fenómeno en estudio (en esta investigación: uso y acceso al agua), para luego presentar estas evidencias en una descripción teorizada de las perspectivas locales del problema (Guber, 1991). Se trata de un tipo de conocimiento inductivo y empírico de casos de estudio que posibilita dar cuenta no sólo de las variables involucradas en el hecho social estudiado sino de

<sup>1</sup> Trabajo de campo: se realizó trabajo de campo en Santa María durante 6 meses entre 1998 y 2000, realizando 10 entrevistas a productores locales en grupos focales. En el mes de mayo de 2013 se realizaron 15 días de trabajo de campo entrevistando a los responsables de cada acequia (10 entrevistas), de la Intendencia de Riego (1 entrevista) y a los responsables de proyectos de desarrollo, centralmente de certificación de pimentón financiados por FAO Prosap (2 entrevistas). Se hizo observación participante en proceso de riego por manto, por goteo, y en actividades de mantenimiento del sistema de acequias y bombeo de pozos. El acceso a información contable sobre las regalías mineras se hizo analizando información pública en archivos municipales y sitios web citados. En el texto se indican entre comillas las palabras o categorías nativas de los informantes.

\* Doctora en Antropología Social (UNaM). Investigadora CONICET - UNSAM. Coordinadora Programa Salud, ambiente y trabajo UNSAM-CeNDIE, ANLIS. Correo electrónico: [andreaveronicamastrangelo@gmail.com](mailto:andreaveronicamastrangelo@gmail.com)

los modos complejos en los que esas dimensiones estructuran históricamente las desigualdades sociales.

A lo largo del artículo, analizando el caso etnográfico de Santa María, se pone a prueba la hipótesis que, en torno al hecho social del acceso/ uso del agua, se dirime en la práctica social su condición de bien común o mercancía. Sostenemos, por tanto, que la condición de bien común o bien de mercado del agua, incide en la reproducción de las desigualdades socioeconómicas.

En Santa María, las limitaciones edáficas (suelo arenoso que facilita la infiltración superficial) y climáticas (limitadas precipitaciones, alta evaporación) hacen que se muestre allí palmariamente cómo el uso y acceso al agua inciden radicalmente en la estructura social local: una agricultura de minifundios con disponibilidad de agua escasa a un costo alto para los flujos de caja de las economías domésticas locales, frente a grandes inversiones vitícolas y mineras que se apropian de grandes caudales de agua subterránea mediante una significativa inversión en perforaciones y bombeo, pero pagando el canon de agua al mismo costo que los pequeños propietarios.

En el desarrollo del artículo se describe a la sociedad santamariana organizada en tres subsistemas socioeconómicos determinados por el acceso diferencial al agua de consumo y producción: la pequeña-mediana producción comercial de especias (pimentón y comino) junto con la producción comercial de vid encadenada a la vitivinicultura con marca de origen en Valles Calchaquíes que incluye agricultura de subsistencia –maíz, hortalizas-; explotaciones agrarias de grandes superficies de producción de uvas de mesa y vinificables encadenada a bodegas locales y regionales (Cafayate, en la vecina provincia de Salta) y el consumo, producción y transporte de cobre, manganeso y molibdeno de la minería por Inversión Extranjera Directa –IED-. Mientras los pequeños-medianos productores utilizan agua de captación y circulación superficial regando por inundación parcelas agrícolas, las otras dos actividades económicas extraen por bombeo electromecánico agua subterránea. Las explotaciones comerciales de vid riegan por goteo, mientras que la minería utiliza 1.250 veces más agua que la tecnología agrícola de riego por manto, en la misma unidad de tiempo (turno de riego).

El artículo se inicia presentando el acceso y uso del agua en la producción agrícola. Se presenta el sistema de riego por acequias, su estructura fundiaria y de género, a la vez que caracteriza la situación de las comunidades de pueblos

originarios contemporáneos respecto de las parcelas regadas. Dado que este subsistema es el que involucra proporcionalmente menos volumen de agua y menor superficie de tierra, pero mayor cantidad de pobladores locales, por su estado de deterioro y por las articulaciones con el sistema de gobierno local, que incluye la re inversión de la regalías mineras en infraestructura, esta sección presenta un desbalance en la extensión de los otros dos subsistemas que pueden ser explicados por los grandes números de la economía nacional y transnacional.

Al final de esa primera sección se caracteriza el acceso y uso del agua en la producción de uvas para en el complejo regional vitivinícola de los Valles Calchaquíes.

En la segunda sección se caracteriza el uso del agua en la minería por inversión extranjera directa, a través del caso muestra de la desregulación minera en Argentina, Bajo de la Alumbrera ubicada en una de las cumbres que bordea el valle. Esta mina que comenzó a extraer cobre, oro, plata, manganeso y molibdeno hacia 1997, utiliza agua subterránea para abastecimiento del personal, en la tecnología de proceso y como medio de transporte del mineral extrayéndola del ecosistema de altura por un mineroducto de 316 km hasta el llano tucumano, donde escurre el mineral y lo carga en el ferrocarril al puerto de Rosario, para ser exportado sin elaboración.

Sostenemos que aunque no se exprese aun nítidamente en la acción colectiva, el derecho al agua y su distribución entre los pobladores locales es un núcleo de relaciones socioeconómicas, en las que actualmente se están reproduciendo la desigualdad y la pobreza estructurales. En las conclusiones se sugiere la necesidad de pensar a los derechos de la naturaleza y al agua como derecho humano en el contexto latinoamericano, entendiendo al derecho público como una forma de defensa frente a la mercantilización de los comunes, cuya regulación estatal en favor de la equidad distributiva limitaría la acumulación por desposesión (Harvey, 2004) o paradoja de la abundancia de los latinoamericanos (Acosta, 2011).

## II. El sistema de riego en Santa María

El riego por derivación en acequias de aguas superficiales y subterráneas posibilita el uso agrícola de un valle andino de altura con limitada accesibilidad desde el llano, permite que la producción local de alimentos no esté limitada por las lluvias (200 mm anuales concentrados en verano) y de allí provienen los

forrajes para alimentar el ganado en los crudos inviernos. El sistema de acequias regula, además, la fuerza de las crecientes que se originan en la cordillera, por esto desde el Siglo XVIII<sup>2</sup> fue la distribución de agua por canales y acequias la que posibilitó los asentamientos de población en las actuales localidades de Santa María y San José.

El argumento central de esta sección es que el sistema de riego de Santa María es, además de una obra hidráulica, un sistema de relaciones sociales que posibilita simultáneamente la circulación y aprovechamiento de un bien no económico (agua) y la producción de bienes de consumo directo e indirecto (cultivos de subsistencia y comerciales).

El agua de riego de los pequeños agricultores santamarianos tiene dos orígenes: el deshielo y el agua subterránea. Entre los agricultores familiares el agua subterránea es usada para suplir el déficit del sistema superficial y se usa para regar por inundación ("riego por manto"<sup>3</sup>), mientras que entre los grandes productores es su principal fuente de abastecimiento y se administra por redes de cañerías de goteo.

El agua del sistema de riego de Santa María forma parte de las Aguas Públicas de Catamarca, reguladas por el Código de Aguas (Ley Provincial 2.577/73). Esta Ley establece que el agua no es un bien de renta sino un elemento de trabajo (un bien público Arts. 2 y 3). Según este Código el derecho a riego de una propiedad se hereda con la misma. Para hacerlo efectivo es necesario traspasar el dominio del predio e inscribir el título en el Registro de Aguas (en rigor es un registro de regantes, Art. 16 y Título IV Art.129 a 135). Esta ley establece limitaciones a la subdivisión por debajo de la Unidad Económica<sup>4</sup> establecida para la región (Art. 56 y 64), sin embargo los acuerdos de subdivisión

<sup>2</sup> Las estructuras arqueológicas incaicas prospectadas en el valle de Santa María (Intihuatana en Fuerte Quemado, el Ingenio de Médanos, Punta de Balasto y Bicho Muerto) están claramente separadas de las acequias. Williams (2000) ubica los sitios arqueológicos inca de agricultura intensiva fuera del sistema de riego actual, producto de una estrategia geopolítica de rodear con infraestructura incaica a las parcialidades locales sometidas y resistentes a pagar tributo. Investigaciones posteriores (Arreguez y González, 2007; Caria et al 2006, 2010; Oliszewski, 2009; Roldán, et al 2014) caracterizan la agricultura preincaica en terraza, andenes o canchones y como agricultura de secano. Sistemas de riego arqueológico son referidos en los estudios de la puna catamarqueña (Olivera et al 2004; Tchinguirian y Olivera, 2008; Quesada, 2010). Estas evidencias arqueológicas permiten inferir que el sistema de acequias actual se construyó durante la colonización española, con inversiones de infraestructura posteriores. Las medidas de ingreso de agua a las parcelas en uso aun en Santa María son semejantes a las utilizadas en la España medieval, por ejemplo "real, dobla, buey, surco, dedo, naranja, lenteja y garbanzo" (Cañas y Gil, 2015).

<sup>3</sup> Riego donde la parcela es inundada por un manto de agua en el turno de riego.

<sup>4</sup> En los valles de O de Catamarca se estima que una unidad doméstica tiene en promedio 0.5 ha (Jacubovich, 2013 comunicación personal).

entre herederos continuaron realizándose aún por debajo de esa extensión. Las sucesiones indivisas, tanto como el abandono de los predios por falta de agua suficiente, dificultan que el registro de regantes se mantenga actualizado. Una de los problemas es que las unidades domésticas hacen agricultura de subsistencia o los herederos entran en conflicto por la distribución de los magros beneficios de la agricultura comercial, lo que lleva a divisiones y subdivisiones infinitesimales de los predios regados que no tienen registro oficial entre los herederos. Esta situación explica en parte el por qué existen severas inconsistencias en el padrón de regantes. Según los datos censales del año 2002 y los relevamientos de campo con representantes de las acequias se estiman entre 400 y 500 regantes en el total del sistema. Este valor es triplicado por los datos del relevamiento de la autoridad del agua (1.223 regantes).

Según el Código de Aguas las prioridades de uso del agua pública son el abastecimiento de poblaciones y el uso pecuario. La irrigación de cultivos aparece tercera en orden de prioridades (Art. 6). Las concesiones de irrigación son reguladas por la Ley 3.244/77, son a perpetuidad y pueden ampliarse si hay caudal suficiente. Caducan por abandono del predio (Art. 33, 34 y 35). El abandono de un predio con sesión de agua es causal de expropiación (Art.35).

La Ley 2.577 establece el pago de un canon (Art. 234 a 240). En el caso de los sistemas de riego sin embalse, como el santamariano "el importe se destinará a cubrir los gastos normales que este Código pone a cargo de los Consorcios de Usuarios" (Art. 235). Es decir, en realidad el valor que la Ley da al agua es simbólico, cubre honoríficamente las molestias de gestionar del Teniente y Administrador, pero no responde a una ecuación de precio. Es decir, el valor del turno de agua de una parcela no pondera el costo de mantenimiento del sistema de acequias (tomas, obras de arte, hijuelas, cauces, azud). No tiene valor por caudal ni tasa fija, por tanto, para los productores el agua provista por acequia no se compra, se administra por una red social de reciprocidad simétrica (cuando hay trabajo voluntario) y asimétrica (de redistribución, cuando funcionarios públicos o de la minera entregan materiales o jornales para su mantenimiento).

En el caso del agua subterránea de pozos el valor pagado es mayor y los productores dicen que "se compra" aunque en realidad no se paga por caudal o volumen requerido, sino por el consumo de electricidad del motor de bombeo según las horas de riego requeridas. Aunque las cooperativas dicen cobrar por anticipado por este servicio, en mayo 2013 la deuda eléctrica impaga de las

cooperativas de los pozos fue asumida por el estado municipal. En el trabajo de campo se registraron antecedentes de falta de pago de las deudas de energía eléctrica de las cooperativas de regantes regularmente. La forma habitual de resolver esta deuda que se registró, fue el pago o condonación de las mismas por parte de los candidatos a puestos políticos en épocas de elecciones municipales o provinciales.

Aunque el Código de Aguas estableció un sistema de ordenamiento del riego priorizando la "explotación racional" de cultivos por áreas ecológicas y en épocas de estiaje (Art. 48 y 49) que entraría en vigor a 5 años de su sanción, su regulación fue difícil de establecer, sobre todo porque la Ley fue sancionada en un gobierno democrático (1973) y el plazo se cumplió cuando gobernaba una dictadura. Finalmente con el agua superficial primó el derecho consuetudinario: riega quien siembra cuando hay caudal. Si no hay caudal y se sembró, se pierde el trabajo y la inversión.

En la cima del orden jerárquico de la burocracia estatal que rige la autoridad del agua está el Director Provincial de Aguas que designa Intendentes de Aguas por regiones (uno por Departamento) a quien se subordinan los Tenientes de Aguas (uno por acequia). El Teniente es elegible por voto directo de los miembros del Consorcio de Regantes (compuesto por los regantes registrados de una acequia). El monto de pago al Teniente lo establece el Consorcio y se prorroga en partes iguales entre los regantes (Art. 99 a 104). La gestión del consorcio la realizan Presidente, Vocales y un Administrador. El Administrador es el único cargo remunerado, pagadero también por los consorcistas (Art. 112 a 128).

En un tipo de acción política por omisión los gobiernos democráticos que implementaron las políticas neoliberales de las décadas de 1980 y 1990, el sistema de riego por acequias superficiales, como bien común, acumuló déficits de mantenimiento<sup>5</sup>. Los canales son simples zanjas o zanjones no están impermeabilizados, no tienen ni piedras ni cemento en el fondo o los taludes. Su operación y mantenimiento requieren jornales de trabajo periódico pues los caudales, cuando existen, son irregulares y arrastran sedimentos (rocas, ramas pero sobre todo mucha arena). Los aumentos intempestivos de caudal generan

<sup>5</sup> Durante las dictaduras 1955-1958; 1966-1972 y 1976-1983, el sistema de riego estuvo regido por personal del ejército que organizaba el trabajo coercitivamente. Se controlaba el tamaño de las palas y no se aceptaban niños como jornaleros para que "todos trabajaran lo mismo" (Entrevista Acequia Chañar Punco).

desbordes, implicando que “el agua se robe” en predios no productivos, dejando inutilizadas las “tomas” (los lugares por donde el agua ingresa al sistema) o el cauce. Los regantes que por estar descapitalizados no pueden pagar a otro por el trabajo, aportan el propio trabajo voluntario, mientras los capitalizados pagan a peones. La mayoría de las veces el mantenimiento se resuelve con fuerza de trabajo de empleados estatales que los políticos entregan como don (Mauss, 1980, Sahlins, 1983) a los regantes. En esa entrega de dones puede participar una empresa minera transnacional que es vecina del municipio, a través de sus “programas de responsabilidad social empresaria”.

Otro aspecto del deterioro del sistema de riego por acequias se relaciona con que entre los regantes no se encuentran voluntarios para ejercer los cargos de Teniente o de Administrador. Esta reticencia se justifica por dos razones, por un lado por la falta de pago del canon por parte de los regantes, sobre todo en el contexto de sucesiones conflictivas donde no está claro cuál de los parceleros es el derecho habiente del agua y por otro también sucede que como el sistema de algunas acequias es largo (por ejemplo 16 km. Chañar Punco) y las obras de captación, derivación, cauce o taludes son ineficientes, cada acequia requiere conocimientos muy específicos para ser operada adecuadamente y sin reclamo por parte de los parceleros.

Los hechos descriptos redundan en que las tareas de mantenimiento no se realizan regularmente. Así, en cada turno de riego en los sectores más alejados de la fuente de agua o en zonas de más densidad parcelaria se generan puntos críticos que no reciben el agua a tiempo. Estas crisis se expresan en conflictos entre regantes y exigen repentinamente una mayor demanda de trabajo (entrevistas Acequia El Puesto, Chañar Punco) que sólo unas pocas acequias aliadas con las autoridades de recursos hídricos y municipales pueden manejar satisfactoriamente (vg. La Virgen, Los Alvarez). Los dones o favores de las autoridades del agua a los regantes son parte de relaciones de patronazgo, es decir sostienen y legitiman la posición de autoridad de quién da<sup>6</sup>.

La Tabla 1 sintetiza los conflictos entre los regantes del sistema Santa María, la mayoría tiene que ver con el deterioro, falta de mantenimiento y de gestión colectiva del sistema de riego.

---

<sup>6</sup> La actual Intendente de riego es esposa del Juez de Paz. Un productor informó que tiene miedo a realizar reclamos pues cree que la Intendente puede hacer que el Juez lo meta preso. Esta situación, aunque legalmente imposible, hace visible la subordinación en la que el regante se representa frente a quien ejerce el derecho de agua.

**Tabla 1 Tipo de conflicto preponderante por acequia**

<b>Acequias altas</b>	<b>Tipo de conflicto preponderante</b>
Retamozo-Moreno	No se está pagando el agua de acequia.
Los Alvarez	Conflictos por la distribución del agua entre quienes tienen derecho por el padrón de acequia y los regantes actuales.
Los Palacios	Tiene conflicto con los regantes de Retamozo-Moreno, que riegan antes. Les llega menos caudal.
Chañar Punco	Litigio por subdivisión de las horas de agua en parcelas con sucesión indivisa. Falta trabajo voluntario para mantenimiento de parcelarios más pequeños.
<b>Acequias bajas</b>	<b>Tipo de conflicto preponderante</b>
El Puesto	El riego por acequia no opera por falta de mantenimiento.
La Virgen	Conflicto por el pago del agua de acequia al Teniente.
Las Mojarras	La pendiente de algunos cuadros dificulta optimizar el riego y genera erosión de los suelos.
Molino y Rueda y Moya	Abandono de parcelas por falta de agua.
El cerrito	Caída entre cosechas del rendimiento de la producción de pimienta.

Fuente: elaboración propia

Lo expuesto, pone de manifiesto que el agua en el sistema de riego de Santa María circula entre los predios con un valor extra económico integrando el precio, mostrando en acto el precepto sustantivista (Polanyi, 1976) según el cual las transacciones económicas implican la integración de la sociedad. Si bien el agua participa conformando el valor de los bienes económicos, no es una mercancía: no es ella la que se compra y vende, sino el trabajo que posibilita su circulación. Decimos por ello que en Santa María, la circulación del agua de riego va acompañada de prestaciones de reciprocidad en horas de trabajo, que se integran al agua como don que se da, se recibe y se devuelve. Para un regante "dar el agua" es una obligación moral y su retención o pérdida injustificada generan conflictos. Por lo tanto esas prestaciones y contraprestaciones aparentemente voluntarias referidas a la administración del sistema de riego, son

en el fondo rigurosamente obligatorias, bajo pena de una guerra privada, pública o el colapso del sistema productivo (Mauss en Nettel Díaz, 1993, pp. 328-29).

Esta relación la reciprocidad del sistema social con la corriente material, es decir de la organización de la producción con el sistema sociopolítico que se establece en el sistema de riego santamariano no es excepcional y ha sido analizada por Marshall Sahlins (1983). Este autor pone de manifiesto que los sistemas de reciprocidad, revelan una distribución descentralizada de la fuerza: para mantenerlo operativo y en paz es necesario que todos los regantes den, reciban y devuelvan. Las interrupciones, el abandono, las sucesiones o subdivisiones de predios implican crisis pues interrumpen el fluir del intercambio (ver síntesis en Tabla 1). Como muestran los datos de campo, estos conflictos afectan tanto la reciprocidad entre regantes, como la redistribución (reciprocidad asimétrica), lo que explica la crisis jerárquica de la autoridad del agua y las razones por las que los cargos de Teniente o Intendente de riego no encuentran candidatos adecuados.

Según el análisis de juristas (Martín, 2012) la legislación infraconstitucional en Argentina, como el Código de Agua (Ley 2.577) de Catamarca se basan principios jurídicos del Siglo XIX. En esta concepción lo público es estatal y los conflictos en relación al derecho al agua por estar asociados a la propiedad del suelo, se dirimen según el Código Civil. En este marco, los conflictos por derecho y uso locales, se han resuelto favoreciendo el uso productivo, argumentando en base a los principios jurídicos de "propiedad" y "concesión". Es decir, sin una concepción del agua como bien colectivo, potestad del derecho público y que requiere un abordaje ecosistémico. Como desarrollaremos más adelante, en el actual contexto de promoción impositiva de la minería y la vitivinicultura esta concepción jurídica ha propiciado la apropiación privada del recurso y presiona sobre su mercantilización. Es decir, que el agua sea para quien puede pagar por ella, por el trabajo que implica desplazarla o por la energía para bombearla desde el subsuelo.

## **II.1 Las comunidades de pueblos originarios y el sistema de riego**

En el Departamento Santa María se identificaron 6 comunidades de pueblos originarios. Sólo 2 de ellas, la "Comunidad Indígena Ingamana de San José" y la "Comunidad Originaria de Cerro Pintao" tienen personería jurídica (Res. 115, Boletín Oficial 13/04/2013).

De las 4 comunidades restantes, 3 han surgido de divisiones en la Comunidad Ingamana. Mientras que la "Comunidad Diaguita Calchaquí de Loro Huasi" ha iniciado su reivindicación como indígena autónomamente en el año 2010. Todas estas comunidades se componen de población rural dispersa en parajes, su ubicación actual puede explicarse por su exclusión en el reparto de las tierras regadas en la ocupación colonial (año 1710, Williams, 2000, Rodríguez, 2008). Al negárseles a las comunidades originarias el derecho a la tierra, éstas se ubicaron en los faldeos de las sierras, aprovechando tributarios del río Santa María o vertientes para la subsistencia. Con la excepción de la Comunidad Diaguita Calchaquí de Loro Huasi todas las comunidades están en esta situación, por lo que tienen limitadas sus posibilidades productivas a la ganadería, los forrajes y los cultivos de primavera-verano. El ganado que tienen es caprino, ovino y camélidos (llama). El destino habitual de ese ganado es la venta de carne en pie para acceder a mercaderías en Santa María.

En ninguna de las comunidades se han realizado las mensuras previstas en la Ley Nacional 23.160 o su prórroga, Ley Nacional 26.554. Al no tener regularizada la tenencia de la tierra, y dado que el Código de Aguas asocia el riego a la propiedad, no participan legalmente del acceso al agua.

Las comunidades Ingamana y Loro Huasi están vinculadas con el sistema de riego superficial actual. En el caso de la comunidad Ingamana algunos de los parajes que la integran riegan directamente de una toma en el río Santa María antes de su ingreso al sistema de riego, en Punta de Balasto. Por la mencionada asociación de la gestión del agua con los propietarios del suelo, los regantes proyectan entubar el río antes de su ingreso al sistema de riego, en "Los chiflones", lo que implicaría una nueva exclusión de las comunidades del sistema económico local.

Otro conflicto con el sistema de reparto del agua que tiene esta comunidad es en el paraje "La puntilla". Las unidades domésticas indígenas de ese paraje no tienen acceso al agua de riego ni por vertientes, aun cuando por el fondo de sus predios pasa el canal que carga las acequias altas.

En el caso de la Comunidad Loro Huasi al utilizar el agua de la acequia Los Álvarez y el pozo del consorcio de Loro Huasi, se aplica la misma problemática que a las unidades domésticas que producen en esa acequia. En el barrio Loro Huasi hay 3 pozos. Uno es de cooperativa, tiene 3 asociados. Otro que está pasando la escuela no está operativo. Y un tercero se realizó en 2010 con

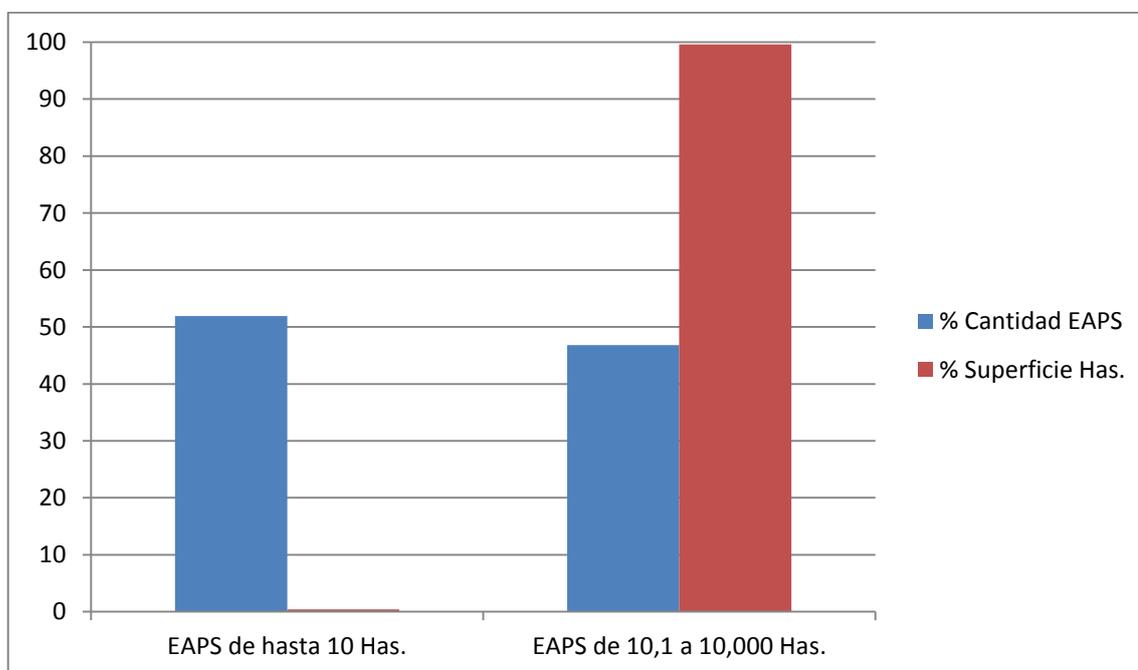
inversión de regalías mineras y de la Subsecretaría de Agricultura Familiar. La comunidad pide que se canalice el agua de este último pozo "cruzando una calle", lo que les permitiría poner en producción 300 ha de indígenas y no indígenas (Acequias altas, Los Álvarez).

## II.2. Los tipos de productores agropecuarios y el sistema de riego en Santa María 2013

En esta sección se propone una tipología de productores agropecuarios analizando la estructura social agraria, el sistema de riego, la distribución de las superficies en producción y los cultivos predominantes. Esta tipología, permitirá comprender las inequidades socioeconómicas resultantes del actual manejo del agua en uso agrícola.

El último censo agropecuario (CNA, 2002) da cuenta de una estructura polarizada entre un grupo muy numeroso de Explotaciones Agropecuarias que utilizan una porción muy pequeña del suelo, y un pequeño número de explotaciones de gran superficie.

**Gráfico 2 Distribución de las Explotaciones Agropecuarias en el total de la superficie en uso agrícola. Depto. Santa María, 2002**



Fuente: Elaboración propia en base a datos del CNA 2002

El sistema de riego Santa María abastece a pequeños productores minifundistas de hasta 10 hectáreas. La organización del trabajo de estas unidades de producción es familiar, la transmisión de la propiedad es por herencia y subdivisión, la disponibilidad de trabajadores depende de la edad de los miembros de la familia. Por esto se considera que no se trata de productores agropecuarios individuales, sino de Unidades de Producción Doméstica. El carácter familiar de la producción implica que se produce para subsistencia y para mercado. La actividad económica se mantiene aún sin ganancias, pues está en juego la subsistencia (Harris, 1987; Sahlins, 1983).

Estas unidades de producción de hasta 10 ha son el 52% de las explotaciones agropecuarias del Departamento, ocupando el 0.4% de la tierra en uso agrícola.

El 47% restante de las explotaciones agropecuarias ocupa el 99% de la superficie, con un fuerte predominio de las grandes extensiones: 7 unidades de producción de más de 10.000 ha ocupan el 33% de superficie agrícola total.

Las principales producciones comerciales minifundistas son el pimiento y la vid. Ambas son eslabones de cadenas agroindustriales: la del pimentón y la del vino.

La totalidad de la producción de pimiento se da en parcelas de 1,1 ha promedio. La cadena productiva se organiza en base a muchos productores minifundistas que venden a 6 molinos locales que acopian y comercializan el pimentón por mayor a compañías que fraccionan y distribuyen de especies y abastecen a la industria alimenticia. Excepcionalmente acopiadores de Tucumán suben a comprar pimiento a los productores. La comercialización es a granel, sin diferenciar calidad y es habitual que en la venta minorista se descubran adulteraciones. La adulteración en el fraccionamiento es la manera de aumentar falsamente la oferta, lo que implica que aun cuando se reduce la producción de la materia prima desde 1990, su precio no aumenta (Maggi, 2007).

### **II.3 Los diferimientos impositivos y la vitivinicultura calchaquí**

En la producción de vid, la producción aparece segmentada entre los minifundistas, con hasta 10 hectáreas implantadas y agricultores empresariales con 30 hectáreas y más.

La política de diferimientos impositivos<sup>7</sup> promovió la expansión comercial de viñedos y bodegas de capital externo con denominación de origen "Valles Calchaquies". En este contexto 2 bodegas instalaron en Santa María sus viñedos. Otras bodegas localizadas en Cafayate (localidad del mismo valle en la vecina provincia de Salta) compran materia prima a viñateros santamarianos, regulando varietales, calidad y precio.

Los tipos de producción y el comportamiento económico descripto permiten agrupar a los productores santamarianos en dos grupos: grandes productores y agricultores familiares.

Los grandes productores riegan con agua obtenida en pozos propios y no pagan canon de agua, sólo el valor del consumo eléctrico.

Los agricultores familiares dependen del riego sistema de acequias y suplen su déficit obteniendo agua de pozos subterráneos, aun cuando la compañía eléctrica esté privatizada, el sistema político subsidia indirectamente la mayoría de esos consumos cíclicamente.

Los agricultores familiares se subdividen en no capitalizados y capitalizados. Los no capitalizados son pimentoneros y productores de comino que riegan por manto, con limitaciones en el acceso al riego y la comercialización que no pueden superar autónomamente (sin empleo asalariado).

Por otra parte, los agricultores familiares capitalizados pueden serlo porque realizaron alguna inversión tecnológica que aumentó la productividad por hectárea o porque innovaron a nivel institucional, asociándose con otros productores para lograr calidad, aumentar la productividad por mejoras tecnológicas, moler, fraccionar o comercializar producto obteniendo capital para la inversión por un ingreso extrapredial (herencia o salario) o capital simbólico (educación técnica). Son en general productores de pimiento para pimentón y en menor medida comino.

En el grupo de los agricultores familiares capitalizados, se diferencian claramente las unidades de producción de vid que se capitalizaron por integrarse a la cadena de producción de la agroindustria vitivinícola regional.

La Tabla 3 sintetiza los tipos de explotaciones agropecuarias en producción comercial.

---

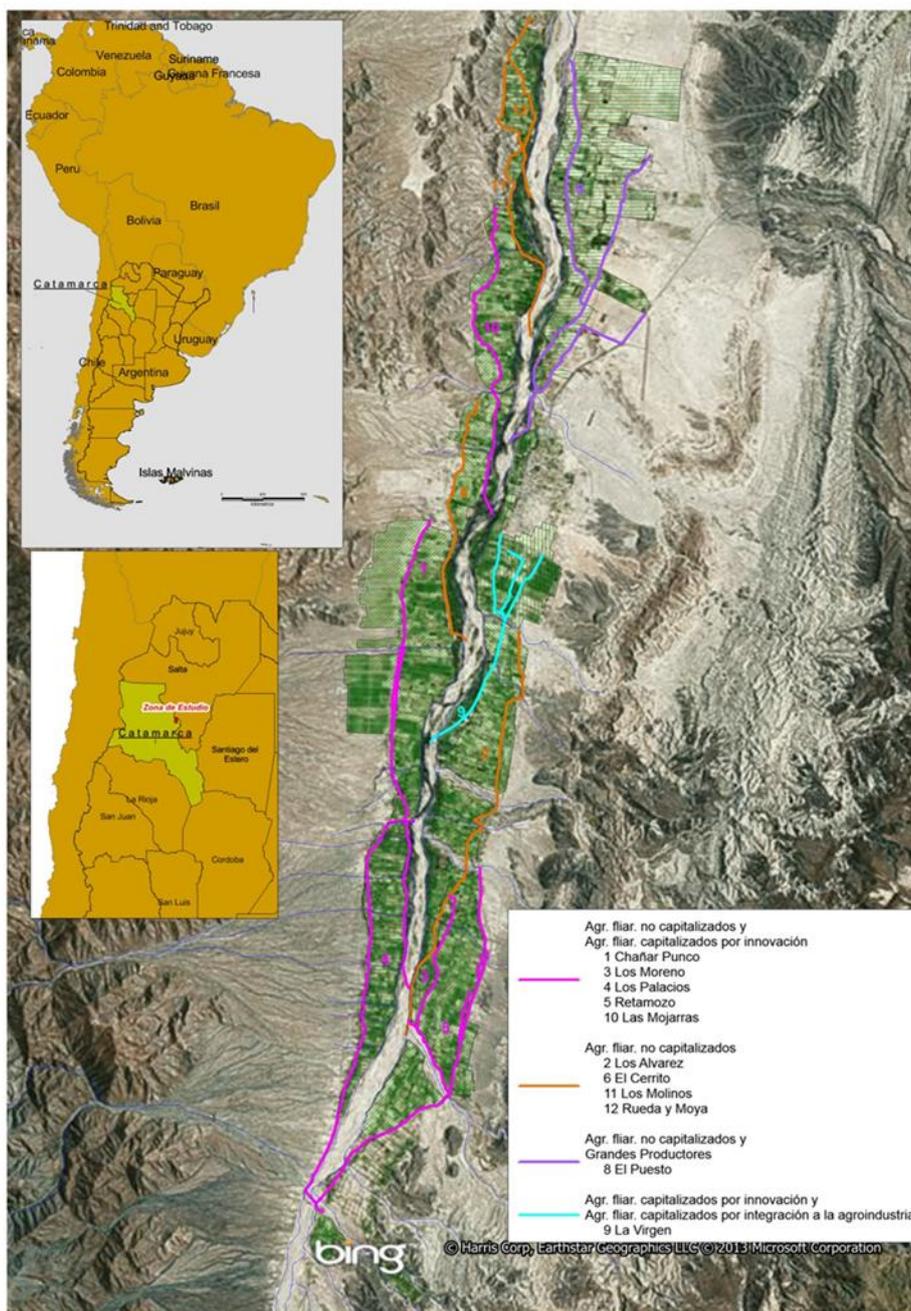
<sup>7</sup> Leyes nacionales N° 21.021, N° 22.702 y 22.973.

**Tabla 3 Sistema de riego Santa María: tipos de explotaciones agropecuarias con producción comercial (TEAP)**

<b>Tipo Explotación Agropecuaria</b>	<b>Subtipos</b>	<b>Productos</b>
<b>Grandes productores</b>		Son bodegas que tienen todo o parte de su producción a campo en Santa María.
<b>Agricultores familiares</b>	<b>no capitalizados</b>	Siembran sólo un producto comercial por temporada con riego por manto, desde acequia o pozo.
	<b>capitalizados por innovación</b>	Tienen más de un cultivo comercial. Tienen ingresos extraprediales y/o capacitación profesional. Algunos innovaron con riego por goteo, secado elevado o con asociaciones para moler o comercializar.
	<b>capitalizados por integración con la agroindustria</b>	Producen vid que venden a bodegas para vinificar. Tienen ingresos extraprediales y/o capital simbólico. Reciben asesoramiento sobre calidad y tecnologías producción. Agricultura de contrato. Eslabones de la cadena agroindustrial del vino con sede en Cafayate (Salta).

Fuente: elaboración propia

## Mapa Sistema de riego Santa María



### II.4 La agricultura familiar

En la agricultura familiar la propiedad de la tierra, la capitalización y la disponibilidad de trabajadores depende de la etapa de vida de la familia. Por esto, para comprender la dinámica de la producción y ocupación de las parcelas del sistema de riego del sistema Santa María, es necesario tener en cuenta el ciclo de vida de las familias o ciclo de vida doméstico. Consideramos que este enfoque

es relevante para comprender la estructura social agraria santamariana por 4 razones:

- porque explica la génesis de parcelas menores a una unidad económica (que en algunos casos persisten capitalizadas por ingresos extra prediales);
- porque permite comprender la organización generacional de la producción en las fincas, dar cuenta de la dinámica productiva y del reemplazo del trabajador principal,
- porque permite explicar que jóvenes emigrados permanecen ligados a la economía doméstica realizando remesas o comercializando producciones familiares en donde se radican (por estudio o matrimonio). En otros casos, cuando heredan de sus padres y ya no viven en Santa María mantienen la finca produciendo con arrendatarios y
- porque permite explicar la migración de retorno: mientras a comienzos de la década del 2000, Santa María era un distrito expulsor de población de 14 a 65 años, el Censo de Población de 2010 informa migración de retorno en el mismo grupo de edad, con ingreso de niños no nacidos en Santa María (grupo de edad de 5 a 9 años). Son predominantemente mujeres, que vuelven a Santa María a criar a sus niños en las unidades de producción familiares (INDEC, 2010).

Por las características ecológicas y por la organización social de la producción, los hogares santamarianos no son urbanos ni rurales en sentido estricto. Existen unidades domésticas donde los espacios productivo y de residencia comparten la misma parcela. Pero hay familias que viven en barrios urbanos y mantienen parcelas de finca (hasta 10 ha con riego por acequia o pozo) dedicadas a la producción para subsistencia (maíz, hortalizas y ganado menor) y agricultura comercial en el mismo sistema de riego. También es común que mientras un anciano es responsable de una "estancia" (explotación agropecuaria de más de 10 ha fuera del sistema de riego) sus hijos y nietos mantengan residencia urbana, cursen estudios terciarios o universitarios, se consideren dueños de la tierra como familia y participen como fuerza de trabajo en faenas estacionales (por ejemplo: cosecha de pimiento). Esta organización de los espacios productivos es la que nos lleva a considerar a los hogares (unidades de ingreso, ahorro y gasto doméstico) como Unidades de Producción Domésticas (UPD) donde tienen lugar actividades de producción tanto como de consumo

(aunque no necesariamente estas actividades acontecen en el mismo espacio físico). Socialmente, las UPD o unidades de producción de agricultura familiar, son diferentes al actor social conceptualizado como “pequeño productor agrícola”, centralmente porque no es un actor individual, pero también porque al estar en juego su subsistencia muchas veces persiste en la actividad por autoexplotación de la fuerza de trabajo, generando ingresos extra prediales como asalariados, por venta de comestibles de elaboración casera y con rentabilidad negativa.

El análisis del ciclo de vida familiar nos permite comprender otras causas que coadyuvan a esta organización del espacio productivo. En la sociedad santamariana “una familia es una empresa” (entrevista acequias El Molino y Rueda y Moya) y cada vez que se funda una familia la tierra se parcela para dotar de capital a la empresa que se inicia. Como señalamos antes, este criterio genera en algunos sectores parcelas menores a una unidad económica. Fue preocupación de varias unidades domésticas no tener regularizada la tenencia de sus fincas luego de las sucesiones y las presiones que ejercen inversores vitícolas que compran parcelas de entre 20-100 ha en las que aún residen familias (caso El Recreo en entrevista acequia Moreno y Retamozo).

#### **II. 4.1. Género y edad en la transmisión de la propiedad**

Las fincas persisten al cuidado de “los viejos”, pues los patriarcas se retiran del trabajo asalariado para envejecer y morir allí. En las entrevistas de mayo 2013 tenemos el caso de Alcira maestra y ganadera, cuyo padre jubilado vive solo en su finca de la vuelta del río. Ni Alcira por haber estudiado, ni sus hijas que están iniciando estudios terciarios piensan abandonar la cría de cabras y la producción de pasturas. Su marido está esperando la decisión de su suegro de “soltar la finca” para hacerse cargo, “porque la finca es de la familia”.

Otro escenario presentan las familias con muchos herederos y con juicios sucesorios conflictivos, que llevaron por ejemplo a que una parcela esté 20 años improductiva. La sucesión sin conflicto y la sucesión conflictiva serían los puntos extremos de un *continuum* que genera subdivisiones inviables para la agricultura comercial.

A comienzos de la década del 2000, Santa María era un distrito expulsor de población de 14 a 65 años (Población Económicamente Activa). El Censo de Población de 2010 informa migración de retorno en el mismo grupo de edad,

con ingreso de niños no nacidos en Santa María (grupo de edad de 5 a 9 años). Esta dinámica de población podría atribuirse también a las particularidades de la agricultura familiar. Las migrantes de retorno son predominantemente mujeres, que estarían volviendo a Santa María a criar a sus niños en las unidades de producción doméstica familiares, sin embargo esta incorporación debe respetar la estructura de edad, por lo que prevalece la opinión de los adultos mayores frente a las mujeres que retornan en la herencia de los predios.

#### **II. 4.2. El ingreso extrapredial en los agricultores familiares**

La diversificación de las fuentes de ingreso posibilita la subsistencia de las UPD. Históricamente las unidades de producción del valle de Yokavil realizaron varias actividades económicas a la vez, pues atendían la reproducción de la fuerza de trabajo de trabajadores mitayos o encomendados (Bolsi, 1967; Herrán, 1979; Pizarro, 2000; Williams, 2000; Rodríguez, 2008; Martínez, 2013). Esa estructura social fue recreándose a lo largo de la historia, en el siglo XX varios testimonios refieren a una capitalización originaria de las unidades de producción doméstica en base a un salario en la zafra azucarera de Tucumán hasta 1966 y desde 1970 a Jujuy. En década de 1980 en el empleo público, incluyendo minería en Farallón Negro o Capillitas y en la de 1990 asalariados de la minería (Entrevista acequias El Molino, Los Álvarez y Martín Lezcano oficina FAO Sta. María).

Desde la década de 1980 el empleo público municipal es ingreso extrapredial. Santa María está entre los municipios con mayor densidad de población (3.8 hab./Km<sup>2</sup> vs. 3,58 hab/ Km<sup>2</sup> en la provincia) y más cantidad de empleados municipales en la región oeste (24 trabajadores municipales por habitante –INDEC 2010-)

Producir para subsistencia, para mercado, para intercambio y asalariar a uno o más miembros de la unidad productiva permite enfrentar coyunturas adversas. En la entrevista de las acequias El Molino y Rueda y Moya se narra el caso de un trabajador de Mina Capillitas (Depto. Andalgalá) en la década de 1970, que daba en arriendo para pimiento su parcela agrícola en el sector de la acequia Las Mojarras. El pago del arriendo incluía que se sembraran cultivos de subsistencia para su familia. Este caso muestra que no se trata de agricultores de medio tiempo, sino de unidades de producción doméstica que venden fuerza de trabajo como una forma de capitalización.

### III. La minería por inversión extranjera directa y el agua

Minera Alumbreira es el proyecto minero más cercano a Santa María, ubicado en el límite jurisdiccional con el Departamento Belén (Catamarca). Este yacimiento es parte del área de explotación minera de la empresa estatal Yacimientos Mineros Aguas de Dionisio –YMAD-. En 1994, las políticas de desregulación promovieron<sup>8</sup> el aprovechamiento de Bajo de la Alumbreira desde 1997. Esta mina opera con un sistema de trabajo continuo, con turnos de trabajo de 12 hs. diarias que se denomina de “cama caliente”. Esto implica que dos turnos de trabajadores de 12 hs. cada uno pernocta en el campamento minero por 15 días, al cabo de los cuales vuelven a sus lugares de residencia habitual en Belén, Santa María, Andalgalá, Tucumán, Rosario, Córdoba o Buenos Aires. La mayoría de los trabajadores de la administración y la planta sube desde Tucumán. La empresa ofrece el servicio de transporte desde la mina hasta alguna de las localidades cabecera. Es decir, no hay villa obrera asociada al yacimiento, sino apenas dormitorios.

#### III.1. Los impactos en empleo y salarios durante la operación de la mina

En los estudios de impacto social de los proyectos se diferencian áreas geográficas primarias (Área Primaria de Impacto –en API-, los departamentos que limitan con el proyecto), secundaria (Área Secundaria de Impacto –ASI- las provincias donde el proyecto tiene infraestructura (Catamarca, Tucumán y Santa Fe) y terciaria (Área Terciaria de Impacto –ATI-, el país). Es habitual que mientras los beneficios económicos se concentran en el país y la región (ASI-ATI), mientras que los más altos impactos negativos para la población y el ambiente permanecen en el área primaria (API). Minera Alumbreira no es una excepción en esta distribución de los impactos.

Los principales impactos positivos producidos a nivel nacional, regional y provincial son 795 empleos directos en todo el país en la actual etapa de explotación, que equivalen al 6% del empleo generado por el sector minero. El 88% de los trabajadores (704) proviene de la región NOA y sólo el 12% restante de otras provincias. Los trabajadores provenientes de Catamarca representan el 33% del total.

<sup>8</sup> Un conjunto de leyes nacionales analizadas en Mastrangelo (2004), exime del pago de impuestos a los bienes de capital, da estabilidad fiscal y aumenta los estándares ambientales para permitir la contaminación. En enero 2016 se eximió a las mineras del pago de retenciones de exportación.

En los departamentos del entorno minero Belén, Andalgalá y Santa María en actual etapa de explotación, el impacto en empleo es de 365 trabajadores locales (sumando los directos de la minera con contratistas). Santa María es el departamento con mayor participación (41% de ese total). El multiplicador de empleo es igual a 3. Es decir que por cada empleo dentro del proyecto, se generan 3 puestos indirectamente. Estos puestos generados indirectamente suelen tener mayor precariedad laboral.

### III.2. El impacto de las regalías

Cada trimestre desde su entrada en producción, la empresa depositó las regalías mineras previstas por la legislación nacional. El monto de estos pagos, dado que es proporcional al volumen de mineral extraído, fue ascendiendo gradualmente, aunque no satisfizo a los gobiernos municipales y provincial. El cálculo previsto por el Decreto 2.686 que reglamenta la Ley Nacional 24.196/ 93 contradice la legislación catamarqueña, por lo que puso en conflicto a las autoridades provinciales con las nacionales que, durante la discusión de la normativa y hasta 2011, fueron de distinto signo partidario. Estas disputas entre la Provincia y el Estado nacional alrededor de la apropiación de las regalías se extienden también a la órbita de los municipios provinciales y, en relación con ellas, se estructuran alianzas entre distintos partidos políticos y sectores de la comunidad.

Las diferencias que reclamaba la Provincia ascendían, a fines de 1998, a cuatro millones de dólares y alcanzarán a 200 millones en los 20 años que se estiman de vida útil del yacimiento. Esta diferencia no es menor si se tiene en cuenta que, en el caso de proyectos mineros, estas regalías son el único saldo previsto por el marco legal actual, que la comunidad local podrá contabilizar en 2017, cuando se cumplan 20 años de explotación y la mina ya no opere<sup>9</sup>.

Los municipios del Oeste disputaron con la Provincia su derecho de apropiarse en forma porcentual diferente de las regalías recaudadas. El Art. 15 de la Ley 4.422/88 establece que les corresponde un 10% de las regalías recaudadas. Sin embargo, como el descontento de los municipios perduraba y la legislatura provincial no se expedía, en enero de 2003, el gobernador realizó por decreto la

<sup>9</sup> A partir de la fusión Xtrata-Glencore la planta de proceso ya instalada elaborará mineral extraído del Yacimiento Agua Rica, ubicado en Depto. Andalgalá y que Barrick Gold había abandonado por la resistencia anti-minería de Andalgalá y la UAC ([www.uac.org.ar](http://www.uac.org.ar); [www.mineraalumbrera.com.ar](http://www.mineraalumbrera.com.ar)). Esto implicaría que la empresa siga produciendo más allá de 2017.

siguiente asignación: Belén 13,8%, Andalgalá 13,8% y Santa María 4,25% (Decreto PEP 01/03). Un año después de ese Decreto se sancionó la Ley 5.128/2004 que establece que el 35% de lo recaudado es "para él o los departamentos donde se encuentre situado el yacimiento" (25%) y el 10% restante para la región correspondiente (la región Oeste se compone de 6 municipios).

En el caso de Alumbreira, Belén y Andalgalá por partes iguales (inciso b Art. 1) y el 10% entre Santa María, Tinogasta y Pomán. El Art. 4 de esta Ley, establece que con las regalías recaudadas entre 1997-2002 el Departamento de Santa María percibió en 2004 un Fondo de Reparación especial (calculado como 5% del 85% del monto total de regalías pagado por la empresa en ese período).

¿En qué se gastó el municipio de Santa María ese dinero? La única información oficial es ofrecida por el Tribunal de Cuentas de la provincia, que administra los pagos de regalías contra presentación de proyectos de los municipios. La inversión de las regalías mineras no se ajusta a un monto determinado ni promueve infraestructura, garantiza derechos, ni se vuelca a un tipo de producción. Entre 2005-2010 Santa María presentó proyectos por entre de 2 y 6 millones de pesos. El sentido errático de proyectos propuestos es notorio: hay perforaciones de pozos de agua, mantenimiento de acequias no impermeabilizadas, pero también reparaciones de calles y una ciclovía. La mayoría de los proyectos son devueltos más de una vez por el Tribunal al Municipio por incumplimiento de las normas de la contabilidad fiscal (Jacubovich, comunicación personal).

### III.3. El impacto de la minería IED sobre los recursos hídricos

El proyecto minero Alumbreira utiliza dos cuencas principales: la Cuenca del río Santa María (Campo del Arenal) y la Cuenca de Salar de Pipanaco. En la primera Minera Alumbreira Ltd. realiza la captación de agua subterránea que utiliza en la explotación. En la Cuenca de Salar de Pipanaco, subcuenca del río Vis Vis, se localizan el pozo de mina, depósito de estériles y dique de colas.

Un estudio interdisciplinario financiado por el Banco Mundial (2001) y corroborado por la empresa en 2010 afirma que el acuífero subterráneo del Campo del Arenal no tiene vinculación, es decir no recarga con aportes superficiales del río Santa María. Los impactos de la actividad minera sobre el recurso hídrico verificados por estos estudios realizados por el estado nacional y la empresa fueron:

En la Cuenca de río Santa María, la alteración actualmente producida al acuífero se reduce a una escasa depresión, con una modificación mínima de los volúmenes de sus reservas hídricas y de los aportes subterráneos hacia el Río Los Nacimientos y Río Santa María. No hay impacto en la calidad del agua.

En el río Vis Vis, la situación inicial del agua subterránea, previa al emprendimiento Bajo de la Alumbreira, mostraba niveles de sulfatos promedio 480 mg/l, sólidos disueltos con 1300 mg/l y exceso de Fe, Mn, F y Al. Los resultados del seguimiento periódico y los últimos muestreos, posteriores al inicio de las actividades, permiten observar que los niveles de sulfato presentan un aumento de contaminación en el agua subterránea y más leve en el agua superficial.

La afectación del volumen del agua que reclaman los vecinos autoconvocados santamarianos ([www.uac.org.ar](http://www.uac.org.ar); audio Roque Chaile) se debería, según estos estudios oficiales, a la baja calidad de la infraestructura para la provisión (deficiente captación del azud nivelador y no impermeabilización de las acequias y canales).

Aun si no fuese afectado el volumen total del acuífero, el consumo de agua de la minería es muchísimo mayor que el de los productores agrícolas y gran parte del agua sale del ciclo de la eco región, pues es usada como medio de transporte del mineral, propulsándolo por bombeo por el mineroducto que une el yacimiento con la localidad Cruz Alta, en el llano tucumano, donde se escurre y carga en el ferrocarril. En un estudio anterior señalamos que el consumo de la mina Alumbreira en agua potable y de proceso es 1.250 veces mayor que el del sistema agrícola. Minera Alumbreira consume 6.000.000 litros/ día, lo que equivaldría a 250.000 litros/ hora mientras que las propiedades agrícolas típicas de Santa María consumirían un promedio de 200 l/hora (Mastrangelo, 2004, p. 22). Un estudio prospectivo hecho por YMAD en el año 1997 estimaba entre los impactos positivos que Alumbreira pagaría \$700.000 /año de canon de agua (Álvarez, 2000). Sin embargo, entre 1995 y 2000 Minera Alumbreira no pagó ni un centavo de canon de agua (Mastrangelo, 2004). En los plazos de elaboración de este artículo no está disponible información oficial de los montos por canon de agua pagados posteriormente. En 2013 funcionarios provinciales de la Dirección de Riego afirmaron que los pagos de Alumbreira por el agua representaban el 97% del total recaudado en la provincia (<http://www.miningclub.com/nota/3514>). Según información publicada en los diarios locales, Alumbreira paga \$0,03 peso

por litro, lo que equivaldría a \$180.000/año por el agua que utiliza. (<http://www.paremoseltrenazul.blogspot.com>), esto es apenas  $\frac{1}{4}$  parte de lo que se pensaba recaudar por canon de agua en la evaluación de impacto al inicio del emprendimiento (Banco Mundial, 2001).

Según los datos presentados sobre el consumo de agua en el proyecto minero y el régimen del pago asociado al Código de Aguas, puede verse que aunque la minera pague al mismo valor, la posición relativa en el sistema social de su acceso y consumo de agua son claramente diferenciales. Por lo que sostenemos que independientemente de que el uso que haga la minería impacte en los volúmenes totales de agua disponibles en fuentes en uso o reserva, existe una presión relevante en sobre el precio del bien común. Sostenemos que este escenario es generador de inequidades que la reinversión de las regalías mineras no está pudiendo revertir. Por lo que advertimos que apostar a resolver la contradicción entre agricultura y minería por el precio del agua, contribuye a la perpetuación de las desigualdades entre UPD e IED.

#### **IV. Conclusión**

El sistema de riego por acequias permitió el asentamiento permanente de población en el Valle de Santa María (Martínez, 2013). El sistema de acequias es una obra hidráulica, pero a la vez constituye la organización política de la distribución de bienes tanto como la organización de las relaciones sociales locales. Se trata de un sistema de reciprocidad simétrica y asimétrica (prestaciones y contraprestaciones) que requiere del aporte de trabajo para la circulación del bien agua que posibilita tanto la producción de bienes de consumo directo como los de intercambio comercial. La interrupción de la reciprocidad es fuente múltiples conflictos, deteriora la infraestructura del sistema y su jerarquía de autoridades.

El Código de Aguas de Catamarca considera al agua un elemento de trabajo, dando prioridad de uso a las poblaciones humanas y el ganado. Sin embargo el asociar el derecho al agua con la actividad económica y el reconocer que el riego se traspasa con la propiedad de las parcelas regadas, implica que el derecho al agua se dirime en términos de derechos de propiedad y concesión del Código Civil y no en la órbita del derecho público (Martín, 2012). Así, lo público previsto en la legislación del siglo XX, ha quedado limitado a la mediación del Estado en regular concesiones u obras sobre la infraestructura existente.

Dado que la fundación de Santa María se dio luego de la derrota militar de las parcialidades indígenas locales (nota 1 de este artículo), las comunidades indígenas del valle no fueron beneficiadas con la entrega de parcelas regadas y actualmente todas ellas (con excepción de Loro Huasi) se ubican en áreas marginales al sistema de acequias. Los proyectos públicos para mejora del sistema del riego sugeridos por los regantes tienden a excluir nuevamente del reparto del agua a las comunidades preexistentes, que se encuentran jurídicamente limitadas en sus reclamos por no poder regularizar sus propiedades.

En parte, los conflictos entre regantes que hacen colapsar el sistema de riego se originan en la descapitalización de las unidades de producción doméstica y la necesidad de asalariarse, para superar crisis de comercialización, una mala cosecha o lograr la subsistencia. Al ser productores familiares no abandonan la actividad agrícola sino que la mantienen aún con rentabilidad negativa. Se documentan migrantes que mantienen productivas las fincas con remesas o arrendando su parcela.

En este contexto de prácticas e insuficiencia normativa, desde la década de 1990 la promoción impositiva de grandes inversiones en minería y vitivinicultura propició la apropiación privada del agua subterránea por parte de inversores extra locales, que son quienes pueden realizar las inversiones para su aprovechamiento, lo que en la práctica redonda en la concentración de la propiedad de la tierra regada. Entre los sistemas de riego por acequias (minifundios) y los que utilizan centralmente agua subterránea (latifundios y mineras) se presenta una tensión entre escasez y abundancia de agua. En el sistema de reciprocidad de las acequias y los minifundios, cuando abunda se siembra más pues riega quien pide. El bien agua es escaso y cuando abunda se reparte, dando, recibiendo y devolviendo trabajo.

La minería por inversión extranjera directa, en cambio, al apropiarse del agua subterránea crea su propia abundancia. El hecho que la minera utilice 1.250 veces más agua que un productor local, pone el acento en el volumen, mientras que las denuncias de contaminación por relaves y drenaje ácido nos llevan a evaluar la calidad del agua. En el volumen de abundancia que maneja la minería, el canon de agua que paga es muy significativo para las cuentas provinciales, por lo que representa un valor al bien, que acaba justificando ante la opinión pública, su apropiación privada.

Por otra parte, la minera, al ser acusada de contaminar y medir trazadores de pureza según los usos, introduce en el debate social, la dimensión de la calidad del recurso. Por ello podemos sostener que es a partir de la minería que las dimensiones de "calidad" y "precio" del agua son introducidas en las relaciones sociales locales. Independientemente de los impactos de la minería en la reducción de caudal o volumen de los acuíferos, su contaminación o bombeo fuera del ecosistema de alta montaña, la información presentada en el artículo, propone que el pago de canon de agua por las compañías mineras en el contexto normativo actual, es una presión extremadamente fuerte para la mercantilización de nuestras aguas.

Como señalamos en la Introducción, la relación entre agua y minería fue estudiada desde diferentes perspectivas por Saldí, Wagner y Escolar (2014), Ramírez y Yepes (2011) y Svampa y Antonelli 2009; Milesi (2012). Este artículo trató de indagar cómo en el plano de la práctica social, aun sin que se exprese la protesta en acción colectiva, los usos del agua en un sistema socioeconómico dan cuenta de tensiones en torno a su definición como bien común o mercancía, incidiendo el resultado de este debate en la reproducción de la desigualdad social.

Sostenemos que el hecho que las acciones del Estado como responsable de "lo público" se limiten a reclamar el pago de un precio por el agua que consume la minera, obtura la necesidad de re plantear su gestión y gerenciamiento con un enfoque ecosistémico y como parte del derecho público (Martín, 2012; Zárate, 2012). Por ello se concluye que para incidir en la reducción de la pobreza rural y promover la agricultura familiar minifundista en el sistema estudiado el agua superficial y subterránea deben ser administradas de modo conjunto como bien público, pues acceder o no al agua es causal de desigualdad socioeconómica y por esto obligada responsabilidad estatal.

### **Bibliografía:**

- ACOSTA, A. (2011). "Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de la misma maldición. En *Más allá del desarrollo*, compilado por (Lang Miriam y Dunioa Mokrani), (pp. 83-118), Quito: Fundación Rosa Luxemburgo/ AbyaYala.
- ALVAREZ, L. M. (2000). "Los impactos económicos y sociales del Proyecto bajo la alumbraera y una Aproximación a los indicadores económicos de Sustentabilidad". En *Indicadores de Sostenibilidad para la Industria*

- Extractiva Mineral*, editado por Vilas Boas y Christian Beinhoff, (pp. 319-336). Rio de Janeiro: CETEM. Sitio web: [http://w3.cetem.gov.br/cyted-xiii/Downloads/IndicadoresSostenibilidad\\_Espanhol\\_Portugues/Indicadores\\_Sostenibilidad\\_Capitulos/Capitulo\\_III/17\\_ARGENTINA\\_LuisManuelAlvarez.pdf](http://w3.cetem.gov.br/cyted-xiii/Downloads/IndicadoresSostenibilidad_Espanhol_Portugues/Indicadores_Sostenibilidad_Capitulos/Capitulo_III/17_ARGENTINA_LuisManuelAlvarez.pdf) [Consulta: 7/12/2017].
- ARREGUEZ, G. y GONZÁLEZ, L. (2007). Arqueobotánica de Cueva de los Corrales 1: Un sitio de altura. En *Primeras Jornadas de Jóvenes Investigadores UNT-AUGM*. Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Tucumán, San Miguel de Tucumán.
- BANCO MUNDIAL (2001). *Programa de evaluación de los impactos sociales, económicos, ambientales y culturales de la actividad minera en regiones de la República Argentina. Informe al Programa de Asistencia a la Minería Argentina*. PASMA. Secretaría de Minería de la Nación.
- BOLSI, A. (1967). *Estudio antropogeográfico del Valle de Santa María, Catamarca*. Universidad Nacional del Nordeste. Resistencia.
- CAÑÁS; J.R. y GIL, D.V. (2015) Medidas de agua antigua: la paja cordobesa. En *IV Jornadas de Ingeniería del Agua. La precipitación y los procesos erosivos*. Córdoba, 21 y 22 de Octubre 2015. España.
- CARIA, M. A., J. MARTÍNEZ y OLISZEWSKY, N. (2006). "Geomorfología y arqueología de la quebrada del río de los Corrales (Infiernillo-Tafí del Valle-Tucumán-Argentina)". En *III Congreso Argentino de Cuaternario y Geomorfología*, Córdoba, 145-154.
- CARIA, M. A., SAMPIETRO, M. M. y SAYAGO, J. (2010). "Las sociedades aldeanas y los cambios climáticos". En *XIV Congreso Nacional de Arqueología Argentina*, Rosario, 2, 217-224.
- CORREA DE SAL, M., CARABUS, C. (1986). *Diagnóstico agropecuario expeditivo de la Pcia. de Catamarca*, Vol. 1 y 2. Catamarca. INTA, UN Catamarca, Gobierno de la Pcia.
- GIARRACA, N, BIDASECA, K. y GRAS, C. (2000) *Tucumanas y tucumanos. Zafra, trabajo, migración e identidad*. Buenos Aires: La colmena.
- GUBER, R. (1991) *El salvaje metropolitano*. Buenos Aires: Legasa.
- HARRIS, O., (1987). *Economía étnica*. La Paz: Hisbol.
- HARVEY, D. (2004). El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión. En *Socialist Register*. Buenos Aires. Sitio web:

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf>

[Consulta: 29/6/2017].

- HERRÁN, C. (1979). "Migraciones temporarias y articulación social: el Valle de Santa María, Catamarca". En *Desarrollo Económico*, 19,74, 161-187.
- INDEC (2010). Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas. Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas. Argentina. Sitio web: [www.censo2010.indec.gov.ar](http://www.censo2010.indec.gov.ar) [Consulta: 7/12/2017].
- MAGGI, E. (2007). *Pimiento para pimentón. Alimentos Argentinos* 43 SAGPYA.
- MANASSE, B. (2011). "Arqueología en contextos de urbanización de segundas residencias". En *Anales de Arqueología y Etnología* (2010-2011), 65-66, 213-236.
- MARTÍN, L. (2012). "La transformación del derecho argentino de aguas". En *Voces del Fénix*, 20, 26-33. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.
- MARTÍNEZ, B. (2013). "Devenir histórico y juridicidad emergente: espacialidad simbólica en Santa María (Argentina)". En *Revista Austral de Ciencias Sociales*. Chile, 25, 71-89.
- MASTRANGELO, A. V. (2004). *Las niñas Gutiérrez y la mina Alumbraera. La articulación con la economía mundial de una localidad del NOA*. Serie etnográfica. Buenos Aires: Antropofagia.
- MAUSS, M. (1980). *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans sociétés archaïques. Sociologie et anthropologie*. París: Presses universitaires de France.
- MILESSI, A. (2012). "De recursos naturales a bienes comunes: la minería a cielo abierto". En *Avá*, 20.
- MURRA, J.V. (1972). "El control vertical de un máximo de pisos ecológicos de las sociedades andinas". En *Formaciones económicas y políticas el mundo andino*. IEP, Perú, 60-105.
- NETTEL DÍAZ, P. (1993). "El principio de reciprocidad desde la perspectiva sustantivista". *Política y cultura*, Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Xochimilco. México 3, 232-337.
- OLISZEWSKY, N. (2009). "El recurso maíz en sitios arqueológicos del Noroeste Argentino: El caso de la Quebrada de Los Corrales, El Infiernillo, Tucumán". En *Treballs d' Etnoarqueologia*, 7, 83-96.
- OLIVERA, D., P. TCHILINGUIRIAN y GRANA, L. (2004). "Paleoambiente y arqueología en la Puna Meridional argentina: Archivos ambientales, escalas

- de análisis y registro arqueológico". En *Relaciones de la Sociedad Argentina de Antropología XXIX*, 229-247.
- OLIVERA, D. (2008). "Las primeras poblaciones agropastoriles en la Puna Meridional argentina: Aportes desde la geoarqueología". En *Problemática de la arqueología contemporánea. XV Congreso Nacional de Arqueología Argentina*, 2, Río Cuarto, 31-35.
- PIZARRO, C. (2000). "La crisis del pimientó: presupuestos, saberes y poderes en Santa María, Catamarca". En *Cuadernos UNJu*, 13, 121-140.
- POLANYI, K. (1976). "El sistema económico como proceso institucionalizado". En *Antropología y economía*, Godelier, M. Barcelona: Anagrama.
- PROVINCIA DE CATAMARCA (2000). *Plan estratégico consensuado*. Gobierno de la Provincia. Gobernación Castillo. Sitio web: [www.catamarca.gov.ar/lp/pet II 2011.pdf](http://www.catamarca.gov.ar/lp/pet%20II%202011.pdf). Acceso 29/3/2016 [Consulta: 7/12/2017).
- QUESADA, M. (2010). "Los límites de la autonomía doméstica en la agricultura de regadío. Antofalla y Tebenquiche Chico (s. III a XII DC)". En: *Arqueología de la agricultura: Casos de estudio en la región andina argentina*, editado por (Korstanje, A. y Quesada, M.), (pp. 130-143). San Miguel de Tucumán: Ediciones Magna.
- RAMÍREZ, M.F. y YEPES, M.J. (2011). "Goepolítica de los recursos estratégicos: conflictos por el agua en América Latina". En *Rev. Relac. Int. Estrateg. Segur.* Bogotá, 6 (1), 149-165.
- RODRÍGUEZ, L. (2008). "Los ingamana en Andalgalá a principios del Siglo XVIII. Notas sobre la memoria y la identidad". En *Andes* 19, 279-298. ROLDÁN, J., VATTUONE, M. y SAMPIETRO, M.M. (2014). "Agricultura prehispánica en Yasyamayo (Valle de Santa María, Tucumán, Argentina)". En *Estudios Atacameños. Arqueología y Antropología Surandinas*, 47, 83-100. SAHLINS, M. (1983) *Economía de la edad de piedra*. Madrid: Akal.
- SALDI, L; WAGNER, L y ESCOLAR, D. (2014). "Discursos de lo social en problemáticas ambientales: agua y minería en el centro oeste argentino". En *Ambiente y Sociedad*. Sao Paulo. XVII 1, 97-114.
- SVAMPA, M. y ANTONELLI, M. Eds. (2009) *Minería transnacional, narrativas de desarrollo y resistencias sociales*. Buenos Aires: Biblos.
- TINTO, C. y LIRUSSI, M. G. (2013). "Los diferimientos impositivos ¿una esperanza para las economías regionales". Sitio web:

<http://www.econ.uba.ar/planfenix/novedades/Area%20II/Los%20difermentos%20impositivos%20-%20Tinto-Lirussi.pdf> [Consulta: 21/5/2013].

WILLIAMS, V. (2000). "El imperio Inka en la Provincia de Catamarca". En *Intersecciones en antropología*, 1:1, 57-92. UNCPBA. ZARATE, F. (2012). "El rol clave de la gestión del agua en el desarrollo nacional". En *Voces del Fénix*, 20, 13-15.

#### **Páginas consultadas:**

[www.alumbrera.com.ar/](http://www.alumbrera.com.ar/) [Consulta:6/6/2013].

[www.uac.org.ar](http://www.uac.org.ar) [Consulta: 6/6/2013].

[www.miningclub.com/nota/3514](http://www.miningclub.com/nota/3514) [Consulta:11/6/2013].

[www.paremoseltrenazul.blogspot.com](http://www.paremoseltrenazul.blogspot.com) [Consulta:11/6/2013].

[www.catamarcactual.com.ar/noticia-22153-rss.html](http://www.catamarcactual.com.ar/noticia-22153-rss.html) Comunidades indígenas de Santa María. [Consulta:11/6/2013].

[www.censo2010.indec.gov.ar/](http://www.censo2010.indec.gov.ar/) [Consulta:11/7/2013].

[www.indec.gov.ar/webcenso/provincias\\_2/provincias.asp](http://www.indec.gov.ar/webcenso/provincias_2/provincias.asp) [Consulta:11/7/2013]

[www.ymad.com.ar/](http://www.ymad.com.ar/) [Consulta:11/7/2013].