

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE

La Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Oeste, es una publicación del Instituto de Educación, Justicia y Trabajo, de acceso abierto y gratuito editada – en los meses de junio y diciembre – por EDUNO, editorial de esta casa de altos estudios.

En versión electrónica e impresa, mediante la evaluación por pares bajo el sistema de doble ciego, se publican artículos de doctrina, ensayos, documentos de interés, comentarios de jurisprudencia y entrevistas.

Declarada de interés legislativo por el Honorable Senado (Exp. F 519/23024) y por la Honorable Cámara de Diputados (Exp. D 3821/23-24) de la provincia de Buenos Aires, y de interés municipal por el Honorable Concejo Deliberante de Merlo (Ordenanza nro. 6128/23).

Admitida en el reservorio de la Escuela Nacional de la Magistratura de Brasil (ENFAM).

ISSN: 3008-8062

AÑO 2 - NÚMERO 2

JUNIO 2024

Revista digital

www.revistajuridica.uno.edu.ar

Correo electrónico

revistajuridica@uno.edu.ar



EDUNO

Editorial de la Universidad Nacional del Oeste

INSTITUTO DE EDUCACIÓN, JUSTICIA Y TRABAJO

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE

Belgrano 369, San Antonio de Padua (1718), Merlo

Provincia de Buenos Aires, República Argentina.

Tel.: (0220) 483 4150

Prosperan las sociedades que acompañan a quienes
atraviesan condiciones de vulnerabilidad
en el marco de la tolerancia, la empatía y el respeto.

Aquellas que comulgan con el arte, la cultura,
la observancia de los valores democráticos
y enarbolan las banderas de la soberanía,
la Memoria, la Verdad y la Justicia.

Florece aquí nuestra Universidad pública, federal y gratuita
garante de todo aquel que quiera transitarla
en la convicción de que el acceso a la educación superior
constituye un derecho humano irrenunciable
que gesta la construcción colectiva en base a la igualdad.



EQUIPO DE LA REVISTA JURÍDICA

DIRECCIÓN GENERAL

Pablo Perel - Lucía Colombo

ASESOR EDITORIAL

Martín Nahuel Lara

CONSEJO ACADÉMICO

Gustavo Soos

Vicerrector de la Universidad Nacional del Oeste

Tania García Sedano

Doctora con mención cum laude en la Universidad Carlos III, España

Néstor Pablo Barral

Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

Doctora en Ciencias Jurídico - Económicas. Universidad de Coimbra, Portugal

Ricardo Ángel Basilico

Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Sevilla

Marcela Ruiz

Presidenta de la Federación Argentina de la Magistratura y Función Judicial

Ana María D'Ávila Lopes

Posdoctorada en Derechos Humanos. Universidad de Aukland

Javier Agustín Mariani

Juez de Cámara de Apelaciones y Garantías en lo penal de San Martín

Lara Esteve Mallent

Vocal del Consejo Rector de la Escuela Judicial de España

Bruce Barnaby Rubio

Magister en Políticas Públicas por la Hertie School of Governance de Alemania

Patricia Toscano

Jueza de Cámara de Apelaciones y Garantías en lo penal de San Martín

Fernanda Frizzo Bragato

PhD Unisinos Law School

José Julián Tole Martínez

*Director de Departamento de Derecho Constitucional
de la Universidad Externado de Colombia*

Valeria Reyes

*Master suma cum laude en Justicia Transicional, Derechos Humanos y Estado
de Derecho por la Geneva Academy of International Humanitarian Law, Suiza*

Marcus Alan de Melo Gomes

Presidente de la Asociación Internacional de Criminología de Lengua Portuguesa, Brasil

Nelson Gomes

Doctor en Psicología, Universidad Federal da Paraíba, Brasil

Marcos Andrade Moreno

Doctor en Derecho. Universidad Pompeu Fabra, España

Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa

*Coordinador del programa latinoamericano en Derechos Humanos.
Universidad Federal de Pará, Brasil*

Mónica González Otero

Magister en Feminismos Jurídicos. Universidad Autónoma de Barcelona

Gabriel Montes Rojas

PhD in Economics. University of Illinois at Urbana-Champaign, Estados Unidos

João Roriz

Investigador Posdoctoral de la Universidad de Brasilia

CORRECCIÓN Y SUPERVISIÓN EDITORIAL

Rut Beresovsky

DISEÑO EDITORIAL Y MAQUETACIÓN WEB

Anabella Mattio - Nicolás Palacios

Melina Avalo (Diseño de tapa)

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Palabras Preliminares.....11
Por Pablo Perel y Lucía Colombo

Prólogo.....15
Por Sergio Gabriel Torres

DOCTRINA

Narcocriminalidad. Implicancias de la criminalización
de los eslabones más vulnerables.....23
Por Carlos Baccini

Obligación alimentaria y derechos humanos
de niños, niñas y adolescentes37
Por Marisa Herrera

Medidas de protección dictadas de oficio en contexto de violencia
familiar y de género en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.....55
Por Alejandro Adrián Rojas

Femicidio: la importancia de su tipificación en el derecho penal argentino65
Por Daniela Elizabeth Bersi

Usucapión de servidumbres administrativas de electroducto79
Por Walter Lara Correa

El sistema de control de constitucionalidad en Argentina.....93
Por Claudio Daniel Fernández y Juan Manuel Renaud Mas

La educación superior como derecho humano universal.....105
Por Lea Del Puerto

Una forma de entender la disputa de soberanía de Malvinas.....115
Por Alejandro Gómez y Pablo Chiesa

Visibilización de los derechos de personas en situación
de vulnerabilidad y su necesidad de protección123
Por Guillermo Torti

Tensiones y debates en torno a la democracia.....131
Por Vannessa Morales Castro

Justicia ¿sin razón?.....141
Por Rodrigo Joaquín Fernández

DERECHO COMPARADO

Atreverse a cuidar sin dejar de trabajar y sin intromisión
en la intimidad familiar ¿misión imposible?.....151
Por Glòria Poyatos i Matas

ENTREVISTAS

Por Pablo Perel y Lucía Colombo

“Hay que refederalizar el delito de narcomenudeo”159
Dr. Juan Martín Mena

“Promovemos conocimiento útil para la transformación de sociedades”165
Dra. Andressa Caldas

“Resaltamos la importancia de la capacitación en materia constitucional”169
Dres. Jorge Alejandro Amaya y Luca Mezzetti

PUBLICACIONES DE INTERÉS

40 años de democracia. Luces y sombras de un Poder del Estado.....177
Por Daniel Carral

La magistratura y la función judicial en Argentina.....187
Por Marcela Ruiz

Los derechos humanos como límite.....193
Por Roxana Elizabeth Monzón

Memoria, Verdad y Justicia para el pensamiento nacional.....199
Por Gabriela Alejandra Tozzi

El valor de la capacitación colaborativa en la Junta Federal de Cortes.....205
Por María del Carmen Battaini

Malvinas. Los dolores que quedan, las libertades que faltan.....213
Por Jerónimo Guerrero Iraola

El arte como reivindicación de los derechos humanos en clave feminista.....217
Por Gabriela Strucchi

Ley Micaela. Herramientas para la incorporación
de la perspectiva de género en la colegiación.....223
Por Débora Galán

PRESENTACIÓN

PALABRAS PRELIMINARES

Por Pablo Perel¹ y Lucía Colombo²

**Directores de la Revista Jurídica
de la Universidad Nacional del Oeste, Argentina**

Este año los pasillos de la sede Centenario de la Universidad Nacional del Oeste se colmaron de cientos de jóvenes y adultos que comenzaron a cursar – pública y gratuitamente – las primeras materias de la carrera de Abogacía. Paralelamente, en el edificio del rectorado, con el dictado de las primeras clases de la Tecnicatura en Investigación Criminal, se observó el mismo escenario. Uno que permitirá que muchas de estas personas, en el futuro, se conviertan en la primera generación de profesionales en sus familias.

Por esta razón, este nuevo número de la Revista Jurídica de la Universidad presenta especial trascendencia por enmarcarse en el proceso de inicio que permitirá hacer realidad la posibilidad de acceder a la educación superior en formación jurídica de muchos vecinos y vecinas de la región. Este acontecimiento sin duda constituye un motivo de celebración y de reconocimiento de derechos.

Lo hasta aquí logrado, tiene su génesis en la puesta realizada por las autoridades de nuestra casa de altos estudios, rector Mg. Roberto J. Gallo y vicerrector Dr. Gustavo Soos, y su convicción de crear instancias de producción e intercambio de conocimiento, facilitar puentes de comunicación con la sociedad y visibilizar aquello de lo generado en la institución a través de – en este caso – esta publicación jurídica, periódica y de acceso abierto. A ellos, un especial agradecimiento por confiarnos esta tarea.

¹ Abogado, con diploma de honor (UBA). Doctorando en la Universidad de Valencia, España y en la Universidad de Buenos Aires. Realizó estudios doctorales, previamente, en la Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Francia. Obtuvo un Máster de la Università degli Studi di Genova, Italia y de la Universidad Pablo de Olavide, España. Actualmente dirige la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Posee una vasta trayectoria como investigador y profesor; cumplió funciones en la Suprema Corte de Justicia, la Procuración General de la Nación, el Consejo de la Magistratura nacional, el Consejo de la Magistratura de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y como Secretario de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), entre otros ámbitos.

² Abogada (UNLP). Magíster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla, España). Especialista y maestranda en Justicia Constitucional y DD. HH. (Universidad de Bolonia, Italia). Diplomada Internacional en Derecho Penal (UNO). Diplomada en Escritura y Argumentación Jurídica (Escuela de Abogacía. Asesoría Gral. de Gobierno de la provincia de Buenos Aires). Docente en Derecho Político, cátedra del Dr. Gustavo Soos, en la carrera de Abogacía y en Instituciones del Derecho Privado en la Escuela de Administración (UNO). Coordinadora de la Diplomatura Internacional en Derecho Constitucional y Magistratura (UNO) de la Diplomatura Superior en Derechos Humanos y Control de Constitucionalidad y Convencionalidad (UNO en conjunto con la Universidad de Bolonia), y de la Diplomatura en Teoría del Delito y Ciencias Criminológicas (UNO). Codirectora del Proyecto I+D "Acceso a la Justicia" (UNO). Asesora en el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Secretaria Relatora de la comisión de Legislación General en la Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires.

Es dable hacer extensiva nuestra gratitud al secretario general Fernando A. Cochet, al Consejo Académico de la Revista Jurídica, conformado por prestigiosos profesores/as del ámbito nacional e internacional; y al equipo de profesionales que acompañan con su firme compromiso la inmensa tarea que conlleva cada edición: asesor editorial Dr. Martín Nahuel Lara, supervisora editorial Prof. Rut Beresovsky y diseñadores Anabella Mattio y Nicolás Palacios. También a profesores de esta casa que colaboran siempre de manera incondicional: Dres. Javier Mariani, Jonatan Lay, Maximiliano Gómez y Mariela Paladino.

Por último, reconocer especialmente a autores/as que con su profesionalismo y dedicación envían cada elaboración personal, con el fin de difundir sus conocimientos, investigaciones, y producciones. Sin duda, nuestro gran valor se constituye a partir de esos aportes. Insumos indispensables que permiten que circule el diálogo entre colegas y a la vez que se posibilite el vínculo de la universidad con los diferentes actores de la comunidad.

Así construimos colectivamente nuestra identidad, a partir de generar espacios de encuentro e intercambio doctrinario que permiten nuevas vías para que diversas voces – en coincidencia o divergencia – confluyan y se conviertan en herramientas que enriquezcan la labor cotidiana de quienes ejercen, en el ámbito público o privado, la profesión de la abogacía.

Si bien no ha sido mucho el lapso transcurrido desde la edición del primer ejemplar, en esta oportunidad queremos compartir lo acontecido en este tiempo. La Revista Jurídica ha sido declarada de interés legislativo por el Senado y la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires y de interés municipal por el Concejo Deliberante de Merlo.

En el marco de estos intercambios se han realizado diversas actividades. Entre ellas, la presentación de los libros *El juicio político ¿Político o judicial?* y *Fronteras del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En ese entorno tuvieron lugar sendas conferencias de los Dres. Jorge A. Amaya y Luca Mezzetti sobre el Sistema de Protección de derechos humanos en el ámbito europeo e interamericano.

Acompañamos, asimismo, el evento en el que se presentó la obra *Delitos ambientales y contra los animales*, oportunidad en la que los autores Dres. Jorge Buompadre, Ricardo A. Basilico y Carolina Renaud, brindaron una clase magistral sobre esta temática.

En el mes de febrero estuvimos presentes en el Acto de investidura del grado de Doctora Honoris Causa a la indispensable Estela de Carlotto. También colaboramos en la realización de la Jornada "Discurso de odio. Perspectivas comparadas entre Argentina y Brasil", donde contamos con la disertación de Lêda Leal –exsecretaria de Gestión de Igualdad Racial de Brasil – y la Dra. Andressa Caldas – directora del Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del MERCOSUR –. Ambas actividades, se desarrollaron en conjunto con el Instituto de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional que dirige la Lic. Gabriela Tozzi, con el apoyo de la Escuela Nacional de la Magistratura de Brasil (ENFAM).

Otras acciones se sumaron en este trayecto. Estuvimos presentes en diferentes even-

tos desarrollados por el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires y el Foro Federal de los Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la República Argentina. A su vez, el primer número de nuestra Revista – publicado en el mes de diciembre – ingresó formalmente al reservorio de publicaciones de la ENFAM en el marco de la participación del encuentro Nacional de Formadoras y Formadores 2024 en Brasilia.

En lo que respecta a este número, nos convoca especialmente con fuerte responsabilidad por la temática a la cual refiere: Derechos Humanos. Es un privilegio que en el prólogo nos acompañe una persona que ha dedicado su carrera a formarse, investigar y sobre todo llevar a cabo, con convicción y en acciones concretas, su compromiso en materia de protección en derechos humanos. Muchas gracias Dr. Sergio G. Torres, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

Sin duda, constituye un verdadero desafío abordar estas perspectivas en un contexto complejo como el que en la actualidad atraviesa nuestro país, que los autores y las autoras de los diversos artículos han sabido sortear, visibilizar e interpelarnos a reflexionar.

Hasta aquí celebramos lo transitado y continuamos haciendo camino al andar.

PRÓLOGO

Por Sergio Gabriel Torres¹

Ministro de la Suprema Corte de Justicia
de la Provincia de Buenos Aires, Argentina



Es un honor y un compromiso inaugurar esta edición de la Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Oeste, dedicada en esta ocasión a uno de los pilares fundamentales de toda sociedad democrática: los derechos humanos.

En el contexto argentino, la protección y promoción de los derechos humanos ha sido un tema central a partir del regreso de la democracia en el año 1983. Desde los años de lucha por la justicia y la igualdad hasta los desafíos contemporáneos que enfrentamos, su respeto sigue siendo un imperativo moral y legal ineludible.

El año pasado conmemoramos un hito trascendental en nuestra historia: los 40 años ininterrumpidos de democracia luego del período de oscuridad iniciado con el golpe militar de 1976. Cuatro décadas de esfuerzos incansables por construir una sociedad más

¹ Abogado y docente de grado y posgrado de la Universidad de Buenos Aires. Participa en comités académicos y en la dirección de carreras y especializaciones en distintas casas de estudio. Jurista con títulos de especialista, magister, doctorados y posdoctorado. Profesor visitante y honoris causa en universidades de más de veinte países. Conferencista ante el Consejo Permanente, la CIDH, la CICAD de la OEA sede Washington y el GAFI. Autor de libros, artículos y prólogos –entre otros– de Derecho Penal, Procesal Penal, Criminología y Constitucional. Fue fiscal federal, juez en lo Criminal de Instrucción, juez Federal en lo Criminal y Correccional y actualmente es juez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

justa, más libre y más democrática. Cuatro décadas de desafíos superados, pero también de retos pendientes.

Durante estos años, hemos sido testigos de avances significativos en la promoción y protección de los derechos humanos en Argentina. La recuperación de la democracia ha permitido consolidar un sistema judicial independiente, capaz de velar por los derechos de todas las personas, en especial de aquellos que históricamente han sido marginados.

Sin embargo, también somos conscientes de que nuestro país aún enfrenta grandes desafíos en esta materia. La lucha contra la impunidad, la violencia de género, la discriminación y la exclusión social son sólo algunos de los frentes en los que debemos redoblar nuestros esfuerzos.

En la actualidad, Argentina enfrenta diversos desafíos en cuanto al acceso a la justicia, los cuales afectan directamente la efectividad de los derechos humanos. Las demoras y la congestión judicial, implican largos tiempos de espera para acceder a una resolución judicial. La carga de trabajo en los tribunales y la falta de recursos adecuados contribuyen a estos retardos, lo que dificulta el acceso para muchos ciudadanos.

Por otro lado, persiste la desigualdad para aquellos que quieren acceder al sistema de justicia. Existe una brecha significativa entre diferentes sectores de la sociedad. Las personas de bajos recursos económicos, comunidades marginadas, pueblos originarios y grupos vulnerables enfrentan mayores barreras para acceder a servicios legales y judiciales adecuados.

Entre las deudas del sistema se puede enunciar la falta de información y educación legal: muchas personas no tienen acceso a información clara y comprensible sobre sus derechos legales y cómo acceder al sistema judicial. La falta de educación legal contribuye a la exclusión de grupos vulnerables y a la perpetuación de la injusticia.

La comunicación eficaz de la actividad judicial es una deuda pendiente. El sistema se escribe a sí mismo. La primera instancia a la cámara, ésta a la casación, y la casación a la corte. Se pierde de vista que los verdaderos destinatarios de la resolución son los ciudadanos que instan la intervención judicial. La implementación del Lenguaje Claro es una de las herramientas indispensables para reconstruir la confianza de la ciudadanía en la imparcialidad y la equidad del sistema legal.

Abordar estos desafíos requiere un enfoque integral que incluya reformas legislativas, asignación adecuada de recursos, fortalecimiento de la educación legal y programas de acceso a la justicia, así como medidas para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en el sistema judicial. Sólo mediante un compromiso firme con la igualdad ante la ley y el acceso equitativo a la justicia se podrá avanzar hacia una sociedad más justa y democrática en Argentina.

Es en este contexto que la formación juega un papel crucial. La educación jurídica, en particular, desempeña un papel fundamental en la promoción y protección de los derechos humanos. Una formación sólida en principios éticos y legales, así como en los ins-

trumentos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, es esencial para garantizar que los profesionales del derecho puedan desempeñar su papel de manera efectiva en la defensa de los derechos fundamentales de todas las personas.

Por ello, esta edición también busca reflexionar sobre la importancia de la formación jurídica en la promoción de los derechos humanos. Desde la educación en valores hasta la capacitación en herramientas legales específicas, pasando por la importancia del compromiso ético y la responsabilidad social del abogado, la formación jurídica se erige como un pilar fundamental en la construcción de una sociedad más justa y más igualitaria.

Quiero expresar mi profundo agradecimiento a todos los autores, colaboradores y lectores que hacen posible esta publicación. Su dedicación y compromiso son fundamentales para enriquecer el debate jurídico en nuestra comunidad y contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en Argentina.

Espero que esta edición sea una fuente de inspiración y reflexión para todos aquellos que trabajan incansablemente en la defensa y promoción de los derechos humanos en nuestro país.

¡Qué esta revista sea un faro de conocimiento y justicia en nuestro camino hacia un futuro más justo y equitativo para todos!



DOCTRINA



**NARCOCRIMINALIDAD. IMPLICANCIAS DE LA CRIMINALIZACIÓN
DE LOS ESLABONES MÁS VULNERABLES**

Carlos Baccini

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 10/03/2024

Aprobado: 22/03/2024

NARCOCRIMINALIDAD. IMPLICANCIAS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS ESLABONES MÁS VULNERABLES

NARCOCRIMINALITY. IMPLICATIONS OF THE CRIMINALIZATION OF THE MOST VULNERABLE PEOPLE

*Por Carlos Baccini*¹

Universidad Nacional del Oeste-
Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad visibilizar situaciones que evidencian, con intensidad, la utilización de un sector vulnerable de la sociedad para transportar sustancias estupefacentes a través de "correos humanos"; como así también para comercializar, suministrar o facilitarlas bajo la modalidad de narcomenudeo por parte de quienes ejercen el tráfico de narcóticos. Con ello, se pretende poner de manifiesto que el desafío actual nos convoca a la realización de un abordaje multicausal a fin de diseñar y ejecutar una política criminal acorde y respetuosa con los derechos humanos.

Palabras clave: crimen organizado, correos humanos, narcomenudeo, grupos vulnerables, política criminal

Abstract: The purpose of this work is to make visible situations that intensely demonstrate the use of a vulnerable sector of society to transport narcotic substances through "human couriers"; as well as to market, supply or facilitate them under the modality of drug dealing by those who carry out narcotics trafficking. With this, the aim is to show that the current challenge calls us to carry out a multi-causal approach in order to design and execute a criminal policy in accordance with and respectful of human rights.

Keywords: organized crime, human couriers, drug dealing, vulnerable groups, criminal policy

¹ Abogado (UM). Fiscal general interino del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. Profesor adjunto en la cátedra de Derecho Penal, Parte Especial de la Facultad de Derecho (UNLZ). Adjunto en la cátedra de Instituciones de Derecho Público (UNO). Integrante del Taller de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (UNLZ). Director del Proyecto de I+D "Acceso a la Justicia" (UNO). Vicepresidente de la Unión de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de Lomas de Zamora (2011-2017). Vocal de la Unión de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de Lomas de Zamora (2017- a la actualidad). Presidente de la Comisión de Fiscales de la Unión de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de Lomas de Zamora (2009-2012). Identificador ORCID: <https://orcid.org/009-0006-7858-0932>. Correo electrónico: carlosrbaccini@yahoo.com.ar

I - INTRODUCCIÓN

Tanto en Argentina como en toda América Latina, la expansión del crimen organizado vinculado a la venta de estupefacientes trajo aparejado su vinculación con otros fenómenos criminales que, exigieron un nuevo enfoque en la estrategia de la persecución penal contra el tráfico de drogas ilícitas.

En esa compleja actividad desarrollada por las organizaciones delictivas, cuya división de roles involucra a cada uno de sus actores de diferente manera², resulta cada vez más frecuente la utilización de personas en estado de vulnerabilidad. A través de ellas, con el objeto de que los principales responsables eviten ser detectados, se logra conducir la investigación hacia los eslabones más débiles.

Para desenmascarar esta problemática, el presente trabajo se centrará en los roles de, por un lado, el transporte de narcóticos en cabeza de "mulas" o correos humanos; y por otro, la venta directa al consumidor bajo la forma de narcomenudeo.

II - CRIMEN ORGANIZADO Y GRUPOS VULNERABLES

Los delitos atinentes al narcotráfico, como los relacionados a trata de personas, tráfico de armas, lavado de dinero, entre otros, presentan una complejidad que requiere necesariamente de un abordaje enmarcado en la criminalidad organizada.

Entiéndase "criminalidad organizada o compleja" (en adelante COC) para referirse de manera genérica a organizaciones criminales, transnacionales o no, compuestas por varias personas, que funcionan a partir de un cierto grado de estructuración y organización para cometer actos criminales, con un interés de lucro u otro interés material, y que perduran en el tiempo³.

Este fenómeno criminológico reviste una centralidad en la actualidad que repercute en casi todos los Estados. Las organizaciones combinan actividades lícitas con ilícitas, se manifiestan de manera transnacional o con algunas eventuales conexiones en otros países, lo cual obliga a la toma de decisiones en conjunto por parte de la comunidad internacional con el fin de establecer medidas que pongan un freno a este avance indiscriminado. Cordini y Hoet (2015) mencionan que:

La criminalidad organizada no es un fenómeno reducido a la política interna de los Estados; su carácter "transnacional" provoca que las políticas criminales adoptadas aisladamente por los Estados fracasen. Si el fenómeno es regional, la respuesta que debe darse tiene que tener el mismo alcance.

²Véase los diferentes tipos de organización que presenta esta problemática en Jordá Sanz y Requena Espada ¿Cómo se organizan los grupos criminales según su actividad delictiva principal?

³https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2022/08/Informe_REG_Aiamp_Crimen_FINAL.pdf

En ese contexto, se debe analizar la problemática de la narcocriminalidad que presenta similares características en los diferentes territorios, la cual debe entenderse como

una actividad ilícita industrial, comercial y financiera de alta rentabilidad que, tal como lo señala la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, constituye... una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad.⁴

De este modo las organizaciones que desarrollan estas actividades utilizan para la consecución de sus fines a las personas en grado de mayor vulnerabilidad, las cuales se ubican en los últimos eslabones de la organización, de acuerdo a la estructuración típica en diferentes grados que presentan.

A partir de ello se ha observado un patrón común en la respuesta de los poderes de los Estados, principalmente de América Latina: impulsar la lucha contra la narcocriminalidad centrándose principalmente en los sujetos ubicados en la parte inferior del sistema, quedando expuesto, de esta forma, el diseño e implementación de una política persecutoria contra los desamparados.

La realidad descripta se complejiza aún más en nuestro país, en las provincias que adhirieron a la Ley 26.052 que estableció la desfederalización⁵ en materia de estupefacientes para delitos de menor cuantía, y que lejos de haber constituido un instrumento para mejorar la lucha contra el narcotráfico la ha entorpecido facilitando su avance. De esta manera, en las jurisdicciones que lo han aplicado, se han aumentado exponencialmente las causas por tenencia simple en contraposición de las que investigan al narcotráfico y sus eslabones más altos. Ni más ni menos que lo que se conoce como criminalización de los eslabones más vulnerables.

Si bien la problemática se ha vinculado a cuestiones de seguridad e investigación criminal, el principal problema ha radicado en la exclusión social, la situación económica, edad, género, estado físico o mental y la profundización de la desigualdad social a través del aprovechamiento de las personas en un estado de vulnerabilidad que indudablemente facilita las cadenas del tráfico. De allí, la importancia de comprender las condicionantes estructurales en las que se articula el fenómeno, como requisito previo para brindar respuestas penales eficaces y respetuosas de los derechos humanos.

Recordemos que las Reglas de Brasilia definen a las personas en condición de vulnerabilidad como aquellas

⁴Resolución PGN 208/13. Procuración de Narcocriminalidad. En <https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2013/PGN-02-08-2013-001.pdf>

⁵A partir de su sanción (año 2005) se introdujeron importantes cambios en relación a la competencia de algunos tipos penales comprendidos en la Ley de Estupefacientes nro. 23.737, que hasta entonces era exclusiva del fuero federal. La normativa estableció un régimen de adhesión voluntaria de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir del cual se traspasaría la competencia federal a la local para delitos menores (tenencia simple y tenencia para consumo personal (art. 14) y el comercio al menudeo (art. 5), entre otros).

que, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental y por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁶

En este orden, las conductas desplegadas por las personas que participan en esta etapa de la cadena del tráfico, necesariamente deben abordarse bajo un análisis del sistema convencional y en respeto a los derechos humanos, pues la explotación de ciertos grupos sociales lo es en beneficio de la organización criminal.

Cabe recordar que la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el caso "Furlan y familiares vs. Argentina"⁷, entre otros, reiteró que

toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

A continuación, analizaremos distintas situaciones que deben ser contempladas bajo el parámetro del sistema convencional, y resaltaremos las decisiones judiciales que se vienen adoptando para dar respuesta a estos conflictos.

III - TRASLADO DE MATERIAL ESTUPEFACIENTE POR LOS CORREOS HUMANOS O "MULAS"

Martel considera "mulas" a "aquellas que llevan drogas compradas por alguien, más allá de las fronteras nacionales" (2013, p.14). En lo que concierne al traslado de las sustancias ilegales, en el presente nos referiremos a las personas contratadas, sea para llevar los narcóticos de un país a otro o para hacerla circular dentro del país.

Estas personas conocidas, coloquialmente, como "mulas" o correos humanos, pueden transportar los estupefacientes en el interior de su cuerpo o adosados al mismo; oculto entre sus vestimentas o bien en los equipajes. Anitua y Picco las define como

la persona que realiza un trabajo de transporte de drogas. A diferencia de las personas que distribuyen o trafican, no desempeña roles empresariales más allá de las funciones de traslado que le son asignadas y, en general, no tiene mayores responsabilidades dentro de las redes de tráfico, sea porque maneja poca información, porque transporta cantidades relativamente pequeñas de drogas, o bien porque en muchas ocasiones se trata de personas engañadas y/o utilizadas para hacer este trabajo. (2012, p. 227)

⁶Reglas de Brasilia según su actualización en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana (última versión).

⁷Corte IDH. "Caso Furlan y Familiares vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012.(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 134.

Si bien las "mulas" enfrentan ante cada viaje el riesgo de comprometer su libertad, también asumen un peligro mayor que es perder su propia vida, especialmente cuando suelen utilizar su propio cuerpo como medio o envase al proceder a ingerir o introducir las sustancias contenidas en cápsulas.

Para la organización criminal es un traslado seguro, a un bajo costo y con escaso riesgo para los principales responsables del tráfico.

El abuso de la vulnerabilidad en que se encuentran dichas personas – lo que se evidencia tanto con sus condiciones personales referidas conjugado con su decisión de asumir el riesgo del traslado en dichas condiciones – inciden directamente en la captación que hicieran los miembros de la organización para lograr la participación de las "mulas".

Aquí juegan un rol importante los llamados "reclutadores", quienes tienen por objetivo contratar a las personas que estén fueran de la organización, y con características especiales: que sean prescindibles y se encuentren en un estado de indefensión y necesidad que los priva de elementos psicológicos y físicos, para entender que se encuentran arriesgando su libertad y su vida por una pequeña cantidad de dinero.

Lo que buscan los reclutadores es captar individuos con necesidades económicas apremiantes, sin trabajo, ni mayor instrucción, al punto de no conocer los valores que giran en torno a la venta de drogas, que en definitiva se transforman en elementos ocasionales y fungibles en la estructura del narcotráfico.

IV - PERSPECTIVA JUDICIAL Y DOCTRINAL ANTE ESTA PROBLEMÁTICA

Ante esta realidad se están asomando decisiones judiciales y opiniones doctrinales que adoptan un criterio sobre las "mulas" con una perspectiva tendiente a disminuir los efectos de la criminalización por infringir la Ley 23.737.

a) Por un lado se analiza si la conducta desplegada puede entenderse como sujetos pasivos en el delito de trata de personas

Centrados en este punto (atento que la voluntad posee un papel fundamental y a partir de la reforma de la Ley 26.364, el consentimiento no debe ser tenido en cuenta como un obstáculo a la hora de analizar), debemos considerar si la conducta desplegada se encuentra abarcada como sujeto pasivo dentro del art. 145 bis del Código Penal, o por el contrario su responsabilidad debe analizarse como sujeto activo dentro de los tipos legales que establece la Ley 23.737⁸.

⁸ Véase también la: 1. Ley de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas. a. Disposiciones penales y procesales. b. Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas. c. Creación de organismos específicos. 2. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los

El Protocolo contra la trata de personas de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 3, inciso a), establece:

Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

El primer elemento que tenemos es la captación como la acción de ganar la voluntad, atraer, seducir, entusiasmar, y es precisamente la labor que llevan adelante los reclutadores.

El segundo es el medio que se desprende en el abuso de la situación de vulnerabilidad, que debe verificarse de manera concreta sin perder de vista la complejidad y que depende de muchos factores – pobreza, desigualdad, discriminación, violencia por razón de género – que conllevan a situaciones de privación económica y sociales que indudablemente limitan las opciones personales.

El tercer elemento es la finalidad en la explotación del ser humano, y si bien la norma no menciona al narcotráfico y se entiende que la actividad de la “mula”, en las condiciones detalladas, puede considerarse el sometimiento a una condición servil, como forma de explotación grave, teniendo en cuenta los riesgos que enfrenta al utilizar su cuerpo como medio de transporte de los estupefacientes.

En este sentido encontramos decisiones judiciales que avalan dicha postura.

Como la del Juzgado Federal de Ushuaia, a cargo del Dr. Federico Calvete⁹, quien en línea con lo que había solicitado el fiscal federal, dictó el sobreseimiento de cuatro personas que se encontraban procesadas por transporte de estupefacientes, a quienes pasó a considerar como víctimas de trata de personas con fines de explotación.

b) Ahora bien, en los casos que el traslado sea llevado a cabo por una mujer nos encontramos en una situación de doble vulnerabilidad

A las circunstancias expuestas debemos sumar la identidad de mujer, por lo cual la decisión judicial debe respetar los compromisos internacionales contraídos por el Esta-

ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Estas disposiciones deben ser interpretadas igualmente en diálogo con los siguientes instrumentos internacionales: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convención sobre los Derechos del Niño; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

⁹ Juzgado Federal de Ushuaia. “P., y s/Infracción Ley 23.737”, causa FCR 7750/2018, sentencia del 30 de septiembre de 2019.

do, es decir que deben incluirse los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art. 75 inc. 22 CN).¹⁰

Al abordar el tema en estos casos, se han arribado a distintas soluciones:

- Fallos que perforan el mínimo legal en una mirada basada en las vulnerabilidades y la perspectiva de género

Ante el Tribunal Oral Penal Económico nro. 1, en fecha 19 de agosto de 2021, se llevó a cabo el juicio contra "Mastorilli, Cristina Rosa s/infracción a la Ley 22.415", nro. CPE 246/2015/TO1¹¹, donde se declaró la inconstitucionalidad de la pena mínima establecida en el art. 866, segundo párrafo del Código Aduanero y condenó a la nombrada a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional.

Argumentó el Tribunal que:

no registra antecedentes penales computables; tiene estudios secundarios incompletos; cuenta con un flujo monetario estable pero escaso; obtiene pensiones por discapacidad y su actividad laboral se circunscribe al cuidado de dos niñas que resultan hijas de su vecina ... actualmente conforma el grupo de personas de riesgo en orden a la pandemia de COVID-19 y padece, desde hace más de diez años, las enfermedades de hipertensión arterial, cardiopatía hipertensiva y artritis reumatoide, como así también que a partir de esta última patología percibe, por discapacidad, el sustento para su subsistencia ... e. Que, en efecto, el proyecto de vida llevado a cabo por la imputada (que incluye el tratamiento de diversas enfermedades, la adquisición de ingresos escasos pero estables que le permiten su subsistencia, y la conformación de lazos afectivos, entre otras cosas), sería gravemente afectado de procederse hoy a un encierro efectivo por una tardía aplicación de las sanciones mínimas de prisión.

Por su parte el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, en la causa nro. 5857/2014, caratulada "Caballero Flores, Pácida; Duran Martínez, Angélica y Guzmán Contreras, Juana s/Infracción a la Ley 23.737", declaró la inconstitucionalidad de los mínimos legales.

¹⁰ Ello se sustenta al adherir a la CEDAW (Ley 23.179 - Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) que en su artículo 1° incluye: "la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad". La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - Convención de Belem do Pará (Ley 24.632) en su artículo primero define la violencia contra las mujeres como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado", agregando en su artículo 3° que "toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado", y el cual incluye "el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación" (art. 6° inc. a).

¹¹ Poder Judicial de la Nación - Tribunal Oral Penal Económico nro.1, Buenos Aires, 19 de agosto de 2021.

Sostuvo:

Y teniendo en cuenta como atenuantes: la falta de antecedentes penales computables (Cfr. Informe del Registro Nacional de Reincidencia de fs. 608/vta.), el buen concepto vecinal del que gozan las imputadas (Cfr. Informe Socio Ambiental de fs. 618/620 y Examen Mental Obligatorio de fs. 600/602), sus condiciones socioeconómicas, su situación familiar, madre de hijos menores, discapacitados, su grado de instrucción educativo y cultural, su confesión y reconocimiento en la comisión del hecho, la falta de resistencia e incidentes, su estado de vulnerabilidad, y la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal punitiva que emergen de las normas referidas por los motivos expresados *ut supra*, en consecuencia, entendemos que resulta procedente aplicar como justa, una pena de cuatro años (4 años) de prisión efectiva, con más la multa de pesos cinco mil (\$ 5.000).

- Causal de justificación y de inculpabilidad

El art. 34 inc. 3 del Código Penal contempla la situación justificante para quien "causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño", constituyendo ello una causal de justificación que excluye la antijuridicidad de la conducta desplegada.

En esta línea, la situación en la cual se encuentra la mujer reduce sus posibilidades de elección para actuar conforme derecho, constituyendo el delito la única alternativa posible, quedando su conducta protegida bajo el estado de necesidad justificante.

Así lo encontramos en el fallo nro. FSA 12570/2019/10, "M.C.R. /s/audiencia de sustanciación de impugnación" (art. 362), de la Cámara Federal de Casación Penal, donde con el voto de la Dra. Ángela Ledesma y en base a las probanzas arrojadas, se afirmó que las especiales condiciones y circunstancias de vida de la imputada – violencia, vulnerabilidad económica e imposibilidad de acceder a un trabajo remunerado – redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho. Se tuvo en consideración la falta de acceso oportuno a los bienes económicos, culturales y sociales (arts. 1, 18, 19, 75 inc. 22 Constitución Nacional, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por su parte el art. 34 inc. 2 del Código Penal excluye de culpabilidad al que "obraré violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente".

En este punto el Juzgado Federal de Río Gallegos en la causa "Gómez s/inf. a la Ley 23.737"¹², dispuso sobreseer por el delito de contrabando de estupefacientes a la imputada argumentando "tuvo que elegir entre acatar o incumplir la norma" lo cual demuestra la existencia de factores que impiden su libre ejercicio de la voluntad conduciendo a la in-

¹² Tribunal Oral Federal de Santa Cruz, Río Gallegos. "Gómez, Célida Marcia s/ Infracción Ley 23.737", sentencia del 11 de julio de 2023.

exigibilidad de la conducta y en consecuencia la aplicación del artículo 34, inc. 2 del texto de fondo.

V - EL NARCOMENUDEO Y LA SITUACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD, MUJERES Y OTROS GRUPOS VULNERABLES

El narcomenudeo es entendido como la tenencia de estupefacientes en pequeñas cantidades que es comercializado en forma rudimentaria.

Ordoñez (2021) refiere a cualquier conducta de comercio, entrega, suministro o facilitación de sustancias estupefacientes– ya sea en forma onerosa o gratuita– y a la tenencia de la misma con el fin de su comercialización, siempre y cuando estas acciones se encuentren dirigidas al consumidor final de la droga ilícita, cf. Arts. 5 y 14 de la Ley 23.737.

Es una conducta que se ubica en la última fase de la cadena del narcotráfico cuando la sustancia se halla lista para su expendio. Posee características que la ubican como un delito sencillo de llevar a cabo, dado que no hace falta estructura sofisticada, pues el vendedor no elabora ni traslada la droga, ni debe guardarla en grandes cantidades, o lavar el producido económico.

En ese sentido, se destaca que se observa un aumento en esta actividad delictiva vinculada a un crecimiento de la pobreza, marginalidad, desempleo, que la posicionan como una salida económica.

Por supuesto, la comisión de estos hechos no es propio de ciertas clases sociales. Sin embargo, se vislumbra la utilización y aprovechamiento de determinados grupos de poder dentro del tráfico y respecto de personas que se encuentran en un grave estado de vulnerabilidad.

Esta última circunstancia le permite a la organización un mayor dominio de sus acciones, ya que la vulnerabilidad detallada conlleva a la fungibilidad del vendedor.

En esta dirección, la figura del vendedor, o *dealer*, resulta ser el centro de narcomenudeo, es decir que constituye el último actor que aparece en escena en la cadena de tráfico de drogas.

Si bien sus características son varias (según los narcóticos que se vendan), dado que no posee el mismo perfil quien abastece el mercado con drogas de diseño o sintéticas, como la persona que comercializa, pasta base, cocaína, marihuana, etc., se observa en este último caso que la organización delictiva prefiere a individuos cuya fragilidad personal les permite conservar y extender el negocio ilegal.

Así observamos con preocupación la situación de los niños, niñas y adolescentes en la economía de las drogas ilícitas, dado que se trata de una mano de obra insistentemente buscada, siendo un fenómeno en constante avance dentro de la estructura de las redes de tráfico.

En este aspecto, a la realidad económica y social, debe sumarse el abandono educativo, cultural y la violencia estructural como algunas de las causas subyacentes que parecen explicar la participación de los menores. Es así, que cada vez resulta más frecuente en el avance de una investigación, encontrarnos con los conocidos "soldaditos" cuya tarea resulta sencilla, montan guardia en los búnkers a los fines de avisar quien pasa por el lugar, cuidan de ellos o directamente participan de la venta.

Esta preocupación es alertada por la comunidad internacional desde hace varias décadas.

Desde 1988, las Naciones Unidas, en el Preámbulo de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas¹³ resalta: "la utilización de niños en muchas partes del mundo como... instrumentos para la producción, la distribución y el comercio ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas".

Por su parte, en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴ incluyó, en su artículo 33, la obligación para los Estados parte de adoptar

todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

No podemos pasar por alto el doble estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el menor por su edad y sus condiciones socioeconómicas, lo cual implica afrontar la problemática con una mirada sustentada en el bloque convencional de derechos humanos.

El reclutamiento que vienen llevando a cabo las bandas de narcotraficantes respecto de los menores de edad, ha dado lugar a varios planteos que giran en torno a los márgenes de libertad y autodeterminación en las conductas de los menores.

Y esta situación posee relevancia porque proyecta la conducta a la posibilidad de considerar al menor como una víctima del reclutamiento y en consecuencia una víctima de la trata de personas.

Si bien encontramos fallos que no avalan los supuesto de la trata de personas, al entender que existe un margen de libertad y responsabilidad, limitando la valoración de la conducta a la posibilidad de considerar únicamente que el menor de edad tuvo el dominio del hecho y fue parte de una maniobra, ello se diluye cuando fue reclutado por una organización vertical y cerrada, que no le brinde margen de acción.

La visión que encamina la solución del conflicto dentro de la ley de trata de personas es considerada acertada por la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas en el ámbito nacional (Protex). Su titular, Dr. Marcelo Colombo, ha manifestado en oportunidad de consultarle sobre si el delito de trata había mutado en su manifestación

¹³ Ley nro. 24.072.

¹⁴ Ley nro. 23.849.

hay una modalidad de incorporar chicos menores de edad para cometer delitos en el marco de una organización delictiva mayor. Como el caso de los soldaditos de Rosario, que salían a vender estupefacientes por orden de la organización y el Sistema Penal torpemente piensa que ellos son los narcotraficantes. Cuando en realidad los pibes son víctimas, en un contexto de relación servil y en situaciones de adicciones muy avanzadas.

Es decir que el empleo de niños y niñas para la venta al menudeo de estupefacientes encuadraría en el delito de trata de personas con fines de explotación laboral. Este aprovechamiento de las redes de tráfico de las personas vulnerables debe ampliarse ya que resulta frecuente la utilización de mujeres y personas travestis/trans en el narcome-nudeo.

Respecto de las mujeres, se observa un gran incremento de su participación en la venta de drogas al punto de ser la principal causa de encarcelamiento femenino, siendo que su actividad comúnmente es llevada a cabo desde sus propios domicilios, mientras que las personas travestis/trans suelen desempeñar la conducta en la vía pública, ligado generalmente al ofrecimiento de sexo.

Las condiciones de las mujeres y personas travestis/trans, empleadas para esta tarea evidencian una situación socioeconómica crítica, problemas de género implícitos en sus historias de vida y en el contexto sociocultural.

Las características descriptas obligan a analizar sus actos desde un enfoque que tenga como norte la protección a los derechos humanos y en consecuencia, la incorporación de perspectiva de género y diversidad al momento de resolver su situación en el proceso.

Y ese enfoque precisamente es el interseccional, que considera las múltiples y diversas discriminaciones que padecen las mujeres cis, mujeres trans y travestis debido a ciertas variables o categorías identitarias, tales como la raza, la clase, la condición migratoria, la edad, la orientación sexual, entre otras además de su identidad de género. A su vez, la intersección de estos aspectos genera subordinaciones, marginalidades específicas, que también hay que observarlas situadas en un tiempo y espacio (PROCUNAR, 2022, p.16)¹⁵.

Al analizar distintos fallos se observa que la jurisprudencia viene orientada a introducir en su análisis las múltiples vulnerabilidades que atraviese este grupo, con apoyo en los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

Variados son los fallos al respecto, por ejemplo encontramos que ante la tenencia compartida con fines de comercialización entre la mujer y su pareja, se descarta la participación de esta dado que el hallazgo de drogas en la vivienda que comparten en su convivencia sentimental, no resulta suficiente para imputarle la conducta teniendo en cuen-

¹⁵ COPOLAD Programa de Cooperación entre América Latina, el Caribe y la Unión europea en materia de drogas. 24/11/23 Blog. Disponible en https://copolad.eu/es/marcelo_colombo_trata_violencia/

¹⁶ PROCUNAR (2022). En: https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-nforme-nforme_Narcocriminalidad-y-g%C3%A9nero.pdf

ta "el indicado de desigualdad como es la violencia de género que permite descartar la posibilidad de dominio sobre la sustancia y por lo tanto el aspecto subjetivo del tipo"¹⁷.

También se hace referencia a la perforación del mínimo legal¹⁸.

Sin duda, no puede obviarse que

detrás del contrabando y transporte de estupefacientes por medio de personas físicas y en pequeñas cantidades, no hay más que una realidad de marginalidad, pobreza, falta de recursos económicos, sociales y simbólicos que empujan a las mujeres al delito como medio de supervivencia, muchas veces engañadas y/o coaccionadas para "tomar la decisión" al respecto. (Cano, 2014)

Por ello, la respuesta no puede circunscribirse al ámbito de la justicia penal exclusivamente, por el contrario, requiere que se aborden de manera integral las causas subyacentes de la criminalidad, como la desigualdad económica social y la carencia de oportunidades de algunos sectores de la sociedad.

VI - CONCLUSIÓN

La utilización, por parte de los principales responsables del narcotráfico de los grupos extremadamente vulnerables en la última cadena de tráfico, viene en constante aumento y son los sujetos que mayormente se encuentran involucrados en las investigaciones por la Ley 23.737.

Estas circunstancias demuestran, por un lado, el avance sobre los derechos consagrados conforme el sistema de protección internacional de derechos humanos vigente en nuestro país, y en este sentido la jurisprudencia se ha expedido y lo receptó en varias oportunidades.

Por otro lado, se evidencia la necesidad de redireccionar la política estatal en el conflicto contra las redes de narcotráfico, toda vez que criminalizar mayormente a estos eslabones totalmente fungibles y vulnerables, sin relacionarlos con los otros miembros de la cadena, impide lograr un avance para combatir el flagelo del tráfico de estupefacientes.

En ese marco, se manifiesta la necesidad de contemplar la multicausalidad del fenómeno, con el fin de arribar a una política criminal acorde y respetuosa a los derechos humanos, con perspectiva interseccional y acorde a los compromisos asumidos de protección de las niñeces, que contemple la situación de marginalidad y no criminalice a quienes se encuentran en estado de total desprotección.

¹⁷ Juzgado Federal nro. 2 de Tucumán. "Argañaraz y otro s/infracción a la Ley 23.737", exp. 5706/22, sentencia del 24 de abril de 2022.

¹⁸ Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de Córdoba. "Tejeda Farías s/infracción a la Ley 23.737", exp. fcb 12459/2019/to1, sentencia del 10 de agosto de 2021; Tribunal Oral Federal de Santa Rosa, La Pampa. "Urrutia Laura Antonella s/infracción a la Ley 23.737", sentencia del año 2023.

Sin duda, constituye un llamado impostergable a reorientar la modalidad actual de persecución criminal que hace foco en los eslabones más vulnerables de la cadena del delito. De otro modo, no haremos más que fomentar el grado de violencia, la desintegración del tejido social, exacerbando la exclusión social.

REFERENCIAS

- ALEGRE, G., GASTÓN, L. Y ORDOÑEZ, P. (2021). *Narcomenudeo, herramientas para una consideración jurídico-penal del fenómeno*. (pp.21-47). Editores del Sur.
- ANITUA, G. Y PICCO, V. (2012). Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres "mulas". En C. M. Chinkin. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Ministerio Público de la Defensa.
- CANO, J. (2014). Acceso a la justicia para mujeres "mulas" en Argentina. Prácticas jurisdiccionales relacionadas con el transporte/contrabando de estupefacientes. <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/77818>
- CORDINI, N. Y HOET, M. (2015). Criminalidad transnacional organizada en el ámbito del MERCOSUR: ¿Hacia un Derecho Penal Regional? *Revista de Direito Internacional*. 12 (2) 527-539.
- JORDÁ SANZ, C. Y REQUENA ESPADA, L. (2013). ¿Cómo se organizan los grupos criminales según su actividad delictiva principal? Descripción desde una muestra española. *Revista Criminalidad*. 55 (1) 31- 48.
- MARTEL, S. (2013). The Recruitment of Female "Mules" by Transnational Criminal Organizations: Securitization of Drug Trafficking in the Philippines and Beyond. *Social Transformations: Journal of the Global South*, 1(2), 13-41.
- PROCURADURÍA DE NARCOCRIMINALIDAD ANÁLISIS DE INFORMACIÓN Y PLANIFICACIÓN OPERATIVA. (PROCUNAR). (2022). *Narcocriminalidad y perspectiva de género. La perspectiva de género y enfoque interseccional en la persecución penal de la Narcocriminalidad*. https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-informe_Narcocriminalidad-y-g%C3%A9nero.pdf



**OBLIGACIÓN ALIMENTARIA Y DERECHOS HUMANOS
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**
UNA REVISIÓN CRÍTICA Y TAN NECESARIA EN TIEMPOS ACIAGOS

Marisa Herrera

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 12/03/2024

Aprobado: 15/03/2024

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA Y DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

UNA REVISIÓN CRÍTICA Y TAN NECESARIA EN TIEMPOS ACIAGOS

BASIC CHILD SUPPORT OBLIGATION AND HUMAN RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

A CRITICAL REVIEW THAT IS SO NECESSARY IN DIFFICULT TIMES

Por Marisa Herrera¹

Universidad Nacional de Avellaneda -
Universidad de Buenos Aires - CONICET, Argentina

Resumen: Este artículo tiene por objeto actualizar y profundizar el debate sobre las bases para edificar la obligación alimentaria en clave de satisfacción de derechos de niños, niñas y adolescentes en un contexto socioeconómico muy complejo en el que esta cuestión relativa a la asistencia material observa un papel fundamental. ¿Cuáles son los principios básicos sobre los cuales se construyen los alimentos debidos a las personas menores de edad a la luz del derecho de las familias contemporáneo? ¿Cuáles son los nuevos conflictos, tensiones y desafíos sociojurídicos en materia alimentaria? ¿Cuál es el rol del Estado en un tema público, más allá de que se lo pretenda circunscribir a una cuestión familiar/privada? Estos son algunos de los interrogantes centrales que se pretenden responder a los fines de alcanzar un estudio crítico y actualizado del derecho alimentario en el derecho de hoy.

Palabras clave: derecho de niños, niñas y adolescentes; derecho alimentario, socioafectividad

Abstract: This article aims to update and deepen the debate on the bases for building the maintenance obligation in terms of satisfaction of the rights of children and adolescents in a very complex socioeconomic context in which this issue related to material assistance plays a fundamental role. What are the basic principles on which maintenance due to minors is built in light of contemporary family law? What are the new conflicts, tensions and socio-legal challenges in food

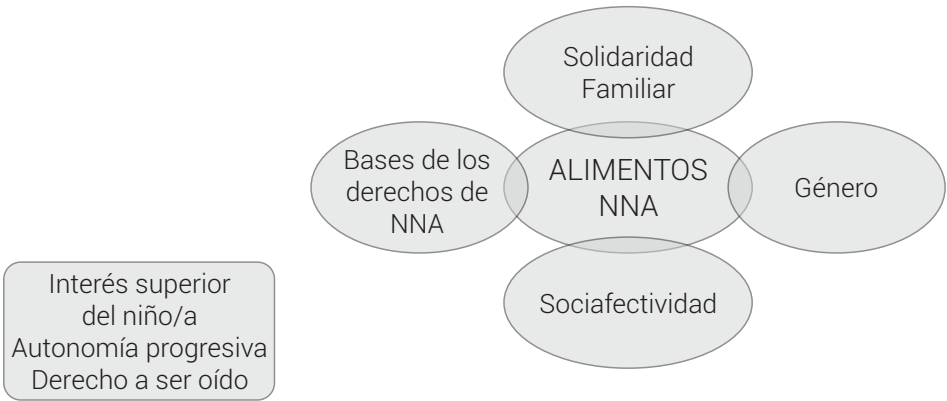
¹ Doctora en Derecho (UBA). Doctora Honoris Causa (UNCAus). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA) y (UNDAV). Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación argentina. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3699-0996>. Correo electrónico: marisaherrera12@gmail.com

matters? What is the role of the State in a public issue, beyond the fact that it is intended to be limited to a family/private issue? These are some of the central questions that are intended to be answered in order to achieve a critical and updated study of basic child support obligation.

Keywords: rights of children and adolescents, basic child support obligation, socio-affectiveness

I - INTRODUCCIÓN

El objetivo de este ensayo consiste en profundizar sobre la obligación alimentaria cuando compromete a personas menores de edad, es decir, cuando están comprometidos derechos humanos que titularizan niños, niñas y adolescentes a quienes les cabe un plus de protección (conf. arts. 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional). A los fines de sintetizar lo que sería el andamiaje o cimientos fundamentales para repensar la cuestión alimentaria en favor de este colectivo, aquí se sostiene que el punto de partida para iniciar cualquier estudio crítico y renovado sobre el tema estaría sintetizado por el siguiente gráfico:



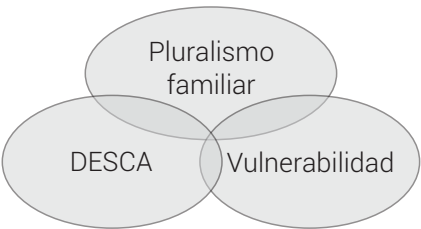
Para comprender en toda su dimensión este gráfico, se debe tener en cuenta la noción de pluralismo familiar a modo de columna vertebral, tal como la Corte IDH lo ha expresado en varias oportunidades siendo ya su doctrina consolidada, desde el resonado caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile"², cuando aseveró que

La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. (párr. 142)

² Corte IDH. "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile". (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de febrero de 2012, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

¿Cómo impacta la noción de familias en plural en el marco de las obligaciones en general, y las alimentarias en especial? ¿Qué rol juega la noción de la socioafectividad como causa fuente de obligaciones? ¿Es posible solicitar alimentos contra una persona con quien se tiene un fuerte vínculo afectivo sin ningún título o ropaje jurídico? ¿La socioafectividad no coloca en crisis el principio de seguridad jurídica? ¿Cuál prima o debería primar en el campo de las relaciones de familia? ¿Cómo interactúan diversas obligaciones alimentarias como, por ejemplo, los progenitores o uno de ellos y el progenitor afín en las familias ensambladas? Debiéndose agregar otro término agrava o complejiza estas interacciones como lo es la vulnerabilidad. ¿Acaso los alimentos no se presentan en la realidad jurídica ante situaciones marcadas por la vulnerabilidad?

Desde este contexto, se puede advertir otra interacción clave en materia alimentaria y su entrecruzamiento con los derechos de niños, niñas y adolescentes que se sintetiza en el siguiente gráfico:



Con este análisis, se vislumbra cómo se han modificado las bases o estructura central sobre la cual se debe construir el régimen jurídico alimentario cuando compromete a personas menores de edad. Se trata de dimensionar la presencia de otros principios, otras lógicas y también otros interrogantes y consecuentes respuestas.

II - ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES Y BÁSICAS

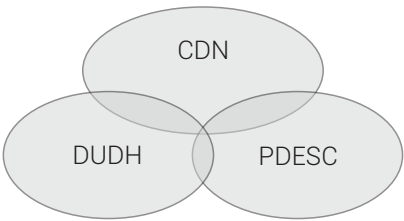
Alimentos como derecho civil y como derecho humano

La obligación alimentaria tiene una doble pertenencia, constituye una obligación civil y, a la par, un derecho humano. Además, y a los fines de tomar dimensión sobre su mayor complejidad desde un enfoque contemporáneo, dentro del campo tradicional del derecho civil, es posible advertir que los alimentos formarían parte de una categoría mixta al no corresponderse de manera precisa con ser un derecho personal o un derecho patrimonial, sino tener o encerrar aspectos de ambos. En este sentido, es clave comprender que los alimentos no sólo comprometen un derecho económico –ya sea que se traduzcan en dinero o en especie– sino también una faceta personal vinculada a la calidad de vida digna y el desarrollo de la personalidad como derecho humano, lo cual indica que es más preciso advertir que los alimentos –al igual que la vivienda– integran una categoría

mixta o intermedia y así salir de la disputa tradicional en torno a si forman parte de un derecho personal o patrimonial (Herrera, de la Torre y Fernández, 2023, pp. 89-90).

A su vez, es dable recordar que los alimentos parten del género “asistencia”, la cual tiene una vertiente moral y otra material, siendo esta última la que se la conoce como alimentos.

La obligación alimentaria que compromete a niños, niñas y adolescentes involucra, de mínima, el siguiente entretejido normativo internacional:



Así, como normativa internacional básica a modo de columna vertebral, el art. 27 de la CDN expresa en sus tres primeros apartados que

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Por lo tanto, el instrumento internacional central en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes entiende que la obligación alimentaria constituye una cuestión pública/privada, es decir, donde la responsabilidad familiar – en sentido amplio – ostenta un papel fundamental, pero lo derrama involucrando de manera precisa al Estado. No por casualidad algunos países receptan la idea de un fondo de garantía alimentaria aplicable en aquellos casos de obligaciones alimentarias impagas y con severos problemas de extender dicho deber en cabeza de otro integrante del grupo familiar o afectivo³.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 25 reconoce que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” y el Pacto Internacional de los De-

³ Como síntesis de este tipo de herramientas o acciones positivas, nos remitimos al proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados cuyo “Fundamentos” explicita algunas experiencias del derecho comparado. <https://www.4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022TP2022/5391-D-2022.pdf>

rechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 3 establece como nudo central que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto", y en consonancia con ello, el art. 11 inc. 1 se focaliza en el derecho alimentario al considerar que

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Al respecto, es dable destacar que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación General 12, explica el contenido normativo de los párrafos 1 y 2 del artículo 11 considerando que el derecho a la alimentación compromete "la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla", entendiéndose con acierto que "El derecho a la alimentación no es un derecho a ser alimentado, sino principalmente el derecho a alimentarse en condiciones de dignidad"⁴, por lo tanto, el obligado a alimentar es una derivación o complemento del derecho principal como lo es el derecho a alimentarse en condiciones de dignidad.

Desde este enfoque constitucional-convencional, se puede observar que la asistencia en su faz material, es decir, los alimentos, comprometen un derecho humano y como tal es comprensible que se encuentre expresamente regulado como un derecho- deber derivado de las relaciones de familia en atención al principio de solidaridad familiar. Precisamente, ciertas personas con quienes se presume que se tiene un fuerte vínculo afectivo, con quien se desarrollan lazos de cooperación y de convivencia, es entendible que tengan a su cargo ciertos deberes, entre ellos, el alimentario. Ahora bien, el interrogante abierto gira en torno a qué tipo de relación familiar o hasta qué grado de parentesco la norma debería establecer tal obligación y, más aún, si por fuera del parentesco y de las relaciones familiares, sería pertinente reconocer o extender tal compromiso legal ante situaciones de extrema vulnerabilidad. Es aquí donde el concepto de socioafectividad⁵ ad-

⁴ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH) de Guatemala. Derecho humano a la alimentación y a la seguridad alimentaria.

⁵ Vastísima es la bibliografía existente en torno a este concepto, sólo a modo de recomendación se cita la siguiente: Gil Domínguez, A. y Herrera, M. "La familia interespecie"; Salituri Amezcua, M., Silva, S. A., Videtta, C.A. y Notrica, F. P. "El impacto de la socioafectividad en la guarda judicial y en la delegación de la responsabilidad parental"; Herrera, M.; de la Torre, N. y Beguiristain, "Socioafectividad, guarda de hecho y entramado penal: Perspectiva crítica". Beguiristain, C. D. y Fonollosa, R. "La prohibición legal frente a la realidad socioafectiva: Análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la

quiere un papel preponderante en el derecho de las familias tal como se pasa a sintetizar a continuación.

Socioafectividad

Ricardo Dutto, parafraseando a Carver al preguntarse "De qué hablamos cuando hablamos de socioafectividad", señala que "Su peculiaridad consiste – como su grafía lo significa – en que dos son los elementos básicos formadores y que interactúan: lo social y lo afectivo. Un concepto que parecía pertenecer solo al derecho brasileño (la afectividad) se ha trasladado a otros ordenamientos, en los que ya se comienza a hablar del 'parentesco socialafectivo' para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellas a modo y semejanza", agregándose que "Se ha producido la llamada 'desencarnación', el debilitamiento del elemento carnal o biológico, en beneficio del elemento psicológico y afectivo" y, por lo tanto, concluye que "bajo esa observación, la socioafectividad integra, complementa y en ocasiones cubre el silencio legal para optimizar la realización de justicia, fundada en el vínculo afectivo de interdependencia entre los seres humanos y que el entorno social legitima" (2022, p. 51)

Dimensionar el valor expansivo y complejo que encierra la noción de socioafectividad ha sido, en gran medida, por el obligado enfoque de derechos humanos que ha atravesado el derecho civil en los últimos tiempos, en especial, el derecho de familia a tal punto de pasar del singular al plural. No se trata de una letra de diferencia y agregarle al final una "s", sino de reconceptualizar un término sociológico e intrínsecamente dinámico como es el que nuclea a las relaciones familiares como típicos vínculos signados por el afecto, más allá de los lazos de sangre y del parentesco. ¿Acaso no es posible tener un vínculo afectivo más fuerte con mi mejor amiga y con quien comparto proyectos laborales que con mi hermana quien se fue a vivir al exterior y sólo me conecto por videollamada cada tanto para saber en qué anda cada una? En esta lógica se encuentran otros supuestos que observa el derecho familiar contemporáneo como son los casos en que se hace lugar a la impugnación de la paternidad y, a la par, se mantienen ciertos deberes (por ejemplo, cobertura médica) a cargo de quien a partir de la sentencia deja de ser padre jurídico fundado en la noción de socioafectividad⁶; o supuestos excepcionales de alimentos a ex-

Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las guardas de hecho"; Moreira, M. C. "De la socioafectividad y su irrupción en el derecho de las familias. A propósito de un caso de delegación de la responsabilidad parental". Herrera, M. y de la Torre, N. "Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿regulación o eliminación de la prohibición?"

⁶ Conf. Cám. 2º. Civ. y Com., Sala 3, Paraná, Entre Ríos. "G. O. V. S. vs. O. C. V. s. Ordinario - Impugnación de paternidad", sentencia del 20 de febrero de 2017. Al respecto, Galli Fiant afirma que "no se trata de la creación pretoriana de un deber alimentario, que como tal debería comprender lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, asistencia médica y educación de la beneficiaria (art. 541 CCC). Es una prestación asistencial de objeto acotado a la cobertura de una obra social, no exclusiva en cabeza del progenitor desplazado, y transitoria. Y se puede hacer cumplir compulsivamente, como toda sentencia. En definitiva, implica la imposición de un sacrificio económico razonable con un beneficio significativo para la menor de edad con discapacidad", concluyendo que "Esta respuesta jurisdiccional es un ejemplo de tutela judicial efectiva y actuación oficiosa, en el marco de una impugnación de la paternidad extramatrimonial".

progenitores afines⁷.

En este contexto, fácil se puede dimensionar que la socioafectividad en alianza con el principio de solidaridad familiar –desde un sentido amplio y plural de familia– tiene un impacto directo en los conflictos alimentarios que se desarrollan en el campo de las relaciones de familia o, en palabras del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del denominado derecho a la vida familiar.

Más aún, es dable destacar las dos caras contrapuestas de la socioafectividad, tanto en su faz positiva (el vínculo de afecto efectivamente consolidado) como en la negativa: la decisión informada de no querer insertarse en determinado grupo familiar, es decir, la falta o carencia de afecto como otro elemento central para resolver diversas conflictivas familiares. Ambas tienen una incidencia directa en materia alimentaria, ya sea para plantear el reconocimiento legal de ciertos vínculos afectivos de facto como acontece con las uniones convivenciales o las convivencias de pareja, como para esgrimir planteos judiciales de extensión de la obligación alimentaria con quien no se tiene un vínculo jurídico de parentesco, pero observa un fuerte lazo afectivo.

Como cierre de este apartado general concentrado en los elementos estructurales y estructurantes de la socioafectividad consignados de manera sintética, es necesario traer a colación una realidad que cada vez va teniendo mayor envergadura en el derecho de las familias. Nos referimos a las denominadas familias pluri o multiparentales, es decir, aquellas que colocan en jaque el binarismo filial y, por lo tanto, reconocen tres o más vínculos filiales. ¿Cuál es la razón por la que se alude a esta cuestión al abordar la socioafectividad? Sucede que en la gran mayoría de los planteos que se han esgrimido en el derecho argentino en el que se ha reconocido una triple filiación –hasta la actualidad, se contabilizan un total de 42 casos, dos resueltos en el ámbito administrativo y los 40 restantes en la justicia– encierran situaciones fácticas donde la socioafectividad es determinante. En el campo de la filiación biológica o por naturaleza, suelen ser supuestos de

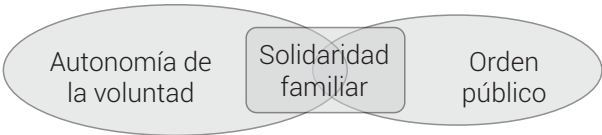
⁷ Al respecto, es dable destacar el caso resuelto por el Juzgado de Familia de Cipolletti nro. 5. "T., M.C. c. A., R.C. s/ alimentos", sentencia del 21 de agosto de 2023. Aquí la Sra. M. promueve acción de alimentos contra el Sr. R. a favor de la niña N. Relata que la niña es hija de la Sra. V., su hermana y que la niña siempre vivió junto a ella y su pareja de entonces el Sr. R. conformando una familia. La madre biológica de la niña la abandonó en el hospital ni bien dio a luz, y, en consecuencia, se les otorgó la guarda conjunta cuando N. tenía tan sólo 18 días de vida. Señala que el 1 de diciembre de 2014 falleció la progenitora de N. y en la actualidad ella se encuentra separada de R., en virtud de hechos de violencia familiar, en la cual se ordenó la exclusión de hogar. En este contexto, inicia el pedido de alimentos a los fines de obtener una cuota alimentaria acorde que le permita llevar adelante los gastos de manutención y alimentación de N, siendo que ella se ocupa de la crianza de N. hasta que alcance la mayoría de edad. Agrega que ella tiene carencias económicas para poder hacerse cargo de la manutención de N. Que el demandado por alimentos, el Sr. R., también había sido guardador designado por sentencia judicial junto con la actora y quien mantenía un fuerte lazo afectivo con la niña hasta la separación de los adultos. El demandado se opone alegando que no es guardador ni cuidador actual de la niña. Se hace lugar al planteo alimentario alegándose que "cobra relevancia el reconocimiento de la socioafectividad en las relaciones familiares que ha dado lugar a la conformación de nuevas realidades familiares y origen a derechos y obligaciones entre sus miembros, y a su debido reconocimiento y amparo normativo" y que "el Sr. R. ha asumido el cuidado de N. desde su temprana edad. En su oportunidad ejerció el cargo de guardador de la misma y ha desempeñado el rol de padre de crianza y del corazón de la misma. Desde que se produjo la separación de hecho con la Sra. M. el Sr. R. se ha desentendido de la obligación alimentaria, no aportando suma alguna desde entonces, en el entendimiento que desde la separación no tiene vínculo alguno con N., situación esta que, de continuarse puede ocasionar grave perjuicio al desarrollo de la niña".

niños/as que han sido reconocidos o por aplicación de la presunción de paternidad mantienen un vínculo jurídico y afectivo con quien después de varios años se advierte que el padre biológico es otro con quien también empiezan a tener una relación afectiva. ¿Es necesario desplazar al padre jurídico no biológico para emplazar al biológico hasta ahora no jurídico? La doctrina y la jurisprudencia argentina hace tiempo vienen priorizando los afectos por sobre la limitación binaria legal fundado en varios argumentos que inclinan la balanza en favor de la pluriparentalidad: la socioafectividad, el derecho a la identidad dinámica como estática y el interés superior del niño como pilares; excepto en una oportunidad que involucra la filiación de una persona mayor de edad en el que también se hizo lugar a la petición no fundado en el principio rector en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes sino, fundamental y principalmente, en la sólida e ineludible socioafectividad⁸.

Solidaridad familiar

Otro de los principios centrales para repensar las obligaciones alimentarias – y gran parte de los conflictos actuales más desafiantes del derecho de las familias – es la solidaridad familiar.

Se trata de un principio que habría venido a colocar equilibrio a una tensión ancestral que siempre ha estado presente en la regulación de las relaciones de derecho como lo es el de la autonomía de la voluntad vs. orden público. Es más, a nuestro entender, la solidaridad familiar sería uno de los argumentos más sólidos para reconvertir tal supuesta tensión en un complemento: autonomía de la voluntad y orden público, en el que tal compatibilidad giraría en torno a la solidaridad familiar. En términos gráficos se lo observaría del siguiente modo:



¿Por qué no sería posible pactar entre dos progenitores que uno no se hará cargo del cuidado, crianza y alimentos o uno de ellos renunciar a alguno de estos deberes que involucra la responsabilidad parental? Precisamente, la autonomía de la voluntad tiene un límite que establece la ley fundado –entre otros– en el principio de solidaridad familiar. Es por ello que la ley no sólo considera que una cláusula en este sentido sería nula, sino que además impone como el Código Civil y Comercial (CCyCN) que “Los alimentos a cargo de

⁸Nos referimos al caso resuelto por el Juzgado de Familia y Violencia Familiar Lujan de Cuyo nro. 10, Mendoza. “P., J.N. y P., J.A. c/ A., H.R. p/ acción de filiación”, sentencia del 1 de febrero de 2024. Inédito.

los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental" (art. 704). No por casualidad las relaciones jurídicas que se derivan del vínculo filial o el cúmulo de derechos y deberes que genera estos lazos afectivos y jurídicos se denomina en la legislación argentina "responsabilidad parental". Sucede que el tener hijos/as encierra una decisión que, como tal, genera responsabilidad y, a la par, solidaridad con todas o hacia aquellas personas con quien se tiene un vínculo familiar. ¿Qué se entiende por familia? Justamente, referirse a la solidaridad familiar como concepto jurídico indeterminado, implica estar a la zaga de los avances en la conceptualización de un término eminentemente sociológico y dinámico como son las familias, el que hace tiempo – tal como ya se ha explicitado de manera sintética – se encuentra atravesado por el pluralismo y en el que la noción de socioafectividad habría venido a tensionar, complejizar y, a la par, ampliar más aún.

Más allá de estas actualizaciones e interacciones con otras nociones, lo cierto es que la solidaridad familiar constituye la base o fundamento jurídico- humano por el cual la ley establece ciertos límites y derechos y deberes en favor de ciertas personas con quienes se mantiene una relación familiar, en especial, las que se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad que pasamos a sintetizar en el próximo apartado cuan dominó en el que se mueve una pieza y se modifican otras.

Vulnerabilidad

La vulnerabilidad o vulnerabilidades en plural, para ser más precisos en la pluralidad de situaciones que pueden dar lugar o configurar este término, constituye un elemento clave para dimensionar y analizar la conflictiva jurídica que se trate desde el obligado enfoque de derechos humanos. En este marco, es posible que una disposición legal sea constitucional, pero cuando ella es confrontada con la realidad atravesada por fuertes carencias, debilidades o complejidades, pueda resultar injusta. ¿La razón? Es que las normas suelen estar pensadas en un contexto de igualdad, sin embargo, hay una gran cantidad de categorías que son básicas para repensar esa noción como ser la edad, el género, la raza, las condiciones materiales, entre otras que obligan a repensar esa igualdad y a requerir del sistema jurídico respuestas más acordes a la realidad o conflictiva planteada.

Para avanzar sobre la vulnerabilidad y su lugar protagónico en el derecho contemporáneo –también en el campo del derecho de las familias– es dable traer a colación las denominadas Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad actualizadas en la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador, en que, justamente, se exponen las diversas situaciones de vulnerabilidad desde la óptica o la preocupación por el acceso a la justicia.

En este documento que algunos tribunales como la Corte Suprema de Justicia de la

Nación han adoptado por acordada (nro. 5/2009), establece en su Sección 2ª dedicado a conceptualizar a "las personas en situación de vulnerabilidad" que

(3) Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas - culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.⁹

¿Cuál es el interés de la noción de vulnerabilidad en las obligaciones alimentarias? Al respecto, es dable recordar que también se la denomina asistencia material y que constituye un derecho humano que interactúa con el derecho a la calidad de vida y a una vida digna. Así, los alimentos de progenitores e hijos/as constituye un deber *sine qua non* para los primeros, en cambio cuando estos llegan a la mayoría de edad tal obligación podría ceder en algunos supuestos – cuando los/as hijos/as cuentan con la posibilidad de proveer su sustento económico– o, incluso, extinguirse el derecho alimentario en el marco de las relaciones familiares excepto situaciones de extrema necesidad, es decir, de vulnerabilidad.

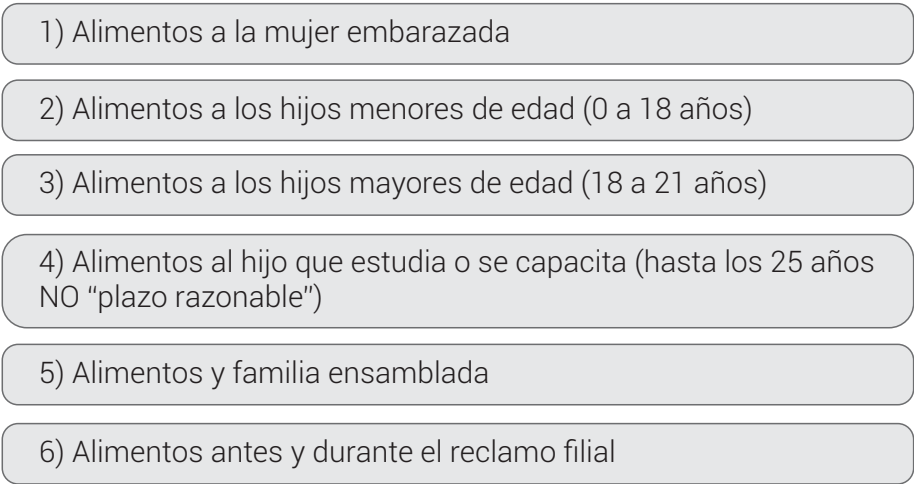
III - ALIMENTOS Y RELACIÓN P/MARENTAL: UN ENFOQUE CONTEMPORÁNEO

Introducción

Concentrados en la obligación alimentaria en el ámbito de la responsabilidad parental, es decir, vinculado a la relación entre progenitores e hijos/as, este encierra diversos su-

⁹ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Más allá de que la Corte no haya actualizado por acordada esta nueva versión se comparte la Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril 2018, Quito - Ecuador. <https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20Justicia.pdf>

puestos a la luz de lo previsto en el Código Civil y Comercial argentino tal como se refleja en el siguiente gráfico:

- 
- 1) Alimentos a la mujer embarazada
 - 2) Alimentos a los hijos menores de edad (0 a 18 años)
 - 3) Alimentos a los hijos mayores de edad (18 a 21 años)
 - 4) Alimentos al hijo que estudia o se capacita (hasta los 25 años NO "plazo razonable")
 - 5) Alimentos y familia ensamblada
 - 6) Alimentos antes y durante el reclamo filial

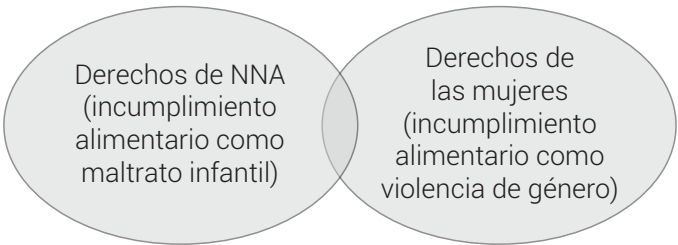
Si bien excede los objetivos de este ensayo ingresar en el análisis de cada una de estas causas fuente alimentaria en lo vinculado a la relación paterno-filial, lo cierto es que en el ámbito donde más ha tenido repercusión, interés y ha obligado a revisar ciertas reglas tradicionales de la obligación alimentaria en este campo de la responsabilidad parental. Ha sido aquí en el que la solidaridad familiar y la socioafectividad han tenido un peso determinante para revisar ciertas situaciones en el que la regulación debía ponerse en jaque y es aquí en el campo que nos concentraremos, no sin antes exponer algunos avances y modernización hábiles para desplegar un enfoque contemporáneo como lo es avizorar que el incumplimiento alimentario hacia los hijos/as, en general, por parte de los progenitores varones no convivientes, no sólo constituye una situación de violencia o maltrato hacia estos, sino también una violencia económica de género contra la mujer/ madre en quien recae, en definitiva, la carga de hacerse cargo del cuidado y alimentación de los/as hijos/as, debiendo ella resignar su desarrollo personal y profesional. Esta mirada ha tenido en los últimos tiempos un lugar central para repensar la cuestión alimentaria cuando involucra a niños, niñas y adolescentes de allí que merece un apartado propio.

Incumplimiento alimentario y violencia económica de género

La interdependencia de los derechos humanos nos obliga a tener una mirada sistémica e interseccional sobre la gran mayoría de los problemas que atañen a las relaciones de familia. Justamente, se trata de relaciones, de interacciones en el que no sólo es importante lo individual de cada extremo del vínculo, sino la propia dinámica que genera tal vinculación. Es por ello que no se trata de confrontar el enfoque de infancia con el de géneros sino, por el contrario, de advertir la riqueza que proporciona cada uno de ellos a tal punto, en algunos conflictos, entender su complementariedad y así dimensionar las diversas facetas que encierra una problemática como lo es la obligación alimentaria y, en particu-

lar, su incumplimiento cuando involucra a personas menores de edad a quienes les cabe un plus de protección al tratarse de personas en pleno desarrollo madurativo y la aludida vulnerabilidad que los atraviesa.

Desde esta óptica, hace tiempo que se viene observando el siguiente esquema que amplifica la mirada y estudio sobre los alimentos en las relaciones de familia:



Tan es así que en la Argentina la Dirección de Género del Ministerio de Economía, que estuvo en el gobierno en el período 2019-2023, creó el denominado índice de crianza que como bien se ha conceptualizado en un fallo del Juzgado de Familia nro. 5 de La Matanza.¹⁰

El Índice Crianza es un instrumento que permite contribuir a la organización y planificación familiar y a la gestión de los cuidados. Es un valor de referencia para saber cuánto destinan las familias a alimentar, vestir, garantizar vivienda, trasladar y cuidar niños, niñas y adolescentes. Su implementación estará a cargo del INDEC.¹¹

Se trata de una herramienta que en materia de datos y estadísticas es pionera, ya que constituye el primer dato oficial de este tipo a nivel continental.

Posibilitará prever la gestión y el costo de los cuidados. Por esto, resulta útil para distribuir los gastos de crianza de forma más igualitaria, especialmente en los procesos de separación de las parejas o luego de la separación. Además, permitirá fortalecer estrategias orientadas a la prevención de la violencia económica y a democratizar los cuidados desde una perspectiva de género.¹²

Este índice se compone de un número que se actualiza integrado por dos variables: costo de bienes y servicios y costo de cuidado diferenciándose distintas etapas etarias: menores de un año; de uno a tres años; cuatro a cinco años y seis a doce años, es decir, se concentra en la franja que según el CCyCN se denomina niños/as (conf. art. 25).

¹⁰ Juzgado de Familia nro.5, La Matanza. "L. G. V. c/ P. A. s/ alimentos", sentencia del 24 de noviembre de 2023.

¹¹ Para profundizar se recomienda compulsar: Cartabia Groba, S. y Herrera, M. "Reavivando el necesario debate sobre el incumplimiento alimentario. Los usos de la canasta de crianza de la primera infancia, la niñez y la adolescencia como punto de inflexión" y Beguiristain, C. D. y Fonollosa, R. "La canasta de crianza: algo más que un índice".

¹² <https://unlp.edu.ar/institucional/ddhh/presentacion-dell-indice-de-crianza-en-la-unlp-68613/>

¿Cuál es la razón por la cual esta herramienta de medición podría ser de utilidad para dimensionar el valor económico del deber de contribución en el hogar si hubiera algún conflicto al respecto? En primer lugar, cabe recordar que el deber de contribución se relaciona con la valoración del trabajo en el hogar tal como se lo explicita en el último párrafo del art. 455 del CCyCN vinculado a la regulación del régimen de bienes en el matrimonio (por analogía a las uniones convivenciales en el art. 520 del CCyCN) y también en el art. 660 del mismo cuerpo normativo que introduce un reconocimiento central desde la obligada perspectiva de género al disponer que "Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención". De este modo, la legislación civil toma nota que las políticas de cuidado siguen estando en cabeza, principalmente, de las mujeres y que esta realidad social debe trasladarse al analizar la obligación alimentaria. En otras palabras, que el cuidado y la dedicación al hogar que brindan las madres constituye el "pago en especie" a la obligación alimentaria que le cabe y, por ende, el otro progenitor deba ser quien abone una cuota alimentaria.

Regresando al índice de crianza, que constituye una herramienta muy interesante en el campo de los alimentos y la responsabilidad parental, no sólo se ocupa del costo de los bienes y servicios que insumen los/as hijos/as, sino que también visibiliza el costo de los cuidados, siendo esto una de las grandes conquistas feministas en el ámbito del derecho de las familias.

Por lo tanto, dimensionar que el incumplimiento alimentario no sólo constituye un maltrato hacia los/as hijos/as, sino también una situación de violencia de género económica ha sido fundamental para amplificar y modernizar la mirada sobre los alimentos en la responsabilidad y, a la par, tomar nota sobre la gravedad de esta problemática y la urgencia en la búsqueda de diferentes herramientas hábiles para mitigar esta violación de derechos humanos.

Medidas ante el incumplimiento: flexibilidad legal

Otro de los avances que observa la legislación vigente gira en torno a la noción de flexibilización y las habilidades de normas porosas para dar respuestas particulares a situaciones fácticas tan diversas.

Veamos, el CCyCN dispone en su art. 553 dedicado a "Otras medidas para asegurar el cumplimiento" que "El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia". Esta normativa fue en su momento muy criticada por algunas voces doctrinarias al considerar que se adoptaba un criterio demasiado flexible y que el/la legislador/a no se animaba a enumerar las medidas posibles que se podrían adoptar ante tal vulneración de derechos como encierra el incumplimiento alimentario. A casi 10 años de la puesta en

vigencia del CCyCN, fácil se puede concluir que esta postura amplia adoptada ha sido central para que en este marco se pudiera plantear y disponer medidas de diverso tenor, complejidad e impacto, desde la realización de trabajo comunitario, la quita o suspensión del carnet de conducir, la prohibición de ingresar a un estadio de fútbol o a un club o a un recital de un grupo de música que fuera importante para el deudor alimentario, hasta las medidas más clásicas como embargo, inhibición general de bienes o prohibición de salida del país, entre otras.

A los fines de cumplir con el objetivo de la actualidad o actualización en la materia, se sintetizan dos precedentes que imponen medidas que siguen la lógica novedosa o innovadora que inspira el citado art. 553 del CCyCN.

El primero es un fallo del juzgado de paz, Saladas, provincia de Corrientes¹³ en el que se ordena a la Dirección Provincial de Energía de Corrientes que incorpore en la facturación mensual del servicio de luz de titularidad del obligado alimentario

un cargo en concepto de cobro de cuota alimentaria, equivalente al 16% del salario mínimo, vital y móvil (SMVM) vigente al momento de la liquidación, y una vez abonada la factura de parte de la persona referida, proceda a retener y transferir el monto correspondiente, a la cuenta bancaria abierta a la orden de este proceso.

También ordena a la Comisión Vecinal de Saneamiento que incorpore en su facturación mensual del servicio de agua otro 16% del salario mínimo, vital y móvil, es decir, el mismo monto, pero a retener y transferir por parte de esta otra empresa que presta otro servicio, el de agua. Por lo tanto, la cuota alimentaria se podría obtener del "sobreprecio" que se cobre de las facturas del servicio de luz y agua, obligándose a estas empresas a que depositen en una cuenta bancaria en favor del acreedor alimentario, la mitad cada uno de la cuota alimentaria fijada.

En otro fallo más reciente, del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia nro. 4 de Corrientes capital¹⁴ se había procedido a fijar otras medidas conminatorias, las cuales no habían sido efectivas a los fines del cobro alimentario como ser la inhabilitación del carnet de conducir, por lo tanto, al entender que se debía dictar "una medida que logre conmover la conducta adoptada y le permita tomar conciencia de la imperiosa necesidad de sus hijos de recibir el dinero para solventar los gastos diarios como ser alimentos, vestimenta, útiles escolares, esparcimiento, etc" y con el objetivo de remover "todos los obstáculos y tomando en consideración las particulares condiciones y retos que enfrentan los niños en cada una de las etapas vitales en el goce de sus derechos para el acceso a una vida digna", se dispuso prohibirle al demandado que desfile en una comparsa "hasta

¹³ Juzgado Civil y Comercial, Saladas, Corrientes. "S.J.H. c. M.P. s/ Consignación de alimentos", sentencia del 7 de septiembre de 2023.

¹⁴ Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia nro. 4, Corrientes. "O.M.G. c/ V.G.L.D. s/ Alimentos", sentencia del 15 de febrero de 2024. <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-niñez-y-adolescencia-n-4-corrientes-15-02-2024/>.

tanto se acredite en esta causa el pago total de los alimentos provisorios adeudados", para lo cual se dispone librar oficios al titular del corsómetro y a los organizadores de los carnavales correntinos 2024.

Como se puede observar, normativas flexibles como la disposición en análisis muestran una doble virtud, no sólo la posibilidad de abarcar la gran cantidad de situaciones que se pueden dar en cada caso en el que como bien se podría decir de manera coloquial "cada uno sabe dónde le aprieta el zapato" y, de allí, la importancia de dictar medidas acordes con la realidad personal y laboral de cada deudor alimentario, sino también valorar la creatividad y el necesario conocimiento sobre dicha realidad por parte de los/as abogados/as que patrocinan demandas de alimentos.

IV - BREVES PALABRAS DE CIERRE

Como se suele decir, el tiempo es tirano y el espacio también. Aquí se ha pretendido brindar un panorama general sobre cuáles serían los cimientos fundamentales para el estudio actual y contemporáneo de la obligación alimentaria en el campo de la responsabilidad parental, advirtiéndose el rol central que ostenta el principio de solidaridad familiar en alianza con el de socioafectividad y vulnerabilidad a la luz del obligado enfoque de géneros.

Seguramente han quedado otros nudos críticos para profundizar como son aquellos vinculados con la vivienda que integra el contenido de los alimentos y, por lo tanto, la interacción o vinculación entre ambos es innegable. En esta línea argumental, también se abriría el juego a otros derechos que tienen vinculación o impacto con la obligación alimentaria como lo son las pensiones por discapacidad u otro tipo de beneficios públicos ante otras situaciones de vulnerabilidad que coadyuvan o complementan la obligación alimentaria a los fines de satisfacer el mencionado derecho a una calidad de vida digna. De allí la relevancia de profundizar, por ejemplo, sobre los alimentos a los/as hijos/as con discapacidad, los cuales observarían ciertas particularidades en el que el principio de solidaridad familiar no sólo estaría presente, sino que sería –o debería ser– redimensionado.

En definitiva, se trata de animarse a seguir interpelando en clave territorial o práctica un problema "a flor de piel" y que urge en momentos socioeconómicos tan complejos. Por ello, aquí se esgrime una fuerte crítica al caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁵ que compromete un planteo sobre la posibilidad o no de actualizar cuotas alimentarias en el marco de la ley de indexación. Aquí por mayoría se remite a los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal que datan del 19 de agosto de 2020, es decir, la máxima instancia judicial federal decide una cuestión alimentaria que compro-

¹⁵CSJN. CIV 83609/2017/5/RH3. "G., S.M. y otro c/ K., M.E.A. s/ alimentos", sentencia del 20 de febrero de 2024. <https://www.diariojudicial.com/uploads/0000054891-original.pdf>

mete a personas menores de edad, tres años y medio después sin ponerle fin, en atención a que se decide la remisión del caso a primera instancia para que proceda a fijar la cuota debiendo utilizar "un mecanismo destinado a preservar en el tiempo el valor adquisitivo de la cuota alimentaria fijada". Precisamente por el extenso lapso transcurrido que, en materia alimentaria en favor de personas menores de edad ello tiene un impacto mayor en clave de violencia institucional, el Procurador Fiscal no mencionó el índice a crianza ya que no existía a la época del dictamen; no así al momento de resolver la contienda por parte de la Corte Federal. ¿Puede la máxima instancia omitir, silenciar, desconocer una pauta de actualización central y centrada en los derechos de niños y niñas? La respuesta negativa se impone, sin embargo, la realidad es la opuesta. ¿Acaso, si la cabeza del Poder Judicial de la Nación con el peso o valor jurídico que ostentan sus decisiones se toma tantos años para resolver no debería, de mínima, elaborar una muy buena pieza jurisdiccional que ponga fin al conflicto individual y, además, brinde pautas y estándares para evitar este tipo de contiendas? Una vez más, repensar el rol de la justicia a la luz de los derechos humanos, en especial, de los derechos de un colectivo vulnerable y que le cabe un plus de atención y protección constituye uno de los grandes desafíos pendientes.

Como dijo el recordado Paulo Freire: "No es en la resignación en la que nos afirmamos, sino en la rebeldía frente a las injusticias". Desde este prisma, el presente ensayo pretende seguir este camino de transformar las rebeldías en derechos, para lo cual es fundamental dimensionar el lugar que ocupa la revisión crítica y contemporánea de figuras tradicionales de las relaciones de familia como lo es la obligación alimentaria para lo cual el obligado enfoque de derechos humanos, de infancias y de género es central.

REFERENCIAS

- BEGUIRISTAIN, C. D. Y FONOLLOSA, R. (2023). La canasta de crianza: algo más que un índice. RC D706 Rubinzal Culzoni. <https://www.rubinzalonline.com.ar>
- BEGUIRISTAIN, C. D. Y FONOLLOSA, R. (2023). La prohibición legal frente a la realidad socioafectiva: Análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las guardas de hecho. RC D 346. Rubinzal Culzoni. <https://www.rubinzalonline.com.ar>.
- CARTABIA GROBA, S. Y HERRERA, M. (2023). Reavivando el necesario debate sobre el incumplimiento alimentario. Los usos de la Canasta de Crianza de la primera infancia, la niñez y la adolescencia como punto de inflexión. *La Ley*.
- COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (COPREDEH) de Guatemala. *Derecho humano a la alimentación y a la seguridad alimentaria*. [https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29521 .pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29521.pdf)
- DE LORENZI, M. A. (2017). El amor familiar, bálsamo de las personas vulnerables. La soli-

- daridad familiar al auxilio de los derechos fundamentales. *Derecho de Familia RDF* 2017-V, 172.
- DUTTO, R. J. (2022). *Socioafectividad y derechos*. Astrea.
- GALLI FIANT, M. M. (2017). Asistencia transitoria para una niña, luego de la impugnación de la paternidad. *Jurisprudencia argentina. LL Litoral*, 26/07/2017.
- GIL DOMÍNGUEZ, A. Y HERRERA, M. (2022). La familia interespecie. RC D 680. Rubinzal Culzoni. <https://www.rubinzalonline.com.ar>
- HERRERA, M. Y DE LA TORRE, N. (2022). Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿regulación o eliminación de la prohibición? *La Ley, E*, 590. 11/10/2022.
- HERRERA, M., DE LA TORRE, N. Y BEGUIRISTAIN, C. D. (2022). Socioafectividad, guarda de hecho y entramado penal: Perspectiva crítica. RC D 702. Rubinzal Culzoni. <https://www.rubinzalonline.com.ar>
- HERRERA, M., DE LA TORRE, N. Y FERNÁNDEZ, S. E. (2023). *Manual de Derecho de las Familias*, (3º edic. actualiz. y amp.) Abeledo Perrot.
- MOREIRA, M. C. (2022). De la socioafectividad y su irrupción en el derecho de las familias. A propósito de un caso de delegación de la responsabilidad parental. *La Ley*, 2011-2018.
- SALITURI AMEZCUA, M., SILVA, S., VIDETTA, C. Y NOTRICA, F. (2022). El impacto de la socioafectividad en la guarda judicial y en la delegación de la responsabilidad parental. RCD 697 Rubinzal Culzoni. <https://www.rubinzalonline.com.ar>



**MEDIDAS DE PROTECCIÓN DICTADAS DE OFICIO EN CONTEXTO DE VIOLENCIA
FAMILIAR Y DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Alejandro Adrián Rojas

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 10/03/2024

Aprobado: 22/03/2024

MEDIDAS DE PROTECCIÓN DICTADAS DE OFICIO EN CONTEXTO DE VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROTECTION MEASURES GIVEN EX OFFICIALLY IN THE CONTEXT OF FAMILY AND GENDER VIOLENCE IN THE AREA OF THE BUENOS AIRES PROVINCE

Por Alejandro Adrián Rojas¹

Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina

Resumen: En el presente artículo trataremos algunas cuestiones relativas a la implementación de la Resolución nro. 4099 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda adoptar de oficio medidas protectoras o preventivas urgentes sin contar con un acto de instancia del Ministerio Público, la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva y de establecer un plazo de duración de las mismas, conforme a las bases de nuestro sistema actual de enjuiciamiento.

Palabras clave: resolución nro. 4099, acuerdo nro. 3964, ley 15.232 de víctimas de la provincia de Buenos Aires

Abstract: In this article we will discuss some issues related to the implementation of Resolution num. 4099 of the Supreme Court of Justice of the Province of Buenos Aires and the possibility that the jurisdictional body can adopt urgent protective or preventive measures ex officio without counting with an act of the Public Ministry, the need to guarantee effective judicial protection and to establish a duration period for them, in accordance with the bases of our current prosecution system.

Keywords: resolution num. 4099, Agreement num. 3964, Law 15.232 on victims of the Buenos Aires province

¹ Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Lomas de Zamora. Especialista en Derecho Penal (UNLZ). Profesor adjunto de Derecho Procesal Penal y Correccional de la cátedra a cargo del Dr. Javier Agustín Mariani (UNLZ). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7689-4290>. Correo Electrónico: aleadrianrojas@hotmail.com

I - INTRODUCCIÓN

Mediante la Resolución nro. 4099, promulgada el 15 de marzo de 2023 y publicada el 20 de marzo de 2023, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dispuso modificar el Acuerdo nro. 3964 referido a las "Reglas de actuación y articulación para la adopción de medidas urgentes en causas que abordan situaciones de violencia en el ámbito familiar y/o violencias de género en su modalidad doméstica". Esta reforma, tuvo en consideración las normas y herramientas vinculadas a la temática dictadas con posterioridad a la puesta en vigencia del Acuerdo nro. 3964, tal como la Ley 15.232 de víctimas de la provincia de Buenos Aires y el formulario único para la toma de denuncias de hechos de violencia familiar o violencia de género en el ámbito familiar.

II - OPORTUNIDAD Y EFICACIA

En lo que nos interesa, el apartado IV del Acuerdo nro. 4099, señala que en el marco de una investigación penal preparatoria y ante la posible comisión de delitos dados en contexto de violencia familiar o de género en el ámbito doméstico, el Juzgado de Garantías o de Garantías del Joven, "anoticiado del riesgo y sin que para ello sea necesario que se expida el fiscal, deberá evaluar la pertinencia de conceder o denegar medidas preventivas o protectorias". Seguidamente, dispone que si hubiera prevención de un juzgado de paz o de familia, deberá dársele inmediata intervención, o de no haberla, consultarse a la víctima si habrá de optar por ventilar la conflictiva por ante esos fueros.

Resulta claro, que este dispositivo propone asegurar la adopción de medidas que no sólo sean adecuadas a la gravedad de una problemática de violencia instalada históricamente en la vida personal de gran parte de nuestra sociedad, sino más bien oportunas, por cuanto que a tenor de su trascendencia exigen una inmediata respuesta de las autoridades. Tal así, que el propio texto de la acordada especifica que la interposición de una denuncia frente a un órgano incompetente no exime a este del dictado de medidas urgentes, priorizando de ese modo una rápida actuación frente al caso denunciado.

Lo actuado responde a la obligación de crear un adecuado marco normativo de protección como alguna de las medidas de orden integral que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)², se han comprometido a adoptar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha relevado la gravedad del tema a través de distintos precedentes, señalando tiempo atrás que:

²Ley 24.632.

Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belem do Pará.³

III - TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Como anticipara, con anterioridad al Acuerdo nro. 4099, mediante la Resolución nro. 2209/21, nuestra Corte aprobó un formulario único estandarizado para ser utilizado en la recepción de denuncias por hechos de violencia sucedidos en el ámbito familiar, sea que "constituyan o no delitos", de lo que puede deducirse la necesidad de asegurar una rápida y eficaz atención de este tipo de casos, más allá de a quien le corresponda finalmente intervenir o dirimir la cuestión.

En esa oportunidad, se dijo que el mandato constitucional de garantizar la tutela judicial efectiva comprendía el acceso a la jurisdicción⁴, y la gravedad de la problemática de las violencias por razones de género y las sucedidas en el ámbito familiar, imponía la necesidad de actualizar la conjunta y sincronizada actuación de los múltiples organismos públicos y actores de la sociedad civil en pos de prevenirla, sancionarla y erradicarla, por lo que era necesario adoptar medidas para garantizar la prestación del servicio de justicia con la urgencia que este tipo de pretensiones requería y atendiendo las particularidades derivadas de la condición de vulnerabilidad de las víctimas de violencia.

En este formulario, el funcionario policial debe completar los datos de los protagonistas, efectuar una predicción del riesgo de violencia y relatar los hechos, entre otros puntos. Para el fuero penal y de responsabilidad penal juvenil, calificarlos provisoriamente – lo que luego deberá ser determinado judicialmente –, referir si se trata de un delito de acción pública – en caso contrario colocar si se insta la acción – y proporcionar precisiones acerca de la situación vivenciada y el perfil del agresor.

Por su parte, la Ley de víctimas⁵, vino a integrar y complementar una serie de derechos

³ Corte IDH. Caso "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 258.

⁴ Arts. 18 y 24 de la DADDH; arts. 8 y 10 de la DUDH; arts. 2 y 5 de la Convención de Belem do Pará; art. 12 de la CDN y art. 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

⁵ Ley provincial 15.232.

y garantías que no contaban con una regulación específica, poniendo el acento no sólo en lo que hace a la intervención y representación de quienes concurren al proceso con aquel carácter, sino también en la forma en que deben ser oídas y participadas de las decisiones judiciales.

En ese sentido, propone como objetivos reconocer y garantizar los derechos de las víctimas de delitos, entre los que se encuentra el derecho a "protección" y "acceso a la justicia" (art. 2), mencionando expresamente el derecho de "requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los/las testigos" (art. 7, a) IV) y solicitar "medidas de coerción o cautelares para impedir que el delito continúe en ejecución de manera rápida" (art. 7, b) IX).

IV - IMPLEMENTACIÓN Y ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL SISTEMA ACUSATORIO

Sentado ello, es dable hacer una breve reflexión acerca de la coexistencia de tales prerrogativas con nuestro sistema de enjuiciamiento, cuya vigencia se impone como garantía de una respuesta coercitiva estatal respetuosa de los derechos de quien resulta indicado autor de hechos de violencia familiar o de género, puesto que tales medidas protectorias o precautorias pueden disponerse en forma inmediata en los albores del proceso con la sola denuncia de quien se presenta como víctima o testigo de ese tipo de acontecimientos.

Es sabido que nuestro sistema adversarial, propone un proceso llevado adelante entre partes que se encuentran en pie de igualdad, y que ponen a consideración del juez aquello que estiman pertinente a sus intereses, el que en su rol de tercero imparcial, ha de atender precisa y únicamente lo que es sometido a su conocimiento, guardando para el Ministerio Público Fiscal el carácter requirente de su actuación, al tener en sus manos el ejercicio de la acción penal.

Así, debe entenderse por acción penal al medio, facultad o potestad de abrir y proseguir el desenvolvimiento procedimental, con efectos proyectivos hacia el accionado y vinculando la respectiva actividad jurisdiccional, por lo que entonces su participación funciona como un límite de la jurisdicción, corolario de nuestro régimen acusatorio, debiendo la decisión ser congruente con lo que se pide.

Si bien las bases del acusatorio no pueden superponerse al ordenamiento supranacional, tampoco debe desmerecerse la preminencia de otros derechos con igual jerarquía, por lo que es necesario sentar bases comunes para la buena marcha del proceso dentro de un esquema que respete, entre otros, los principios de igualdad ante la ley y seguridad jurídica, sin que ello reste mérito a la necesaria e inmediata respuesta jurisdiccional que demanda este tipo de violencias.

Corolario de ello, es que no puede prescindirse de la importancia del rol que asume el Ministerio Público Fiscal dentro del proceso, y de esa forma, se impone la necesidad de que, adoptada la medida en urgencia por la judicatura, deba tomar inmediato contacto con las actuaciones para que dilucide, concienzudamente, si el hecho puesto en conocimiento de la autoridad contiene cierta apariencia de ilicitud inicial con proyección hacia un eventual ejercicio de la acción penal, es decir, si puede superar ese primer análisis para instalarse como una hipótesis delictiva a confirmar con la adopción de medidas probatorias dirigidas a su comprobación.

En este sentido, nuestra Corte provincial ha dicho, citando a la doctrina, que este tipo de medidas “por estar referidas a la salvaguarda de la integridad psicofísica, no requieren una prueba acabada, por lo que basta que surjan *prima facie* la verosimilitud del derecho y la urgencia de la medida”⁶.

En resumidas cuentas, entiendo que anoticiado del riesgo y cuando no exista prevención, el juez debe ordenar las medidas urgentes de protección o precaución que estime necesarias para resguardar los derechos de quien se presenta como sujeto pasivo de un conflicto vinculado a la temática de violencia familiar o de género, pero ha de ser en definitiva el representante del Ministerio Público Fiscal quien deberá dirimir, no sólo, como se dijo, si nos encontramos ante un supuesto delictivo, sino también si la medida aparece adecuada al hecho, es decir si satisface los recaudos necesarios para su implementación, pues como es sabido, toda medida cautelar además de asegurativa y proporcional, requiere un estándar de convicción asimilable a la sospecha como grado de conocimiento probatorio.

Recientemente, la Corte provincial, con un criterio similar en una contienda que tuvo origen en una cuestión de competencia, dejó asentado que

en el fuero penal, el Ministerio Público Fiscal analizará si existen elementos para impulsar la acción penal... respecto de los hechos calificados *prima facie* como daño y amenazas (IPP 7445-23); por su parte, el Juzgado de Paz, será el encargado de profundizar la intervención en los términos de la Ley 12.569 para el abordaje de la situación de violencia en sí misma.⁷

V - PLAZO

Otro punto a considerar, es el plazo por el que este tipo de medidas puede disponerse, atendiendo a que si el proceso penal es un ordenamiento secuencial que se estructura

⁶SCBA. “O., N. N. Protección contra la violencia familiar (Ley 12.569)” causa 99.204, sentencia del 20 de septiembre de 2006.

⁷SCBA. “Cuestión de competencia entre el Juzgado de Garantías nro. 2 del Departamento Judicial de Necochea y el Juzgado de Paz de Lobería en causa 7484/2023, ‘Mariotti, Adriana Elizabet c/ Bovati, Lucio s/ Ac. 40990’” causa P. 140.078-CC., sentencia del 14 de diciembre de 2023.

sobre grados de conocimiento, la verosimilitud que abastece el inicio de la instrucción –cuadro en el que su procedencia de oficio encuentra soporte en la urgencia– no puede ser ajena a una continua y permanente evaluación dada la posibilidad de graduar su intensidad o incluso, la de disponerse su reemplazo por una medida más laxa o de mayor gravedad.

Es por ello, que encuentro aconsejable la vista inmediata al representante de la acusación para que, evaluado el caso con debida motivación (art. 106 del CPP), se pronuncie acerca de la limitación de los derechos impuesta al demandado sin excitación de parte, oportunidad en la que no podrá dejar de considerar los derechos de aquellos que forman parte del entorno familiar y social del denunciado, los que en muchas ocasiones, indirectamente, se ven afectados por la decisión judicial.

El art. 8 bis de la Ley provincial 12.569 señala que “la Jueza o Juez tendrá amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para ... proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia”, especificando en su art. 12 que se “deberá establecer el término de duración de la medida conforme a los antecedentes que obren en el expediente, pudiendo disponer su prórroga cuando perduren situaciones de riesgo que así lo justifiquen”. Por su parte, a nivel nacional el art. 27 de la Ley 26.485 indica que “El/la juez/a podrá dictar más de una medida a la vez, determinando la duración de las mismas de acuerdo a las circunstancias del caso, y debiendo establecer un plazo máximo de duración de las mismas, por auto fundado”.

VI - DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA DEPENDIENTES DE INSTANCIA PRIVADA

En lo que hace al ejercicio de la acción penal en delitos de acción pública dependientes de instancia privada, es bueno reparar en lo resuelto por la casación local en los autos “Moirón Sergio Enrique s/ Recurso de casación interpuesto por el fiscal” puesto que en este precedente se propone analizar, como punto de partida, si las conductas abarcadas por el art. 1º de la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, podrían considerarse de interés público y habilitar la actuación de oficio –aspecto que tiene estricta relación con el tema abordado– al encontrarse en juego el interés del Estado en respetar y hacer valer los compromisos internacionales asumidos en la materia. En esa oportunidad, el Tribunal decidió revocar la decisión impugnada y ordenó reenviar las actuaciones a la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal que había hecho lugar a la falta de acción, declarado la nulidad y el sobreseimiento del imputado, para que, “sin rigorismo formal”, abordara nuevamente la cuestión.⁸

⁸ Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. “Moirón Sergio Enrique s/ Recurso de casación interpuesto por el fiscal”, causa nro. 114673, sentencia del 5 de abril de 2022.

En otro precedente similar, pero por mayoría, se consideró encontrarse en juego intereses de orden público que impedirían erigir la exigencia del art. 72 inc. 1°. del Código Penal como un valladar para la persecución y eventual sanción de los actos de violencia que el Estado Argentino se comprometió a erradicar⁹.

VII - "GUÍA DE PRÁCTICAS ACONSEJABLES PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO"

Por último, es notable destacar que en el mes de marzo de este año, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, propuso una serie de pautas a las que denominó "Guía de Prácticas Aconsejables para Juzgar con Perspectivas de Género" (aprobada por la Resolución SC nro. 189/24) en las que se hace alusión a que las medidas de protección "pueden tomarse de oficio o a petición de parte", aclarando que no deben considerarse una afectación al principio acusatorio ni a la garantía de imparcialidad al no producir prueba ni integrar el objeto del proceso penal, puesto que sólo constituyen una "medida de protección, frente a una situación de riesgo que no admite demora, en cumplimiento de mandatos convencionales, constitucionales y legales" (apartado VII, p.15).

La misma, se encarga de citar algunos ejemplos de este tipo de medidas, señalando como tales "el cese de los actos, restitución de efectos personales, prohibición de compra /tenencia de armas y/o secuestro de las mismas, prohibición de acercamiento, medidas de seguridad en el domicilio de la víctima, asistencia médica o psicológica, entre otras".

Por su parte, resalta la importancia de que las medidas sean dictadas en tiempo oportuno y que sean efectivas para prevenir o proteger a la víctima de actos futuros, lo que exige el análisis del caso y su seguimiento para dar seguridad y tranquilidad a las víctimas de su correcta aplicación y cumplimiento y para ajustar las medidas existentes¹⁰.

No obstante, si bien tales medidas no constituyen producción de prueba ni pueden –eventualmente– integrar el objeto del proceso, considero que ello no puede habilitar la adopción de medidas irreflexivas o automáticas, para lo cual es necesario favorecer el correcto contralor de las partes que asisten al proceso en función a sus intereses, sin perjuicio del deber de objetividad con el que se le impone actuar al titular de la acción pública. He de enfatizar nuevamente que si bien nuestro país adscribe a los imperativos de orden supranacional relativos a la protección de derechos humanos, que encomiendan un deber de diligencia reforzada para prevenir, garantizar y adoptar todas las medidas necesarias –en forma inmediata– para reparar o subsanar, así como también sancionar, la vulneración de derechos relacionados a esta materia, entre otros, ello no puede

⁹ Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. "R.R.A. s/ Recurso de casación", causa nro. 110078, sentencia del 25 de agosto de 2022.

¹⁰ Arts. 26 y 27 de la Ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer, arts. 7, 7 bis y 7 ter de la Ley provincial 12.569; art. 83 inc. 8 CPP.

divorciarse de nuestro sistema de enjuiciamiento como estandarte del principio de igualdad de armas y herramienta de prevención de avasallamiento de los derechos fundamentales de las personas frente el aparato estatal, dado el poder de coerción que tales medidas importan para quienes permanecen inmersos en tales círculos de violencia¹¹.

VIII - CONCLUSIONES

De esta forma, doy por seguro la necesidad de una intervención oficiosa de la jurisdicción para atender con prontitud la afectación de este tipo de derechos, pues ello habilita una rápida actuación administrativa, no sólo necesaria para poner freno a la vulneración de derechos que se reclama y evitar la propagación de otras consecuencias dañosas que subyacen al delito, sino también para que pueda trabajarse sobre una incidencia actual o inminente que por la gravedad de su transgresión no admite demoras.

Entiendo así, que las medidas a las que nos hemos referido deben necesariamente encontrar resguardo en la situación de urgencia en la que se ven inmersos estos tipos acontecimientos, pues será ese estado de alarma y conflictividad el que habilita y obliga a proceder de tal forma, cabiendo por ende sustanciar la cuestión y dar la posibilidad a que un representante del Ministerio Público Fiscal se expida, fundadamente, acerca de su mantenimiento, modificación o todo cuanto estime pertinente respecto al caso que le quepa intervenir y a la luz del grado de conocimiento probatorio propio de la etapa procesal que se transita, en tanto que en aquellos supuestos de hecho que estimare no contar con una hipótesis delictual a confirmar, será un juzgado de familia o de paz el órgano que deberá tomar intervención conforme a las competencias de cada fuero.

REFERENCIAS

- BASILICO, R. Y TORRES, S. G. (2022). *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires* 2t. (1º ed.). Hammurabi.
- LARRAURI, E. (2018). *Criminología crítica y violencia de género*. Editorial Trotta.
- POGGI, F. (2019). Sobre el Concepto de Violencia de Género. *Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho*, (42), 285-307. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA.2019.42.12>
- OREJUELA RUIZ, A. (2012). El Concepto de violencia de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 23 (1), 89-114. <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/5290>

¹¹ Conforme el Ministerio Público Fiscal de la Nación la violencia en las relaciones de pareja posee una modalidad cíclica. Una etapa de acumulación de tensión (enojos, burlas, ridiculizaciones y humillaciones), otra que comprende a los episodios agudos o de golpes (violencia física, sexual y psicológica) y, finalmente, la etapa de arrepentimiento o luna de miel (cesa la violencia durante un lapso, promesas de cambio, victimización y arrepentimiento). <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2022/09/Circulo-de-la-violencia-A4-doble-faz.pdf>.



**FEMICIDIO: LA IMPORTANCIA DE SU TIPIFICACIÓN
EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO**

Daniela Elizabeth Bersi

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 10/03/2024

Aprobado: 22/03/2024

FEMICIDIO: LA IMPORTANCIA DE SU TIPIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

FEMICIDE: THE IMPORTANCE OF ITS CATEGORIZATION IN ARGENTINIAN CRIMINAL LAW

Por Daniela Elizabeth Bersi¹

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Resumen: El presente trabajo aborda con perspectiva de género la incorporación de la figura del femicidio en el Código Penal Argentino, a partir de historizar el concepto, teniendo en cuenta los estándares internacionales de la debida diligencia reforzada para la investigación de estos casos. Se realiza un análisis de la importancia y consecuencias a nivel provincial de la adhesión al Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (Protocolo UFEM), y las medidas adoptadas por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

Reconocer la importancia de analizar los casos de manera compleja atendiendo a las relaciones de poder históricamente generizadas, es fundamental para que accedan a la justicia, cada vez más, las mujeres y las familias de víctimas de femicidios.

Palabras clave: perspectiva de género, violencia contra la mujer, feminicidio, Código Penal Argentino

Abstract: This article addresses with gender perspective the incorporation of the figure of femicide in the Argentinian Penal Code. After a brief historization of the concept, we describe the international standards of enhanced due diligence for the investigation of these cases. We analyse the importance and the consequences at the Provincial level of adhering to the Protocol for the investigation and litigation of cases of violent deaths of women (UFEM Protocol) and the measures adopted by the Supreme Court of the Province of Buenos Aires and the Public Ministry of the Province of Buenos Aires, as well as by the Public Prosecutor's Office of Cassation.

¹Fiscal Adjunta ante el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires. Abogada y Especialista en Comunicación y Género (UNLP). Directora del Instituto de Acceso a la Justicia y Asistencia a las Víctimas del Colegio de la Magistratura y Función Judicial de La Plata. Docente e investigadora de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social (UNLP) y (UNA). Integrante del Laboratorio de Comunicación y Género (FPyCS-UNLP). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-5623-1229>. Correo electrónico: danielabersi@gmail.com

Recognizing the importance of analyzing cases in a complex manner in the light of historically generated power relations is essential for women and the families of victims of femicides to have access to justice.

Keywords: gender perspective, violence against women, feminicide, Argentinian Penal Code

I - EL DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El derecho es una práctica que se construye a diario y debe ser revisada a la luz de los avances en materia de género. Marcela Lagarde planteó en "Identidad de género y derechos humanos" que:

La desigualdad entre mujeres y hombres, y la opresión de género se han apoyado en mitos e ideologías dogmáticas que afirman que la diversidad entre mujeres y hombres encierra en sí misma la desigualdad, y que esta última, es natural, ahistórica, y, en consecuencia, irremediable. (1996, p. 67)

Siguiendo esta línea argumental, desde la redacción de los Derechos Humanos a la creación de leyes, todo el sistema estatal está pensado por y para hombres. La norteamericana Catharine MacKinnon elaboró un análisis social que va en el mismo sentido, aunque se centra en aportar a la construcción de una teoría del Estado feminista a partir del análisis conceptual y teórico de otras teorías existentes.

En *Hacia una teoría feminista del Estado*, la autora sostiene:

El feminismo no ha revisado, en sus propios términos, la relación entre Estado y la sociedad dentro de una teoría de la determinación social específica del sexo. El resultado es que carece de jurisprudencia, es decir, de una teoría de la sustancia de la ley, de su relación con la sociedad y de la relación entre ambas. Tal teoría abarcaría cómo funciona la ley en tanto que forma del poder estatal en un contexto social en el que el poder es genérico. Respondería a estas preguntas: ¿Qué es el poder estatal?; socialmente ¿de dónde se deriva?; ¿cómo se enfrentan a él las mujeres?; ¿qué es la ley para las mujeres?; ¿cómo trabaja la ley para legitimar el Estado, el poder masculino y a sí misma? (1995, p. 283)

En la misma dirección, la mirada tradicional del derecho penal está signada por la negación de los derechos de las mujeres. Como se define en "Género, derecho y comunicación. Aportes para pensar un dossier de género para operadorxs judiciales"

El derecho es parte constitutiva del Estado con H, si el Estado no fuera macho en términos de MacKinnon, no serían necesarias leyes que garanticen la protección integral de las mu-

jeros y que breguen por sus derechos. El Estado con H que describe MacKinnon, se cons-true sobre la negación de la desigualdad original. (Bersi, 2019, p. 5)

Es valioso reconocer que en las últimas décadas las mujeres han conquistado grandes avances para alcanzar la equidad. Sin embargo, aún se registra a nivel internacional una desigualdad profunda, que se caracteriza por la feminización de la pobreza y los índices de violencia por razones de género en aumento. Esto habla de las contradicciones y las disputas que se dan hacia adentro del Estado. Sin embargo, el fin de la desigualdad requiere de una reorganización genérica de la sociedad en su conjunto.

Dentro del campo del derecho, hay una excesiva burocratización de los procedimientos legales y dificultades para investigar las complejas y crueles modalidades de violencia contra las mujeres. Por este motivo, en muchos casos, las mujeres vulneradas deciden no denunciar este tipo de hechos. En consecuencia, difícilmente el ámbito penal pueda proteger a estas mujeres como se espera, y ello se debe

a la incomprensión de la magnitud de estos hechos como consecuencia de los patrones culturales patriarcales y misóginos prevalecientes en la sociedad, la naturalización y minimización de la violencia, la asignación de la responsabilidad a la víctima y la imposibilidad de comprender y valorar los contextos de violencia de género. (Bersi, 2019, p. 6)

Esta falta de respuesta evidencia que en muchos casos los mismos problemas que se presentan para formalizar la denuncia, también hacen difícil sostener una causa en el tiempo, o atravesar el proceso penal sin ser pasible de una victimización secundaria (o revictimización). A esta situación se le suma el hecho de que cuando el Estado no responde en tiempo y forma a los compromisos internacionales asumidos en la materia, la violencia de género se convierte en violencia institucional.

Es así que, en este tipo de procesos es obligatoria la materialización de la perspectiva de género como criterio de interpretación de la normativa aplicable, de los hechos y de las pruebas del caso, y así situar en una comprensión global de lo acontecido, a cada hecho en particular.

El acceso a la justicia con perspectiva de género es el requisito esencial para el cumplimiento de los deberes asumidos por el Estado argentino.

II - FEMICIDIO: LA IMPORTANCIA DE CONCEPTUALIZAR LA VIOLENCIA

La definición de femicidio fue desarrollada desde un marco teórico-político para conceptualizar y visibilizar un fenómeno con manifestaciones y características particulares: las muertes violentas de mujeres por razones de género.

La expresión femicidio fue acuñada por Diana Russell en la década de 1970. A lo largo

de su obra investigó las características de crímenes por razones de género. En 1976 testificó en el Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres, sobre numerosos ejemplos de formas letales de violencia masculina contra mujeres y niñas de diferentes culturas de todo el mundo, utilizando esta definición. Surge como alternativa al término de uso aparentemente neutro de homicidio, con el fin político de reconocer y visibilizar la discriminación, la opresión, la desigualdad y la violencia sistemática contra las mujeres que, en su forma más extrema, culmina en la muerte. De acuerdo con la definición que acuñó Diana Russell, el femicidio se aplica a todas las formas de asesinato sexista. En sus palabras es: "el asesinato de mujeres a manos de hombres debido a que son mujeres" (2006). Bejarano Celaya valora los aportes de Russell para analizar esta problemática social:

Esta aportación trascendió el aspecto teórico y logró constituirse como una acción afirmativa a favor del colectivo femenino, ya que al nombrar así estos asesinatos es más fácil reconocerlos y ubicarlos en el terreno de la política sexual, y rechazar la idea popular de que se trata de un asunto privado o de cuestiones patológicas excepcionales, o de ambas cosas al mismo tiempo. (2014)

En desarrollo del concepto anterior, la investigadora mexicana Marcela Lagarde propuso el término feminicidio como el acto de matar a una mujer sólo por el hecho de su identidad de género; pero confirió a ese concepto un significado político, con el propósito de denunciar la falta de respuesta del Estado en esos casos y el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de garantía, incluso el deber de investigar y de sancionar.

Lagarde considera que el feminicidio es un crimen de Estado. Se trata de "una fractura del Estado de derecho que favorece la impunidad" (2006). Como define el protocolo UFEM abarca el "conjunto de hechos que caracterizan los crímenes y las desapariciones de niñas y mujeres en casos en que la respuesta de las autoridades sea la omisión, la inercia, el silencio o la inactividad para prevenir y erradicar esos delitos" (2018, p. 19).

En el contexto internacional de los derechos humanos, en el marco de la Convención de Belem do Pará², a través de su Mecanismo de Seguimiento (MESECVI), que funciona en el ámbito de la OEA, se adoptó en el año 2008 la siguiente definición para el término femicidio:

La muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión. (Convención de Belem do Pará, 1994)

²Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Ley nro. 24.632. Aprobada, el 13 de marzo de 1996, B.O., 9 de abril de 1996 (Argentina).

El Protocolo UFEM (2018) reconoce que, a pesar de los notables avances de los últimos años, ciertas condiciones persisten y redundan en la impunidad e invisibilización de casos de femicidios. Las principales razones enumeradas son: 1. El corpus de pruebas resulta incompleto; 2. las investigaciones quedan inconclusas o en instancias parciales debido a la fuga o suicidio del acusado, o incluso, por imposibilidad de resolución del caso; 3. errores en la valoración jurídica; 4. la incidencia de los estereotipos de género en contra de las mujeres o de lo femenino. Estos factores, en algunas ocasiones, dan como resultado la falta de interpretación por parte de los equipos operadores de justicia acerca de las características de la violencia de género, sus causales, su gravedad, las modalidades específicas en las que se manifiesta y sus consecuencias.

III - EL FEMICIDIO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y SU CORRELATO CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El Estado argentino ha asumido la posición de garante de los derechos de las mujeres, históricamente ubicadas en una situación de vulnerabilidad sociocultural y económica. Esta garantía de protección y prevención se ha materializado con la adhesión a Tratados internacionales de derechos humanos a los que se les ha dado jerarquía constitucional, a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Allí sólo se incluye la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³ (CEDAW, por sus siglas en inglés). Como Tratado internacional, pero sin jerarquía constitucional se incorporó la Convención de Belem do Pará, y la sanción de determinadas leyes que resultan de vital importancia para el desarrollo de una sociedad democrática como la nuestra.

Mediante la sanción de la Ley 26.791 en 2012 se modificó el art. 80 del CP⁴, incluyendo las relaciones de pareja, los delitos de odio y el femicidio como figuras típicas, desde una dogmática amplia de la perspectiva de género. Así, se creó un marco legal reconociendo como figuras agravadas del homicidio, situaciones que anteriormente caían en la tipificación del homicidio simple.

En el año 2016 la ONU estableció como prioridad inmediata la prevención del femicidio y la utilización de datos sobre la violencia contra la mujer como instrumento a tal fin. A su vez, instó a todos los Estados a que ejercieran la debida diligencia para prevenir e investigar los actos de violencia contra la mujer y poner fin a la impunidad, subrayando el papel fundamental del sistema de justicia penal en la prevención y la respuesta ante el asesinato de mujeres y niñas por razones de género. En esta línea, el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires ha aprobado mediante Resolución PG 476/18⁵ el uso del "Proto-

³ Ley 23.179. Aprobada el 8 de mayo de 1985, B.O., 3 de junio de 1985.

⁴ Ley 26.791. Decreto 2396/2012, que tipifica el homicidio agravado de mujeres.

⁵ Resolución 476/2018, del 3 de julio de 2018.

colo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (Femicidios)", adoptado por la Procuración General de la Nación mediante Resolución PGN 31/18⁶, en el marco de y con ajuste a la normativa que al respecto rige en la Provincia.

Se trata de la realización de una adaptación a la realidad y al contexto jurídico argentino del "Modelo de Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género" (femicidio/feminicidio) (en adelante, Protocolo ONU), elaborado por la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y ONU Mujeres.

Según el Protocolo de la UFEM,

es obligatoria la aplicación del protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (se considera muerte violenta aquella producida por causas no naturales), cuando deban investigarse casos de:

- homicidio,
- suicidio,
- accidente,
- muerte sospechosa de criminalidad (o muerte dudosa), definida como "aquella respecto de la que se desconoce la causa de la muerte y, por tanto, no se puede descartar que haya sido criminal".
- De una o varias mujeres: el término mujer está referido a todas las personas de género femenino, en los términos de ley 26.743 de identidad de género, considerando a las personas de identidad y/o expresión de género femeninas, independientemente del sexo asignado al nacer y de sus registros identificatorios. Esto incluye a mujeres trans, travestis, transexuales y transgénero.
- Desde el inicio de la investigación: con el fin de asegurar la recolección de las pruebas y orientar adecuadamente la investigación y los pasos procesales, se presumirá la existencia de un femicidio desde la noticia criminal.

Sus lineamientos también pueden servir para identificar y probar el contexto de violencia de género en casos de:

- tentativa de femicidio,
- femicidio vinculado de varones,
- homicidio motivado por razones de género, aunque la víctima no sea mujer (personas con orientación sexual, identidad de género o expresión de género diversas). (2018, pp.7-8)

En términos del derecho, la violencia de género puede definirse como la violencia basada en una relación desigual de poder. Constituye una manifestación de la desigualdad estructural e histórica que existe entre varones y mujeres, presente en la sociedad patriarcal (que se expresa en la relación de dominación de unos sobre otras) porque son las mujeres las que resultan blanco de esta clase de violencia en función de los roles subordinados que se les asignan.

⁶Resolución 31/2018, del 28 de marzo de 2018.

El protocolo UFEM establece que la violencia de género es un elemento objetivo del tipo. Se trata de una figura en la que se considera "que la agresión se haya producido en un contexto de dominación o que, mediante ella, se haya podido desplegar un control general coercitivo" (2018, p. 21), sin exigencia de establecer una motivación especial, ni otros elementos subjetivos distintos del dolo. En el análisis del caso, no se considera el conocimiento o no que el sujeto activo pudiera tener al respecto de que con su acción se refuerza la desigualdad estructural e histórica entre varones y mujeres.

La violencia de género puede exteriorizarse a través de distintos factores, entre los que se puede citar a modo de ejemplo:

- la modalidad de comisión del hecho,
- la violencia previa,
- la especial saña o violencia desplegada como medio de comisión –*overkill*–,
- la forma de selección y abordaje de la víctima,
- la conexión con un ataque sexual,
- la reacción defensiva de la víctima que escapa a la intención de dominación del autor,
- el aprovechamiento de estado de indefensión, la inferioridad física, etc. (UFEM, 2018, p. 21)

El inciso 4 del art. 80 del Código Penal se refiere a los llamados crímenes de odio, la figura describe como conducta ilícita al que matare por odio de género, o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. Estas causales fueron incluidas en la reforma de la Ley 26.791 como categorías protegidas frente a la discriminación.

Esta clase de homicidio agravado exige una calidad especial del sujeto pasivo, puesto que la protección se dirige a colectivos especialmente atacados por alguna de las siguientes razones:

1. El género –por oposición al sexo, que es un dato biológico– es una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la CEDAW ha establecido que el término género se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el varón y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.
2. La orientación sexual es la capacidad de cada persona de sentir una atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La orientación sexual de una persona es independiente de su sexo biológico y de su identidad de género.
3. La identidad de género está expresamente definida en la Ley 26.743, como la "vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de los medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales" (art. 2).

4. La expresión de género, que se refiere a la manifestación externa del género de una persona. Asimismo, se ha afirmado que la expresión de género es visible y puede ser una fuente de identificación, especialmente cuando a través de características como la vestimenta, los manierismos y las modificaciones corporales, se subvierten expectativas tradicionales de expresión de género. (UFEM, 2018, p. 23).

El crimen por prejuicio puede, además, ser una expresión de la misoginia, que es el odio o rechazo a las mujeres, una ideología que consiste en despreciarlas a ellas y a todo lo considerado como femenino, cualquiera sea su orientación sexual, identidad u expresión de género.

El Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios), ofrece pautas sencillas y ágiles para investigar y litigar de manera eficiente y con perspectiva de género.

Estas prácticas aseguran una actuación acorde con los estándares internacionales conforme lo estipula la Convención de Belem do Pará y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷.

El objetivo es facilitar la identificación de signos e indicios de violencia de género asociados a los contextos femicidas en las distintas fases de la investigación y promover la actuación coordinada de todos los operadores que intervienen en casos de muertes violentas de mujeres, garantizando el respeto de los derechos de las víctimas y su participación en el proceso penal. Este protocolo tiene la particularidad de que caracteriza también los femicidios cometidos en contextos de criminalidad organizada y el travesticidio/transfemicidio con referencia a las características específicas que requieren ser evidenciadas en cada uno de ellos. La hipótesis de un femicidio debe ser considerada desde el comienzo de toda investigación originada en la muerte violenta de una mujer, incluso en suicidios y accidentes.

Los femicidios se relacionan a menudo con la violencia ejercida en el marco de una relación de pareja o expareja. No obstante, sus manifestaciones son múltiples, muchas de ellas todavía invisibilizadas. Suceden tanto en el ámbito privado como en el público, en el marco de los diferentes tipos de relaciones interpersonales o en el ámbito comunitario. Pueden ser perpetrados tanto por particulares, como ejecutados o tolerados por agentes del Estado.

También están asociados con otros fenómenos violentos – lo que los vuelve aún más invisibles, como la delincuencia organizada, ligada a tráfico de armas, drogas o personas – u otros contextos, como la ruta de las migraciones o los conflictos armados. El odio y los prejuicios por razones de orientación sexual e identidad de género también motivan la comisión de crímenes de género.

⁷Corte IDH. Caso "González y otras (Campo Algodonero vs. México)". (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C, nro. 205. La Corte sentó las bases del deber de prevención en casos de violencia de género. En su resolución aplicó el concepto de "riesgo real e inmediato" y se destaca la importancia del contexto y de una rápida actuación eficiente por parte de Estado.

IV - MEDIDAS DE PREVENCIÓN ADOPTADAS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En conjunto con el abordaje penal en casos de femicidios es importante destacar las medidas reglamentadas para su prevención en casos de violencia por razones de género. En ese sentido, es oportuno destacar la suscripción de la Resolución PG nro. 4/20⁸, por la cual, a través del art. 1º, se aprueba el "Protocolo de seguimiento de casos de violencia de género". Dicho protocolo constituye una herramienta encaminada a consolidar un espacio de contención, abordaje y orientación a toda persona que sufra violencia a causa de su identidad de género en el marco del Acuerdo nro. 3949 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Por otra parte, mediante Resolución SCBA nro. 2209/21⁹ dictada en coordinación con la Procuración General, con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia de las víctimas y agilizar la adopción de las medidas más urgentes, se aprobó el "Formulario único estandarizado para la toma de denuncias por hechos de violencia por razones de género e intrafamiliar". El mismo incorpora una escala de predicción de riesgo de violencia grave y una matriz de riesgo, cuyo resultado de carácter orientativo, junto al análisis de las manifestaciones de la víctima y los antecedentes del caso, coadyuvará a la adopción de medidas de protección, cautelares y de investigación urgentes.

En tanto que, desde el Ministerio Público, para avanzar hacia la elaboración de políticas cada vez más efectivas en la prevención y acompañamiento es importante mencionar la creación del Registro Penal de delitos vinculados o atravesados por la Violencia Familiar y de Género –REVIFAG– que tiene el objetivo de aportar datos estadísticos. Este Registro responde a las necesidades impuestas por la normativa nacional y provincial, incorporándose en el Sistema Informático del Ministerio Público (SIMP) como un nuevo módulo para individualizar las causas vinculadas a delitos en el ámbito familiar y de género.

Esto brinda al operador una herramienta ágil de trabajo para gestionar, facilitar la labor administrativa, su seguimiento y registración en forma digital. Asimismo, permite constatar antecedentes de la situación de violencia abordada, así como también acceder a datos útiles respecto de víctimas y agresores, que coadyuven a la búsqueda de soluciones efectivas a la conflictiva que se aborda.

A partir del trabajo del registro se realiza desde 2015 el "Informe de Femicidios y Procesos Penales de Violencia Familiar y de Género"; que es elaborado por la Procuración General y se publica anualmente en el marco del Día Internacional de los Derechos de la Mujer. Este informe comprende todas las causas iniciadas por delitos ocurridos en un contexto de violencia familiar y/o de género, consignados en el Registro Penal de Violencia Familiar y de Género, y todas las investigaciones iniciadas por hechos considerados como femicidios. Dicha información se ha ido consolidando y profundizando a lo largo

⁸Resolución PG 4/20, del 3 de enero de 2020.

⁹Resolución SCBA nro. 2209/21, del 20 de diciembre 2021.

del tiempo y ha permitido mejorar la calidad y cantidad de los datos obtenidos y el análisis realizado. El propósito principal es acercar a la sociedad la problemática de la violencia familiar y de género en el ámbito penal, a través de datos cuantitativos que posibiliten la formulación de políticas públicas, respondiendo a la obligación impuesta al Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires por la Ley nro. 12.569¹⁰ y modificatorias¹¹.

Según los datos aportados en el informe del REVIFAG (2022), sobre una totalidad de 82 víctimas de femicidios, un 63,1% de los asesinatos de las mujeres son producto de la violencia de género. Una mujer es asesinada por violencia de género cada 4 días, y el 78% de los hechos ocurrió en una vivienda que formaba parte de la vida de la mujer, o su propia casa o la del agresor, y a este porcentaje debe sumársele el 3,7% de asesinatos cometidos en el lugar de trabajo de la víctima. Como consecuencia de estos femicidios, se registran 147 hijos/as que quedaron sin madre.

Será fundamental que en los próximos informes de feminicidios de la Procuración se incorporen los datos estadísticos que surgen de la Fiscalía de Casación a partir de la resolución 1/2020¹² que dictara quien fuera titular interino Dr. Jorge Roldán y que establece:

A fin de desarrollar herramientas de intervención y de litigio estratégico se optimizará la capacidad de respuesta de la Fiscalía de Casación frente al fenómeno creciente de la violencia de género mediante una redistribución y derivación de causas. A tales fines se realizará la derivación de causas donde el hecho materia de investigación o juzgamiento configura o se produce en contexto de violencia por razones de género. (art. 4)

Por medio de esta resolución quedaron a cargo de la Fiscalía Adjunta de Casación, de la cual soy titular, todos los hechos tipificados en el marco de las figuras previstas por el art. 80 inc. 1º, 4º, 11º y 12º. Esta designación implica un trabajo especializado y de formación de equipos con perspectiva de género para investigar todos los casos de posibles femicidios.

V - CONCLUSIONES

En el desarrollo del trabajo se ha reflexionado sobre la importancia de conceptualizar e implementar medidas específicas para prevenir sancionar y erradicar la violencia por razones de género. En los últimos años se han desarrollado herramientas conceptuales que permiten reconocer la dimensión social de la problemática, estos marcos interpretativos se tradujeron, a su vez, en marcos normativos específicos.

¹⁰ Ley 12.569, Violencia Familiar. B.O., 2 de enero de 2001.

¹¹ Ley 14.509. Modificación de artículos de la Ley 12.569. B.O., 3 de junio de 2013.

¹² Instrucción General 1/2020 (Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires). Reasignación de funciones a los magistrados que prestan servicios en la Fiscalía de Casación, 2 de noviembre de 2020.

Es oportuno recordar las conclusiones de la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995 y aprobada en la decimosexta sesión plenaria, donde se insiste en la perspectiva de género al establecer el alcance de la violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en el género, que se ha presentado históricamente como una manifestación desigual de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, como una forma de discriminación contra la mujer y como una interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo.

El derecho se construye a diario. Las sentencias se asientan como jurisprudencia, y las transformaciones sociales requieren constantes revisiones sobre la disciplina. La inclusión de la figura de femicidio en el derecho y las medidas para la prevención de las violencias constituyen una transformación sustancial que aporta a construir una sociedad de mayor equidad.

Es función indelegable del Estado argentino salvaguardar la integridad física y psíquica de las mujeres, las infancias y las víctimas de violencia de género, por cuanto estas conductas resultan violatorias de los derechos humanos fundamentales y de la normativa jurídica que los protege, siendo necesaria la coherencia de las normas internas acompañando las convenciones, como así también de las resoluciones judiciales.

A lo largo de estas páginas se abordó el femicidio desde una perspectiva de género, enmarcándolo en la normativa internacional y nacional, y las medidas tomadas en la provincia de Buenos Aires, tanto en el Ministerio Público Fiscal como en la Corte provincial. Es preciso reconocer la importancia de estos lineamientos para avanzar hacia una justicia que deja de ser un ideal inalcanzable, y se convierte en una realidad donde se investiga, sanciona y repara las violencias sufridas por las mujeres.

REFERENCIAS

- BEJARANO CELAYA, M. (2014). El feminicidio es sólo la punta del iceberg. *Revista Región y Sociedad*, 26 (4). En: <https://regionysociedad.colsom.edu.mx/index.php/rys/article/view/85>
- BERSI, D. E. (2019). *Género, derecho y comunicación*. [Trabajo Final de Especialización. Universidad Nacional de La Plata].
- LAGARDE, M. (1996). Identidad de género y derechos humanos: La construcción de las humanas. En: L. Guzmán Stein y S. Pacheco, (comps.). *Estudios básicos de derechos humanos IV*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- LAGARDE, M. (2006). Presentación a la edición en español. En: D. Russell y J. Radford (Eds.) *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*. UNAM.
- MACKINNON, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del estado*. Cap. 8: El Estado Liberal. Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia.

- MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. (2013). *Hacia una igualdad de género. Compendio normativo, jurisprudencial y doctrinario*.
- MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. (2014). *Hacia una igualdad de género. Compendio Jurisprudencial*.
- REGISTRO PENAL DE VIOLENCIA FAMILIAR Y GÉNERO. (2023). *Informe de Femicidios y Procesos Penales de Violencia Familiar y de Género - Año 2022*. Ministerio Público Provincia de Buenos Aires. En: <https://www.mpba.gov.ar/files/informes/informe%20REVIFAG%20Femicidios%202022.pdf>
- RUSSELL, D. (2006). Definición de feminicidio y conceptos relacionados. En D. Russell y R. Harmes. *Feminicidio: una perspectiva global*. UNAM.
- UNIDAD FISCAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. (UFEM). (2018). *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*. Ministerio Público Fiscal. En: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/201803/UFEM-Protocolo-para-la-investigaci%C3%B3n-y-litigio-de-casos-de-muertes-violentas-de-mujeres-femicidios.pdf>



USUCAPIÓN DE SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS DE ELECTRODUCTO

Walter Lara Correa

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 18/03/2024

Aprobado: 27/03/2024

USUCAPIÓN DE SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS DE ELECTRODUCTO

USUCAPION OF ELECTRODUCT ADMINISTRATIVE EASEMENTS

*Por Walter Lara Correa*¹

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

Resumen: Este trabajo aborda las distintas perspectivas sobre la viabilidad de aplicar la usucapión o prescripción adquisitiva –instituto de derecho privado– a la servidumbre administrativa de electroducto, propia del derecho público. Para analizar esta cuestión, se enfocan las características de la servidumbre administrativa en el marco del derecho administrativo y los requisitos previstos en la legislación específica, establecida en la Ley de Servidumbre Administrativa de Electroducto (Ley 19.552, 1972) y en el Régimen de la Energía Eléctrica (Ley 24.065, 1992). Finalmente, para formular algunas conclusiones, se observan diversos pronunciamientos de las salas de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, en la actualidad, han consolidado uniformidad en la concepción del instituto en estudio.

Palabras clave: servidumbre de electroducto, usucapión, derecho de propiedad, interés público

Abstract: This paper addresses the different perspectives on the viability of applying usucapion or acquisitive prescription institute of private law to the administrative servitude of electroduct, typical of public law. To analyze this issue, we focus on the characteristics of administrative servitude of electroduct within the framework of administrative law and the requirements provided for in specific legislation, established in the law of administrative servitude (Law num. 19.552, 1972) and the electric energy regime (Law num. 24.065, 1992). Finally, various sentences handed down by the higher court – Appeals Chamber in Federal Administrative Litigation– that currently have consolidated uniformity in the conception of the institute of study, will be considered in order to formulate some conclusions.

¹ Abogado (UBA). Maestrando en Derecho Administrativo (UNPAZ). Profesor adjunto interino en Derecho Administrativo (UNPAZ), (UNDAV). Profesor titular en Derecho Constitucional (UNO). Juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 10. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-2803-1744>. Correo electrónico: walter.lara.correa@pjn.gov.ar

Keywords: administrative servitude of electroduct, usucaption, property rights, public interest

I - INTRODUCCIÓN

Se propone realizar algunas reflexiones acerca de la posible aplicación del instituto de la usucapión a la servidumbre administrativa de electroducto.

En una primera parte, analizaré el marco legal de la servidumbre administrativa, como instituto de derecho público. Reseñaré las ideas más salientes planteadas, sobre el tema en estudio, por la doctrina y la jurisprudencia reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Finalmente, aportaré algunas conclusiones, a partir de las directrices del Derecho Administrativo y de las decisiones jurisprudenciales que trataron la posibilidad de usucapir una servidumbre administrativa de electroducto.

II - SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA DE ELECTRODUCTO Y USUCAPIÓN ¿SON INCONCILIABLES?

Esta pregunta se trasluce en el debate generado en doctrina y jurisprudencia, acerca de la posibilidad de adquirir una servidumbre administrativa de electroducto, a través del instituto de la usucapión, emergente del derecho privado.

Empero existen algunos extremos que deben ser considerados para definir si resulta viable constituir una servidumbre de base legal, a través de la prescripción adquisitiva.

Por una parte el marco legal de la servidumbre estudiada y por la otra, su encuadre de derecho público y su estrecha relación con el resguardo del derecho constitucional de propiedad previsto por el art. 17 de la Constitución Nacional.

III - EL INTERÉS PÚBLICO INVOLUCRADO Y EL ESTATUS DE SERVIDUMBRE DE BASE LEGAL

Las servidumbres administrativas, constituyen un derecho real administrativo,

establecido por el Estado, *lato sensu*, sobre un bien ajeno determinado, que puede ser inmueble, mueble o cualquier bien inmaterial, por razones de interés público y en cuya virtud ese bien quedará afectado al uso público en la medida en que resulte del hecho o del acto de su constitución. (Escola, 1989, p. 213)

Sin adentrarme en las clasificaciones realizadas para encuadrar las servidumbres administrativas, en general y las relativas a un electroducto, en particular², es dable distinguir una característica esencial y central: el interés público involucrado que dirige su finalidad (Flores, 2020).

Nuestro CCCN, dispone expresamente que las limitaciones que pesan sobre el dominio privado en el interés público, son regidas por el Derecho Administrativo (art. 1.970,)³.

En la servidumbre de derecho público, las restricciones al dominio implicadas por la figura no se vinculan con la existencia de dos inmuebles, como se prevé en las normas de derecho privado – un fundo dominante y otro sirviente– y cuya utilidad podría ser “un mero recreo” (art. 2.162 ss, CCCN), sino a una heredad que debe servir para cumplir un fin estatal, dirigido hacia el bien común.

Sobre este punto, es interesante la perspectiva de Álvaro Flores, quien destaca que

[l]a comunidad en su conjunto (sea en forma mediata o inmediata, de acuerdo a la finalidad específica comprometida) es quien reviste la calidad de sujeto “dominante”, sin que sea necesaria la individualización concreta del inmueble dominante. Es quizás en este punto donde se exteriorizan las diferencias sustanciales entre las servidumbres públicas y privadas. (2020, p. 3)

En el caso que nos ocupa, el interés público está ligado a la energía eléctrica, un servicio público primordial para la sociedad, pues permite mover el engranaje socioeconómico de un país.

Al respecto, se ha dicho que

se busca compatibilizar el derecho de propiedad de los particulares con las exigencias del interés público... en procura de alcanzar ese interés público, no se vea obstaculizado o perturbado por un ejercicio absoluto del derecho de propiedad de los particulares, sobre las cosas y bienes que les pertenecen. (Escola, 1989, p. 216)

² Al respecto, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, resolvió que las servidumbres privadas son aquellas que se rigen por el Derecho Privado mientras que las servidumbres públicas se rigen por el Derecho Público (administrativo, en la especie), vinculándose dicha clasificación con la índole de la actividad pública o privada. Dicho tribunal destacó que las servidumbres públicas, a las cuales pertenecen las servidumbres administrativas, pueden subdividirse en servidumbres “legales” y servidumbres de “origen o base legal”, radicando la diferencia fundamental entre ellas en la manera en que entran en vigencia y se hacen efectivas. Las servidumbres legales rigen automáticamente, *ministerio legis*, de pleno derecho, simultánea o juntamente con la entrada en vigencia de la ley que las creó o estableció, no requiriéndose decisión complementaria alguna de otra autoridad. En cambio, la entrada en vigencia de las servidumbres de origen o base legal depende, en cada caso, de una decisión de la respectiva autoridad, disponiendo y haciendo efectiva la aplicación de las mismas, siendo que el momento en que comienzan a regir las servidumbres de origen o base legal, es el establecido para la vigencia de los actos y contratos administrativos. (v. CNFed.CAdm., sala II, 18 de julio de 2019, “Edesur S.A. (Cámara Eléctrica 56149) y otro c/Liberty Seguros Argentina S.A. s/Proceso de conocimiento”, causa 46.938/2010, e Imperiale, N. A. “¿Puede la servidumbre administrativa de electroducto ser adquirida por usucapión?”).

³ CCCN. Ley 26.994. Promulgada el 8 de octubre de 2014.

En este marco, la servidumbre administrativa por electroducto, se encuadra dentro de las servidumbres públicas, de derecho administrativo y de base legal, regida por la Ley de Servidumbre Administrativa de Electroducto⁴ modificada por el Régimen de la Energía Eléctrica⁵.

De esta manera, existe una norma jurídica que la define y establece el procedimiento bajo el cual, debe constituirse.

Al mismo tiempo, la norma específica resguarda el derecho de ser indemnizado, que asiste al dueño de la heredad, en virtud de la restricción de la plenitud de su dominio, en beneficio del interés público allí previsto.

IV - RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LA SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA DE ELECTRODUCTO

El régimen jurídico aplicable al instituto en estudio, se halla conformado por la Ley de Servidumbre Administrativa de Electroducto (Ley 19.552, 1972) por el marco regulatorio para la energía eléctrica (Ley nro. 24.065, 1992) y su decreto reglamentario 1.398/1992⁶.

De igual manera, explica Flores, que se aplican las resoluciones emitidas por el ENRE (Flores, 2020, p. 6)⁷.

El instituto fue creado por la Ley de Servidumbre Administrativa de Electroducto (Ley 19.552, 1972) y definido como aquella que

afecta el terreno y comprende las restricciones y limitaciones al dominio que sean necesarias para construir, conservar, mantener, reparar, vigilar y disponer todo sistema de instalaciones, cables, cámaras, torres, columnas, aparatos y demás mecanismos destinados a transmitir, transportar, transformar o distribuir energía eléctrica. (art. 3º)

La Ley se refiere a un fundo sirviente y dispone que toda heredad está sujeta a la servidumbre administrativa de electroducto, que "se constituirá en favor del concesionario de subestaciones eléctricas, líneas de transporte de energía eléctrica y distribuidores de energía eléctrica que estén sujetos a la jurisdicción nacional" (art. 1º).

Por otra parte, define el electroducto como "todo sistema de instalaciones, aparatos y mecanismos destinados a transmitir, transportar y transformar energía eléctrica" (art. 2º).

La finalidad de interés público es claramente visible en la ley, que dispone expresamente que ningún tercero podrá impedir la constitución de las servidumbres creadas por

⁴ Ley 19.552, Servidumbre Administrativa de Electroducto, 1972, B.O., 22.401.

⁵ Ley 24.065, Régimen de la Energía Eléctrica, 1992, B.O., 27.306.

⁶ Decreto 1398/1992 PEN, Energía Eléctrica, Reglamentación. B.O., 27.448, 11 de agosto de 1992.

⁷ El autor cita a las Resoluciones del ENRE nro. 589/2015 referida al cálculo de las indemnizaciones. En la provincia de Buenos Aires, es aplicable la Ley nro. 8.398 (que regula este tipo de servidumbre) y la Ley nro. 11.769 (sobre generación, transporte y distribución de energía eléctrica en la provincia y sus municipios).

esta ley ni turbar u obstruir su ejercicio (art. 20) y que todo aquel que resistiese de hecho la ejecución de los trabajos necesarios para la construcción, vigilancia, conservación y reparación de las instalaciones que se coloquen en los predios sujetos a servidumbre, inutilizare o destruyere en todo o en parte, dolosamente, un conductor de energía eléctrica o sus obras complementarias será reprimido con las penas establecidas por el Código Penal (art. 21).

Asimismo, disposiciones específicas aseguran la realización de ese interés público, reforzando la afectación de la plenitud del derecho de dominio del dueño del fundo e incluso de terceros ocupantes legítimos que pudieran existir, previamente a la constitución de la servidumbre administrativa que nos ocupa.

En este derrotero, la autoridad competente podrá fijar de oficio, sin perjuicio de otras determinaciones que resulten adecuadas al caso, las normas de seguridad que deberán aplicarse en la colocación de las instalaciones del titular de la servidumbre, en relación con las personas y los bienes de terceros y, a pedido del titular.

Adicionalmente, podrá establecer las restricciones y limitaciones al dominio que regirán en la superficie sometida a la servidumbre (art. 5º).

En este orden, a pedido del titular de la servidumbre, el juez federal competente librará mandamiento otorgándole el libre acceso a dicho inmueble para realizar las obras correspondientes, previa presentación de la copia de la parte pertinente del plano respectivo y copia certificada de la resolución que lo haya aprobado (art. 8º).

A su vez, la norma dispone expresamente que, tanto el propietario como el ocupante del predio sirviente "deberán permitir, toda vez que fuere necesario, la entrada al mismo del titular de la servidumbre", de su personal o de terceros debidamente autorizados por aquél, de los materiales y elementos de transporte que se requieran para efectuar la construcción, vigilancia, conservación o reparación de las obras que motivan la servidumbre (art. 16).

En esta misma línea, la constitución de la servidumbre no impide al propietario ni al ocupante del predio sirviente utilizarlo, cercarlo o edificar en él, "siempre que no obstaculice el ejercicio regular de los derechos del titular de la servidumbre" (art. 17).

Por otra parte, la ley de creación establece, de manera específica, "el proceso de afectación y constitución de la Servidumbre Administrativa de Electroducto".

Así, dispone que la afectación del predio a la servidumbre administrativa de electroducto, queda conformada por conducto de la aprobación por autoridad competente del proyecto y de los planos de la obra a ejecutar o de las instalaciones a construir, circunstancia que genera el derecho a su anotación en el respectivo Registro de la Propiedad y en la Dirección de Catastro (art. 4º).

A su vez, exige que una vez aprobados el proyecto y los planos de la obra a ejecutar o de las instalaciones a construir, deba cumplirse con la notificación fehaciente dirigida a los propietarios de los predios afectados, anoticiándolos "de la afectación de estos a la

servidumbre y del trazado previsto dentro de cada predio o superficie afectada". Idéntico requisito prevé para las restricciones y limitaciones a que se refiere el segundo párrafo del artículo 5º de la norma, las que deben ser igualmente notificadas a los propietarios (art. 6º).

La notificación constituye un recaudo esencial que encuentra correlato en el derecho constitucional de propiedad (art. 17, CN), pues, a la vez que pone en su conocimiento el proceso de constitución de la servidumbre que implicará la afectación de su dominio pleno, habilita al propietario del fundo a realizar las acciones tendientes a la indemnización correspondiente, celebrar el convenio que constituya definitivamente la servidumbre e incluso discutir el monto, en caso de disconformidad, ante el juez federal competente.

Por tal motivo, la norma dispone que, en caso de ignorarse quién es el propietario del predio o cuál es su domicilio, la notificación debe efectuarse por edictos que se publicarán por tres días en el Boletín Oficial de la jurisdicción que corresponda y si lo hubiere, en un periódico del municipio en que se encuentre ubicado el predio (art. 7º).

Para dimensionar la trascendencia del acto de notificación, es relevante tener presente que, la servidumbre quedará definitivamente constituida, si hubiere mediado acuerdo entre el propietario y el titular de la servidumbre una vez formalizado el respectivo convenio a título gratuito u oneroso o, en su defecto, una vez abonada la indemnización que se fije judicialmente (art. 14).

Por lo tanto, como se verá más adelante, la existencia del acto administrativo referido y del *iter* previo integrado por sus actos preparatorios, expresamente indicados por la norma, revisten suma importancia para caracterizar la servidumbre administrativa de electroducto y para decidir si es viable usucapir o no.

Por otra parte, como se adelantó *supra*, "se contempla del derecho de ser indemnizado," en favor del propietario del fundo sirviente y del tercero ocupante, lo cual, implica un reconocimiento del derecho de propiedad del dueño y del uso y goce del ocupante, men- guados por la existencia de la servidumbre aludida.

En esa dirección, la normativa establece las pautas concretas para resarcir al propietario del inmueble afectado, excluye el lucro cesante y considera, por una parte, "el valor de la tierra en condiciones óptimas en la zona donde se encuentre el inmueble gravado" y, por otra parte, "la aplicación de un coeficiente de restricción que atienda al grado de las limitaciones impuestas por la servidumbre", establecido teniendo en cuenta la escala de valores que fije la autoridad competente (art. 9 incs. a y b).

Para el caso de no llegar a acuerdo en cuanto al monto de la indemnización, el propietario podrá ejercer las acciones a que se considere con derecho, en el mismo expediente en que se haya iniciado conforme lo previsto en el artículo 8º, o de no existir tal expediente, ante el juez federal competente en el lugar en que esté ubicado el inmueble. Igual derecho asiste al tercero ocupante para reclamar su indemnización, por vía de incidente o ante el juez federal competente, en caso de disconformidad (Ley 19.552, arts. 10 y 13).

De igual manera, el tercero ocupante legítimo y anterior a la notificación (arts. 6 y 7) podrá reclamar del titular de la servidumbre la indemnización de los perjuicios positivos que ella le ocasione, con exclusión del lucro cesante (art. 13).

Con similar criterio, la norma dispone que, ante la necesidad de realizar obras extraordinarias que perturben el uso y explotación del predio sirviente, más allá de lo previsto en los artículos 16 y 19, el titular de la servidumbre deberá pagar la indemnización que pudiere corresponder por los perjuicios que ellas causaren y abonar toda indemnización que pudiere corresponder por daños causados por las instalaciones del inmueble afectado (art. 18).

En la misma tesitura, la norma expresa que, si la servidumbre impidiera darle al predio sirviente un destino económicamente racional, a falta de avenimiento sobre el precio del bien, el propietario podrá demandar al titular de la servidumbre por expropiación inversa del predio (art. 12).

Finalmente, se establece un plazo de caducidad de la servidumbre, la cual se producirá "si no se hace uso de ella mediante la ejecución de las obras respectivas, durante el plazo de 10 años computados desde la fecha de la anotación de la servidumbre en el Registro correspondiente" (art. 15). Una vez, vencido el plazo indicado, el propietario del predio podrá demandar la extinción de la servidumbre, recobrando el dominio pleno del bien afectado.

V - ¿ES VIABLE LA APLICACIÓN DE LA USUCAPIÓN EN UNA SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA DE BASE LEGAL?

La prescripción adquisitiva es un instituto de derecho privado, cuya regla general se asienta en el art. 2.565 de la Ley 26.994, CCCN, que dispone que "[l]os derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los arts. 1.897 y siguientes".

Por conducto del artículo 1.897 de la ley 26.994, CCCN, "[l]a prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley".

Por otra parte, corresponde tener presente que el art. 1.970 de la Ley 26.994 CCCN establece que las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo y que, el aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las leyes administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Asimismo, la norma indicada, establece que los límites impuestos al dominio en este capítulo, en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Para responder al cuestionamiento acerca de si es viable constituir una servidumbre administrativa de electroducto, a través de la prescripción adquisitiva, es ineludible reparar en estas disposiciones y en la existencia de un marco legal específico de derecho público que la regula.

En efecto, considerar la viabilidad de la prescripción adquisitiva como medio de constitución de la servidumbre administrativa de electroducto, implica considerar la aplicación de normas de derecho privado.

Sobre esta cuestión, Alonso Regueira descarta la aplicación analógica, cuando ello implica una restricción de derechos, y sostiene que

el Estado solo podrá usucapir si una norma lo ha facultado para ello, al menos, implícitamente. Esta asignación de facultades podría sustentarse en el Código Civil, siempre que se entienda que dicho cuerpo legislativo es de aplicación directa o supletoria. (2020, pp.17-18)

Más allá de la facultad que pueda detentar el Estado Nacional o el Concesionario para usucapir, es dable resaltar que, la característica propia de la servidumbre que nos ocupa, marcada por su origen o base legal y su modo específico de constitución regulada por la Ley 19.552, se contraponen con la aplicación supletoria de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, la que tendría viabilidad en caso de inexistencia de norma específica que regule el instituto.

Desde esta perspectiva, la existencia de una norma específica y el carácter de base legal de la servidumbre en cuestión, resulta decisivo para enfocar el análisis de la viabilidad de la usucapición, puesta en duda.

En esta tesitura, Imperiale (2020), en su trabajo sobre este instituto, destaca que parte de la doctrina ha contemplado, para servidumbres en general, la necesidad de que sea precedida por la existencia de una servidumbre privada, para que sea posible usucapir. La autora observa al respecto, que Gordillo sostiene que la servidumbre administrativa de electroducto, necesita del dictado de un acto administrativo para su constitución y que la usucapición no puede configurarse, pues su constitución se encuentra debidamente reglada,

Considero que esta observación es ajustada a las características de la Servidumbre Administrativa de Electroducto, que presupone determinado *iter* y el dictado de un acto administrativo necesario para su constitución, como se ha resaltado al reseñar brevemente la ley de creación y como ha destacado la jurisprudencia reciente que comentaré más abajo.

Álvaro Flores (2016) resalta que la prescripción es la causal de constitución de servidumbre más discutida y explica que, para aquellos que postulan su admisión – cita al Dr. Morán – señalan que, “si la legislación que las crea no veda dicha posibilidad, no existe razón alguna para negar a la prescripción como una modalidad válida para consolidar la

constitución de las servidumbres administrativas" (p. 5) y aclara que, en caso de admitirse, deberían aplicarse en forma analógica – a nivel federal – las disposiciones de la ley 20.396 (referida a la usucapión administrativa) y añade que, para otro sector de la doctrina representada por los Dres. Gordillo y Vivot, la usucapión no sería viable (salvo expresa disposición legal en contrario), "debido a que, por la intensidad que reviste este tipo de limitación al dominio, únicamente su constitución sería posible por conducto de un acto administrativo fundado en ley, o por acuerdo o voluntad de las partes involucradas" (p. 6).

En su trabajo sobre el tema de debate, Alejandro Guerrero señala que se impone una interpretación restrictiva, que excluye la aplicación subsidiaria o analógica de las normas civiles sobre la prescripción adquisitiva en materia de servidumbres, en la medida que existe una legislación administrativa propia y específica. El autor resalta la finalidad propia del instituto: por una parte, la adecuada prestación del servicio público de electricidad y por otra, el respeto del derecho constitucional de propiedad de los propietarios de los inmuebles afectados (2019, p. 17).

VI - JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CNCAF SOBRE LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA A LA SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA DE ELECTRODUCTO

En la actualidad, las Salas integrantes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNCAF), unificaron su criterio y han resuelto que es improcedente la constitución de una Servidumbre Administrativa de electroducto mediante la prescripción adquisitiva, por aplicación de las normas del Código Civil⁸.

En este marco, es dable destacar que la Sala III de la CNCAF, se expidió a fin de alcanzar uniformidad en la jurisprudencia de la Cámara del fuero y en atención a la igualdad y seguridad jurídicas (CNCAF, Sala III, Expte. nro. 1639/2017)⁹, y dejó sin efecto su precedente anterior¹⁰ (CNCAF, Sala III, Expte. nro. 34.019/2003)¹¹. En virtud de ello, rechazó los agravios de la recurrente y confirmó el fallo de primera instancia.

⁸ Así se decidió en la Sala I, en los autos "Edesur S.A. c/ Consorcio de Propietarios Alvear 1535 de Cap. Fed. s/ Proceso de Conocimiento", causa nro. 2.940/03, del 27 de abril de 2010; Sala II, "Edesur S.A. c/ Consorcio Propietarios Carlos Pellegrini 501/513 s/ Proceso de Conocimiento", causa nro. 31.389/20077, del 7 julio de 2016; en la Sala IV, en la causa "Edesur S.A. - Cirilli y otro c/ Juan Domingo Perón 1493-99 Consorcio de Propietarios y otro s/ proceso de conocimiento", causa nro. 5.003/2010, del 28 de junio de 2016; en la Sala V, en autos "Edesur S.A. c/ Consorcio de Copropietarios Bartolomé Mitre 1129/31 s/ Proceso de Conocimiento" causa nro. 26.915/2004, del 29 de mayo de 2012; "Edesur S.A. c/ Consorcio de Propietarios Avenida Paseo Colón 1013-33 s/ Proceso de Conocimiento", causa nro. 35.195/09, del 11 de abril de 2013; "Edesur S.A. c/ Consorcio de Propietarios Yermal nro. 2620 s/ Proceso de Conocimiento", causa nro. 8.849/2004, del 15 de agosto de 2017.

⁹ CNCAF. "Edesur S.A. c/ Consorcio de Propietarios Edificio Ayacucho 1034/1044 s/ Expropiación Servidumbre Administrativa", expte. nro. 1.639/2017, sentencia del 16 de agosto de 2022.

¹⁰ CNCAF. "Edesur S.A. c/ Consorcio de Propietarias Sarmiento 1992 de Cap. Fed. s/ Proceso de Conocimiento", expte. nro. 34.019/2003, sentencia del 29 de diciembre de 2010.

¹¹ La Sala III de la CNCAF había admitido la aplicación del instituto de la usucapión a la servidumbre administrativa de

Para así decidir, resaltó el carácter administrativo de la servidumbre, por cuanto tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés público y/o de interés general, con fundamento en el artículo 2.611 del antiguo Código Civil y el artículo 1.970 del Código Civil y Comercial de la Nación, y su relación con el cumplimiento de un servicio público que consiste en el transporte y la distribución de la electricidad.

En este orden, la Sala III resolvió que el régimen jurídico aplicable es, por principio, de derecho público, en particular y específicamente a través de la Ley 19.552, conforme a la cual, por tratarse de una servidumbre administrativa de "origen o base legal", se requiere un acto expreso de la autoridad competente para su perfeccionamiento.

Además, el fallo destacó la importancia del artículo 14 de la Ley de Servidumbres Administrativas, que establece que la

servidumbre quedará definitivamente constituida, si hubiere mediado acuerdo entre el propietario y el titular de la servidumbre, una vez formalizado el respectivo convenio a título gratuito u oneroso o, en su defecto, una vez abonada la indemnización que se fije judicialmente.

En este sentido, la Excelentísima Cámara resolvió que las normas del Código Civil son aplicables supletoriamente en el ámbito regulado por el derecho administrativo¹², esto es, ante la carencia de normas específicas de esa materia, situación que no se verificó en el caso a resolver, en el cual, las normas del derecho administrativo que regulan la única forma de adquirir la servidumbre administrativa de electroducto.

Por último, el fallo aclaró que, si bien la Corte Suprema no se ha expedido sobre la cuestión, es relevante el voto del ministro Rosatti, que, en su disidencia – remitiéndose al dictamen fiscal – consideró que correspondía admitirse el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada (cfr. CSJN, "Edesur S.A. - Cirilli y otro c/ Juan Domingo Perón 1493-99 Consorcio Propietarios s/ proceso de conocimiento"); en igual sentido, "Edesur S.A. c/ Consorcio de Propietarios Yermal nro. 2620 s/ proceso de conocimiento", que entendió que el art. 14 de la Ley 19.552 establece un modo taxativo de constitución de servidumbre, por entender que no resulta irrazonable que las previsiones normativas intenten proteger al titular del dominio, justificándose, de esa manera, el modo limitado de constituir la servidumbre de electroducto. En este marco, la postura jurisprudencial consolidó, hasta la actualidad, su uniformidad.

electroducto en la causa "Edesur S.A. c/ Consorcio de Propietarias Sarmiento 1992 de Cap. Fed. s/ Proceso de Conocimiento", causa nro. 34.019/2003, 29 de diciembre de 2010 (criterio reiterado en los casos "Edesur S.A. (Camara Elect 76992) c/ Nirauss S.A. y/o y otro s/ Proceso de Conocimiento", causa nro. 5.000/2010, 2 de julio de 2015, y "Edesur S.A. (Transformadora 84034) c/ Consorcio de Propietarios Curapaligüe 437/39/41/43/45 s/ Proceso de Conocimiento", causa nro. 32.841/2010, 12 de marzo de 2020). Ulteriormente, unificó su criterio con el resto de las Salas de la CNCAF, de acuerdo a los fundamentos expresados en los autos "Edesur S.A. c/ Consorcio de Propietarios Edificio Ayacucho 1034/1044 s/ Expropiación Servidumbre Administrativa" (Expte. nro. 1639/2017).

¹²CSJN, Fallos 107:134; 118:347; 205:200; 300:143.

Sentencias anteriores ya habían establecido el carácter público de la servidumbre administrativa de electroducto y habían descartado la aplicación de las normas emergentes de la legislación civil, de derecho privado, en atención a la existencia de una regulación específica y de un interés público característico.

Así, la Sala II (CNACF, Sala II, Expte. nro.31.389/2007), dispuso que la servidumbre en cuestión es de tipo administrativa, ya que busca satisfacer el interés público. Por lo tanto, sostuvo que corresponde la aplicación del derecho público y, en particular, de la Ley 19.552 y la Resolución ENRE nro. 507/2006.

En esta tesitura, estableció que el derecho común resultaba inaplicable al instituto, por varios motivos. En primer término, la mentada aplicación del derecho privado resulta improcedente porque, en el momento de realizar la instalación de la cámara transformadora, la Ley 19.552 se encontraba vigente; además estimó que se requiere que el ENRE dicte una resolución para la aprobación de los planos de la obra a ejecutar o instalaciones a construir, de acuerdo con la exigencia prevista en los artículos 4 y 10.

Adicionalmente, la Sala del fuero destacó que el artículo 4º, dispone que solamente puede constituirse servidumbres administrativas mediante el dictado de un acto administrativo, emanado de autoridad competente.

En este orden, la Sala II¹³, sostuvo que las servidumbres administrativas establecen formas específicas de constitución de las servidumbres de electroducto, en base a lo establecido por los artículos 4, 6 y 14 de la Ley.

De este modo, resaltó que la servidumbre quedará definitivamente constituida si hubiere mediado acuerdo entre el propietario y el titular de la servidumbre, una vez formalizado el respectivo convenio a título gratuito u oneroso o, en su defecto, una vez abonada la indemnización que se fije judicialmente.

Por su parte, la Sala V (CNACF, Sala V, Exptes. nro. 26.915/2004; 35.195/2009 y 8.849/2004) afirmó que la servidumbre administrativa de electroducto, es de carácter público, de "origen o base legal", por lo cual, requiere un acto expreso de la autoridad administrativa competente para su perfeccionamiento.

Concluyó que los arts. 4 y 6 de la Ley requieren que la autoridad administrativa apruebe proyectos y planos de obra y notifique fehacientemente a los propietarios de los predios afectados para inscribir la servidumbre.

Por otro lado, resaltó que, al momento de la instalación de la cámara transformadora, ya que encontraba vigente la ley especial.

En este contexto, los pronunciamientos de la Sala V, dispusieron que resulta improcedente la aplicación del derecho común a la servidumbre de electroducto y que, en el marco de los arts. 4, 6 y 14 de la Ley, no está contemplada la constitución del instituto mediante prescripción adquisitiva.

¹³ CNACF, Sala II. "Edesur S.A. (Cámara Eléctrica 56149) y otro c/Liberty Seguros Argentina S.A. s/Proceso de conocimiento", expte. nro. 46.938/2010, sentencia del 18 de julio de 2010.

VII - CONCLUSIONES

En el comienzo de este trabajo, se planteaba el interrogante sobre la viabilidad de aplicar un instituto de derecho privado, como la prescripción adquisitiva sobre una restricción en la exclusividad del dominio, por razones de interés público.

La existencia de un marco legal específico que regula la servidumbre administrativa de electroducto y que determina taxativamente la manera de su constitución (Ley 19.552, art. 14) torna inviable la aplicación del instituto de la prescripción adquisitiva.

Las normas de derecho privado no necesitan ser aplicadas por vía de supletoriedad ni de analogía, dado que la servidumbre en cuestión es de origen o base legal y cuenta con todo su soporte, en la normativa de Derecho Administrativo.

Creo que esta solución es armónica con el carácter restrictivo que debe tener toda afectación del derecho de propiedad de los particulares, que se disponga para alcanzar un interés público.

Empero, las decisiones jurisprudenciales y los problemas jurídicos son dinámicos y cambiantes, exigen toda nuestra atención en el entendimiento de esta institución de derecho público, estrechamente vinculada con las normas que, en adelante, puedan dictarse y con las circunstancias de hecho que se presenten en el futuro.

REFERENCIAS

- ALONSO REGUEIRA, E. (2020). *Usucapir o no usucapir: (la cuestión de la servidumbre administrativa de electroducto)*, (1ª ed.) Lajouane.
- ESCOLA, H. J. (1989). *El interés público como fundamento de Derecho Administrativo*. De Palma.
- FLORES, A. B. (2016). Panorama actual sobre servidumbres administrativas, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (46). UNLP.
- FLORES, A. B. (2020). Las limitaciones al dominio por razones de interés público en escenarios de emergencia. *La Ley*, 01/07/2020.
- GUERRERO, A. (2019). Veinte años no son nada. A propósito de la constitución por usucapión, de una servidumbre administrativa de electroducto. <https://Cijur.mpba.gov.ar>
- IMPERIALE, N. A. (2020). ¿Puede la servidumbre administrativa de electroducto ser adquirida por usucapión? *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, 2020 (1) 597-606.



EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA

Claudio Daniel Fernández y Juan Manuel Renaud Mas

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 06/03/2024

Aprobado: 23/03/2024

EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA

CONSTITUTIONALITY CONTROL SYSTEM IN ARGENTINA

Por Claudio Daniel Fernández¹ y Juan Manuel Renaud Mas²

Universidad Nacional del Oeste - Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: En el presente trabajo desarrollaremos el control de constitucionalidad y convencionalidad en el Derecho argentino. El estudio se enmarca en el análisis de sus antecedentes y modalidades, con especial atención en el análisis de la jurisprudencia, tanto nacional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la evolución en estos años. Finalmente se propone una reflexión sobre cuestiones que versan sobre el fundamento y la importancia del efectivo desarrollo de este tipo de control.

Palabras clave: recurso extraordinario federal, derecho supranacional, supremacía constitucional, sistema interamericano de derechos humanos

Abstract: In this work we will develop the control of constitutionality and conventionality in Argentinian Law. The study is framed in the analysis of its antecedents and modalities, with special attention to the analysis of both national and Inter-american Court of Human Rights jurisprudence regarding the evolution in these years. Finally, a reflection is proposed on issues that deal with the foundation and importance of the effective development of this type of control.

Keywords: federal extraordinary appeal, supranational law, inter-american system, inter-american court of human rights

¹ Abogado (UBA). Diplomado en Sistema Penal y Nuevas Modalidades Delictivas y en Derecho Constitucional y Magistratura. Juez subrogante de los Tribunales en lo Criminal nro. 2 y 3 del departamento judicial de Mercedes. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-0544-5361>. Correo electrónico: claudio13fernandez@hotmail.com

² Abogado (UBA). Diplomado en Sistema Penal y Nuevas Modalidades Delictivas y en Derecho Constitucional y Magistratura. Posgraduado en Políticas Públicas y de Investigación en Políticas de Estado y de Gestión Pública en las Universidades del Salvador, Buenos Aires, Carlos III y Complutense de Madrid y la Escuela de Posgrado Ciudad Argentina. Actualmente se desempeña como secretario de la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Martín. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-0544-5361>. Correo electrónico: juan.renaudmas@pjba.gov.ar

I - ANTECEDENTES

El control de constitucionalidad en el sistema judicial argentino garantiza el respeto a la Constitución y protege asimismo los derechos de cada ciudadano/a.

La razón fundamental de asegurar la supremacía de nuestra Constitución tuvo por objeto concebir y sostener una determinada forma de Estado (representativo, republicano y federal) y, por otro lado, prever que por esa vía se llegue a un engranaje que asegure la vigencia de las normas constitucionales y los Tratados internacionales de igual jerarquía— establecidos en el art. 75 inc. 22 de nuestra carta magna— por sobre cualquier otro tipo de norma jurídica (sean leyes, decretos, resoluciones u ordenanzas).

La supremacía constitucional supone una graduación de jerarquía del orden jurídico que se conjuga en distintos planos. Los escalones más altos subordinan a los inferiores. De esta manera, cuando la coherencia se quiebra en esta relación se produce indefectiblemente un defecto o vicio que se denomina inconstitucionalidad normativa.

El control de constitucionalidad nació en el precedente “Marbury vs. Madison” (del año 1803)³ de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Aquel fallo estableció un sistema de control, cimentado en cabeza del máximo tribunal norteamericano sobre los restantes poderes estatales, afianzándolo en *obiter dictum*⁴, es decir, en una serie de argumentaciones no esenciales con el objeto de arrojar luz sobre la cuestión de fondo debatida en aquella controversia⁵.

La Corte consideró que de acuerdo a la Constitución, no tenía competencia directa para proteger el derecho que, de todos modos, reconoció a los requirentes. Sin embargo, antes de resolver su incompetencia en el caso, declaró la inconstitucionalidad de la ley de organización judicial de aquel país, cuerpo legal que, según su propia interpretación, otorgaba a la Corte una facultad que la carta magna le negaba.

La decisión del Tribunal que rechazó la acción se sostenía, entonces, en la falta de competencia originaria y directa de la Corte Suprema y no en la falta de agravio o de derecho de los peticionantes, que expresamente reconoció. Asimismo, estableció la regla en virtud de la cual el Congreso de aquel país se encontraba vedado de ampliar o disminuir su competencia.

Aquella trascendente doctrina fue receptada por nuestra Corte Suprema a partir del precedente “Sojo”⁶ y fue reiterada pacíficamente en otras oportunidades. El Tribunal declaró su incompetencia, sosteniendo que

³ Sentencia Marbury William vs. Madison James, 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803).

⁴ Las sentencias judiciales suelen contener fundamentos, y aun reglas, que no se erigen como esenciales para sostener una decisión. Se trata de los *obiter dicta*, los que, ausentes del fallo, no le quitan por ello consistencia jurídica. En cambio, el *holding* de la sentencia es la parte que sostiene lo resuelto, indispensable para fundar la decisión.

⁵ El citado caso “Marbury vs. Madison”, se suscitó por una presentación ante la Corte norteamericana formulada por diversos candidatos a jueces designados por la administración saliente, cuyos nombramientos no se habían efectivizado.

⁶ CSJN. “Sojo, Eduardo s/ recurso de *habeas corpus*”, sentencia del 22 de septiembre de 1887 (Fallos 32:120). El caso

no es dado a persona o poder alguno ampliar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdicción exclusiva y originaria por mandato de la Constitución Nacional... La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte, no está sujeta a las excepciones que pueda establecer el Congreso; limitada como lo está, no puede ser ampliada ni restringida; la que está sujeta a reglamentación, es la jurisdicción apelada, que puede ser ampliada y restringida por ley, según la organización y reglamentación de los tribunales inferiores, tanto respecto de cuestiones de hecho como de derecho.

La Corte estadounidense estableció los fundamentos del control de constitucionalidad a partir del principio de supremacía; de las atribuciones del Poder Judicial para entender en los casos que versen sobre la Constitución y de los deberes que el Máximo Tribunal tiene con el objeto de mantener aquel principio de supremacía. Asimismo, fijó los límites de su propio poder, es decir se autolimitó para declarar la inconstitucionalidad de las normas en lo que denominó cuestiones políticas no judiciales, identificando estas con la falta de agravio concreto de un derecho personal, aunque los accionantes tenían derechos vulnerados, tal como lo reconoció. Luego, la Corte norteamericana declaró la inconstitucionalidad de oficio. En el caso lo hizo en materia de competencia, no para asumirla, sino para declinarla.

II - TIPOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Existen dos sistemas de categorías del control de constitucionalidad: el primero se denomina Control Político y el segundo, Control Judicial. En el primer caso, la tarea de custodiar la supremacía de la Constitución se realiza a través de un órgano de naturaleza política, pudiendo ser ordinario o extraordinario. Respecto al segundo, está dado por un órgano que puede ser común o específico, y puede ser concentrado, difuso o mixto según el tribunal sobre el que recaiga la función específica. En el control concentrado hay un tribunal judicial único que se reserva la competencia exclusiva del control de constitucionalidad. En el difuso todos los órganos judiciales pueden tener la misión de llevar a cabo aquella función (este es el sistema que rige en nuestro país). Por último, en el mixto tanto un tribunal constitucional como los restantes jueces ordinarios están investidos de dicha competencia.

En nuestro país, el sistema de control de constitucionalidad es judicial y de tipo difuso: cualquier juez, sin distinción de jerarquía ni jurisdicción, puede ejercerlo. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria. Para poder llevar a cabo aquella función, los jueces deben ser competentes para entender en el caso concreto traído a su conocimiento.

se trataba de una acción de *habeas corpus* iniciada ante la Corte Suprema a raíz de la prisión de un periodista, ordenada por la Cámara de Diputados de la Nación por todo el tiempo que durasen sus sesiones.

III - INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA

La declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser *ultima ratio*, es decir, tratándose de un acto de suma gravedad, procederá si es la única solución adecuada en el litigio, la cual no pueda alcanzarse de otra manera, debiendo adoptarse en causas concretas traídas a su conocimiento, produciendo efecto, asimismo, tan sólo para aquellas bajo su examen, de naturaleza estrictamente incidental. De modo que, iniciada la incidencia de oficio o a pedido de parte, producirá efecto tan sólo para las partes involucradas en el litigio.

1) De oficio

En una anterior integración de nuestro más alto Tribunal, los Dres. Fayt y Belluscio, en el precedente "Juzgado de Instrucción Militar nro. 50", de 1984, sostuvieron que la declaración de inconstitucionalidad de oficio no viola la división de poderes. Luego, en el precedente "Mill de Pereyra", de 2001⁷, la Corte declaró por mayoría que los jueces están facultados para ejercer de oficio aquel control. Acorde a Recupero, del primer voto de los ministros Fayt y Belluscio, emana la admisibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, bajo los siguientes parámetros:

a) que no exista ningún otro medio para la solución adecuada del juicio; b) que no se trate de una declaración en abstracto, sino en un caso o conflicto contencioso; c) que produzca efecto en la causa, pues esa declaración no tiene efecto derogatorio de la normativa en cuestión. (2023)

Tal como se ha señalado en el precedente "Marbury vs. Madison", la Corte Suprema de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ley sin petición de parte. Sin perjuicio que en ese fallo la Corte americana estaba definiendo el alcance y límites de su propia competencia. En efecto, toda la argumentación acerca de la supremacía constitucional; del deber de la Corte Suprema de resguardarla; de los límites del Tribunal en esa función; del reconocimiento que se trataba de una cuestión jurídica y no política, constituyeron sendos *obiter dicta*, ya que el *holding* del caso fue, precisamente, la falta de competencia de la Corte para ordenar el mandamiento que se peticionaba. Además, se eligió declarar una inconstitucionalidad cuando se pudo llegar al mismo resultado por otra vía, esto es, interpretando la ley judicial de manera compatible a la Constitución. Además, allí, se declaró una inconstitucionalidad ya no para asegurar un derecho sino para declinar hacerlo.

2) El recurso extraordinario federal

El sistema de control de constitucionalidad tiene como finalidad restablecer la ar-

⁷ CSJN. "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa", sentencia del 27 de septiembre de 2001. (Fallo 324:3219).

monía en el desorden normativo que produce la inconstitucionalidad. El mecanismo que lo hace posible es, en última instancia, el recurso extraordinario federal. En el año 1863, el Congreso de la Nación sancionó la Ley nro. 48 que reglamentó aquel recurso en tres disposiciones que definieron sus requisitos propios de habilitación y procedencia ante la Corte Suprema. La norma exige la concurrencia de: a) cuestión federal; b) sentencia definitiva y c) sentencia emanada del Superior Tribunal de la causa.

Los requisitos formales de habilitación del recurso extraordinario federal proceden de los arts. 256 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El art. 280 de aquel cuerpo establece los supuestos de rechazo de aquella vía impugnativa.

Como se advierte luego de analizar las normas reseñadas, se ha consagrado la jurisdicción discrecional de nuestra Corte Suprema al permitirle rechazar, con la sola invocación de esas disposiciones, un recurso extraordinario o una queja por recurso denegado, por carecer de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. A la par, dentro de los requisitos formales, se incluye el planteo oportuno de la cuestión federal desde el primer momento en que ella surja y su mantenimiento en todas las instancias a fin que los jueces inferiores puedan pronunciarse acerca de aquella. Este requisito puede atenuarse al prosperar la declaración de inconstitucionalidad de oficio en aquellas cuestiones que revistan complejidad.

Finalmente, el recurso extraordinario federal requiere de la existencia de los recaudos comunes a todos los recursos. Uno de los más importantes recae en la existencia de gravamen concreto y actual, recaudos de la legitimación activa que hacen a la cuestión judicial. El reconocimiento o no de la legitimación activa por parte de la Corte Suprema ha constituido una de las llaves que abren o cierran este recurso⁸.

En principio, el control de constitucionalidad produce el efecto de la inaplicabilidad de la norma entre partes, sin afectar la vigencia de la disposición de que se trate. Desde ya, la reiteración por parte del Tribunal de una declaración de inconstitucionalidad, acelerará la derogación o modificación de la norma cuestionada⁹. Aunque algunas veces no, como cuando nuestro Congreso modificó la ley declarada inconstitucional por la Corte Suprema, pero mantuvo el criterio de la norma anterior¹⁰.

⁸ En el caso "Polino Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo" (Fallo 317:335 de 1994), la Corte Suprema analizó si estaba ante una causa, caso o controversia concretos, por la existencia o no, de un interés afectado por los apelantes. Sin nombrar, siquiera, cuestiones políticas no judiciales, rechazó la pretensión de los amparistas considerando que estos no habían sustentado el agravio que invocaron. Al mismo tiempo, estimó contradictorio el interés alegado como legisladores –para discutir en la Cámara de Diputados el rechazo de la enmienda aprobada en el Senado– con el interés del que dispondrían, como ciudadanos, para elegir convencionales que pudieran aprobar o rechazar las propuestas de reforma del Núcleo de Coincidencias Básicas por separado. Así, el *holding* de la sentencia se elaboró en torno a la falta de agravio sustentada y no sobre la supuesta cuestión política implicada en el caso.

⁹ Tal como sucedió en los autos "Juan Bautista Sejean c/ Ana María Zaks de Sejean s/ Inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2.393" (Fallos 308:268, 27 de noviembre 1986) con la Ley de matrimonio civil, en tanto esta disposición vedaba las nuevas nupcias de los divorciados en nuestro país. La declaración de inconstitucionalidad de esa norma, produjo a los pocos días de dictada la sentencia, la derogación del impedimento nupcial.

¹⁰ Tal como sucedió con la Ley 20.771, cuyo artículo 6°, que incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal, fue declarado inconstitucional por el máximo tribunal en el precedente "Bazterrica". Años más tarde, el Poder Legislativo sancionó la Ley 23.737 por la que mantuvo la incriminación de la tenencia de estupefacientes con una pena de

Según lo establecido por la Corte Suprema, aun cuando la administración de justicia es una facultad no delegada por las provincias a la nación, el ejercicio de esta competencia deviene inconstitucional si impide a los magistrados locales considerar y receptar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado. Se establece, así, la obligación provincial, emanada del artículo 31 de nuestra Constitución, de aplicar la supremacía establecida y que los tribunales locales no sólo pueden sino que deben efectuar el control de constitucionalidad, en sus respectivas jurisdicciones¹¹.

El art. 36 de nuestra Constitución dispone quitar toda eficacia jurídica, calificándolos de insanablemente nulos, a los actos de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático. Estos hechos de fuerza no incluyen, en consecuencia, los restantes actos del Estado dictados por las autoridades de facto que serán nulos o anulables, según cada caso. Esta disposición establece dos tipos penales: a) ejecutar actos de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático; y b) usurpar cargos públicos, federales o locales, como consecuencia de los actos mencionados en a)¹².

El rol de nuestro más alto Tribunal no siempre fue el de último guardián de la supremacía constitucional y, en consecuencia, de la vigencia del Estado de Derecho.

En el precedente "Pitto, Luis María s/ petición" (Fallo 252:177) del año 1962, con motivo del pedido de reposición en su cargo del presidente Arturo Frondizi, la Corte aplicó la norma reglamentaria del entonces art. 75 sobre acefalía (hoy art. 88 CN), sosteniendo, una vez más, que al Tribunal no le competía pronunciarse sobre las causas que la produjeron. Luego, en el precedente "Ricardo F. Molinas s/ recurso de amparo" (Fallo 270:367) de 1968, volvió a convalidar un golpe de estado, en este caso, perpetrado en perjuicio del Presidente Arturo Illia, alegándose, en aquella oportunidad, la ocurrencia de un hecho revolucionario y posterior constitución de un gobierno acatado en todo el territorio nacional y reconocido internacionalmente.

IV - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El llamado control de convencionalidad es un mecanismo que debe llevarse a cabo, en primer lugar, por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la propia jurisprudencia de la Corte IDH, máxima autoridad para llevar a cabo esa tarea.

un mes a dos años cuando "por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal" (art. 14, 2° párr.).

¹¹ Caso Strada, Fallo 308:490.

¹² Ambas conductas pueden cometerse por habitantes o ciudadanos, civiles o militares y, también, por autoridades nacionales o locales. Los tipos se configuran sean o no exitosos aquellos actos. La penalidad prevista remite a lo dispuesto en el art. 29 de la Constitución Nacional para los "infames traidores a la patria".

Aquel Tribunal comenzó a aplicar el mecanismo a partir del caso "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia del 25 de noviembre de 2003, lo que requiere comparar el Pacto de San José de Costa Rica y otras Convenciones a las que nuestro país adhirió, y las disposiciones de derecho interno.

A partir de este precedente, la Corte IDH en otros casos sostuvo que

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana.¹³

Dicho órgano interamericano ha dejado en claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales, sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia. (Hitters, 2009)

No se trata en verdad de revisar las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante puesto que la Comisión y la Corte IDH como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados. Por ello ha establecido que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos

tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal, eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando esta afecta derechos de individuos protegidos por la Convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada.¹⁴

Este Tribunal dejó sentado que por regla, no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en controlar si las normas locales acatan –o no– las convenciones internacionales; y por ende no se convierte en una cuarta instancia que deja sin efecto las leyes de los países.

La Corte IDH sólo analiza si la legislación interna transgrede los preceptos contenidos en la Convención Americana, y si advierte esa falencia, así se lo hace saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus poderes. Ello a fin de

¹³ "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128, Idem Corte IDH, Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26 de septiembre de 2006) párr. 124.

¹⁴ Corte IDH, Caso "Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú", sentencia del 7 de febrero de 2006, párr. 167 entre muchos otros.

evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 del Pacto aludido). En el precedente caso "Tibi"¹⁵ se afirmó:

La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

Como señala Hitters en el caso "Raxcacó Reyes"¹⁶, la Corte llevando a cabo el "control de convencionalidad", entre el Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco¹⁷, consideró que el segundo infringía los postulados del primero, por lo que dispuso que el Estado debería modificar esta norma punitiva, que posibilitaba la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras no se cumpla con tal mandato jurisdiccional "el Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro...". Igualmente se ha sostenido que el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "al imponer esa obligación de 'armonización' entre el derecho nacional y el internacional, abre el camino para una 'constitucionalización' de una convención supranacional".

En el Caso "Heliodoro Portugal vs. Panamá"¹⁸ vinculado a la desaparición forzada de personas, el Tribunal adunó que cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico, conforme se ha sostenido reiteradamente, debe adecuarse al Pacto de San José. Según ha sostenido la Corte IDH,

[la adecuación de los preceptos locales] implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Criterio que ya había sido fijado con anterioridad.

La reciente jurisprudencia del Tribunal permite controlar la convencionalidad de las

¹⁵ Corte IDH. Caso "Tibi vs. Ecuador", sentencia del 21 de marzo de 2023.

¹⁶ Corte IDH. Caso "Raxcacó Reyes vs. Guatemala", sentencia del 15 de septiembre de 2005.

¹⁷ Parr. 132 inc. ii.

¹⁸ Corte IDH. Caso "Heliodoro Portugal vs. Panamá", sentencia del 12 de agosto de 2008, párr. 180.

normas locales, incluso en abstracto. En el caso "Suárez Rosero vs. Ecuador"¹⁹, y, posteriormente, en el caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú"²⁰, se estableció que puede haber infracción al Pacto de San José aun cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto concreto.

En el precedente "Almonacid Arellano", entre otros, la Corte IDH estableció que no sólo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el contralor de marras, sino también que previamente los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente antes que el pleito llegue a la instancia internacional. Ello así porque, reiteramos, la intervención de los cuerpos supranacionales es subsidiaria y las actuaciones deben analizarse previamente en la instancia doméstica, sin perjuicio del eventual *per saltum* a los andariveles interamericanos. De ahí que el Pacto impone la necesidad de "agotar los derechos internos" (art. 46.1. a).

Se trata de aplicar, en primer lugar, el control de constitucionalidad a través del juez local, quien debe también llevar a cabo la inspección de convencionalidad. Sucede algo similar a lo que acaece en el orden interno con la cuestión federal, ya que según la clásica jurisprudencia de la Corte Suprema la norma debe ser analizada primero por los cuerpos judiciales provinciales y luego, si subsiste el agravio, por el más alto cuerpo del país.

Los Jueces nacionales como los integrantes de la Corte IDH, deben buscar la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, aclarando, demás está por decirse, que cuando hablamos de estas últimas no nos referimos sólo al Pacto de San José, sino a todos los Tratados internacionales ratificados por la Argentina, al *Ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Consecuencia lógica de la violación de las disposiciones supranacionales es la necesidad de adecuar las reglas del derecho interno a los Tratados. Esto implica que si los preceptos domésticos –sean legislativos o de cualquier otro carácter– y las prácticas estaduales de cualquiera de los tres poderes, no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crear las que corresponda. Estamos hablando del deber general del Estado de adecuación de las reglas domésticas (arts. 1.2 y 2 de la Convención)²¹.

Si bien la Corte IDH no describió qué tipo de preceptos deben analizarse, entendemos que aquella función debe contener cualquier regla de alcance general e, incluso en abstracto, mal aplicada, se trate de una ley, decreto, ordenanza, acto administrativo nacional, provincial o municipal.

Según interpretación de la Corte IDH "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad"²² *ex officio*²³

¹⁹ Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

²⁰ Corte IDH. Caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", sentencia del 30 de mayo de 1999.

²¹ Ver en tal sentido caso "Instituto de Reeducación del Menor", sentencia del 2 de septiembre de 2004.

²² Caso "Almonacid Arellano y otros", cit.

²³ Corte IDH. Caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú". (Excepciones Preliminares,

entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Cuando dicho cuerpo jurisdiccional establece que en el caso concreto se violó la convención, tal pronunciamiento es vinculante (arts. 62.3 y 68.1 del Pacto), y el Estado –tal cual vimos– tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el derecho interno, incluyendo la propia Constitución, bajo apercibimiento de incurrir en Responsabilidad Estatal²⁴.

Luego, nuestro más alto Tribunal nacional, en el caso “Simón, Julio H., y otros” entre otros²⁵, siguiendo el criterio sentado por la Corte IDH, anuló las leyes de Obediencia Debida (Ley 23.521) y Punto Final (Ley 23.492).

V - CONCLUSIÓN

En conclusión, las herramientas analizadas, ya sea bajo la forma del control de constitucionalidad o de convencionalidad revisten vital importancia y trascendencia para proteger, en la esfera nacional e internacional, la vigencia de la Constitución Nacional y demás Tratados internacionales de igual jerarquía adheridos por nuestro país.

Ello también, particularmente, en miras a garantizar el ejercicio y la tutela judicial efectiva de todos los derechos allí consagrados en favor de los ciudadanos, sin distinción ni exclusión alguna, siempre en miras a la consolidación de un Estado de Derecho cimentado sobre aquellas bases.

REFERENCIAS

- BADENI, G. (2006). *Tratado de derecho constitucional*. (2º ed.) La Ley.
- BIDART CAMPOS, G. (2003). *Manual de la Constitución reformada* (4º reimp.) Ediar.
- FALCÓN, E. M. (2010). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Rubinzal-Culzoni.
- GELLI, M. A. (2014). *Constitución de la República Argentina, comentada y concordada*, (4º ed.) La Ley.
- HITTERS, J. C. (2009). Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*. 7 (2), 109-128.
- RECUPERO, M. A. (2023). Control de convencionalidad. MJ-DOC-17306-AR Id SAIJ: DAC F240019 <http://www.saij.gob.ar/marcos-agus>
- SAGUÉS, N. (2014). *Derecho procesal constitucional*, (2º ed.) Astrea.

Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C nro. 158.

²⁴ Corte IDH. Caso “Yatama vs. Nicaragua” del 25 de junio de 2005; caso “La Cantuta vs. Perú”, sentencia del 29 de noviembre de 2006; caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

²⁵ “Simón, Julio H., y otros”, 14 de junio 2005. Revista La Ley, 29 de junio de 2005.



LA EDUCACIÓN SUPERIOR COMO DERECHO HUMANO UNIVERSAL

Lea Del Puerto

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 20/03/2024

Aprobado: 03/04/2024

LA EDUCACIÓN SUPERIOR COMO DERECHO HUMANO UNIVERSAL

HIGHER EDUCATION AS A UNIVERSAL HUMAN RIGHT

Por Lea Del Puerto¹

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

"La educación no es un privilegio,
es un derecho que debe ser accesible para todos".

Eduardo Galeano

Resumen: El presente trabajo desarrolla la evolución histórica y marco regulatorio que da cimiento al concepto de educación superior como derecho humano universal. Asimismo, realiza un repaso de las transformaciones que tuvo el sistema educativo en los últimos cuarenta años las que derivaron en nuevos roles asumidos por las universidades públicas en el complejo entramado social. Por último, se brindan los fundamentos vinculados a la necesidad de un Estado garante del derecho humano a la educación superior, en tanto prerrogativa individual y colectiva.

Palabras clave: universidades públicas, derechos humanos universales, estado garante, desarrollo, soberanía, inclusión

Abstract: This work develops the historical evolution and regulatory framework that gives foundation to the concept of Higher Education as a Universal Human Right. Likewise, a review is made of the transformations that the educational system has undergone in the last 40 years, which led to new roles assumed by Public Universities in the complex social fabric. Finally, the foundations linked to the need for a State to guarantee the Human Right to Higher Education are provided, as an individual and collective prerogative.

¹ Abogada. Especialista en Derecho Penal y Criminología (UNLZ). Diplomada Internacional en Teoría del Delito y Criminología (UNLZ). Diplomada en Derecho Constitucional y Magistratura (UNO). Licenciada en Comunicación Social y docente universitaria (UNLP). Secretaria Relatora de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos del Honorable Senado de la Provincia de Buenos Aires. Asesora legislativa. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-9141-3072>. Correo electrónico: lealdelpuerto@gmail.com

Keywords: public universities, universal human rights, guarantor state, development, sovereignty, inclusion

I - PLANTEO PRELIMINAR

El derecho a la educación superior se constituye como tal en consonancia con los procesos de transformaciones sociales, económicas, políticas y culturales que se fueron desarrollando fuertemente en las últimas dos décadas en América Latina.

Ahora bien, afirmar que la educación superior es un derecho humano universal puede encontrar algunas resistencias, sin embargo, y como veremos en este documento, diversos organismos internacionales vienen desarrollando con rigorismo el concepto y su articulación práctica, en vistas que resulta ser la herramienta más eficaz para el desarrollo de las sociedades modernas y la lucha contra las desigualdades.

El goce de este derecho abarca tanto la accesibilidad a la universidad – en cuanto a cercanía, gratuidad, y calidad – como la contención dentro del sistema educativo, a fin que las y los estudiantes puedan concluir sus carreras en plazos razonables y que no se enfrenten a circunstancias de exclusión, discriminación y humillación.

Bien sabemos que las universidades tienen cerca de mil años de historia, y desde sus orígenes – en algunas ciudades europeas – hasta hace apenas unas décadas, fueron concebidas como instituciones de acceso restringido a sectores populares. En contraposición a esa realidad, la educación superior comprendida como un derecho humano universal es una idea realmente muy joven, novedosa e incluso en continuo desarrollo.

II - SITUACIÓN ACTUAL DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN NUESTRO PAÍS

"La conquista mas grande fue que la Universidad se llenó de hijos de obreros, donde antes estaba solamente admitido el oligarca".

Juan Domingo Perón

En Argentina las condiciones de acceso, permanencia y egreso a la educación superior se fueron modificando sustancialmente a partir de la implementación de un proceso de democratización, acompañado por importantes modificaciones legislativas y políticas públicas que hicieron las veces de engranaje central para el desarrollo de una universidad gratuita, universal y de calidad.

Según un relevamiento realizado en 2022², en todo el territorio nacional funcionan 65 centros universitarios de gestión estatal, en los que estudian el 80 % de las personas incorporadas al sistema educativo superior, y tan sólo un 20% de las y los estudiantes se encuentran incorporados al sistema de instituciones privadas.

² www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sintesis_2021-2022_sistema_universitario_argentino_1.pdf

Desde el advenimiento de la democracia las universidades públicas de nuestro país –y en particular aquellas más tradicionales–, fueron abandonando el rol histórico de reproducir y legitimar élites, para convertirse en una institución que posibilita la inclusión social y es un factor de desarrollo para su comunidad. Es decir, pasó de ser un privilegio de pocos para convertirse en un derecho de todos y todas, un derecho humano universal que debe ser protegido y garantizado por el Estado.

En los últimos meses las instituciones de educación superior públicas de nuestro país se enfrentan a nuevos paradigmas – o tal vez no tan novedosos –, circunstancia que nos interpela a repensar la actualidad de la universidad, y nos compele a valorar el rol que tienen en el entramado social. En esa tarea resulta trascendental revisar su historia local; como la lucha estudiantil que derivó en la Reforma Universitaria de 1918³, la gratuidad alcanzada por Decreto Presidencial nro. 29.337⁴ de 1949, mediante el cual el Estado nacional se comprometió a dotar a las universidades de los recursos necesarios para desarrollar sus objetivos, y el proceso regional de democratización que abrió las puertas de las casas de altos estudios a su comunidad.

Todo ello nos pone en perspectiva sobre la importancia de los valores que deben ser resguardados de aquellos sectores que buscan perpetuar sus posiciones de privilegios a través de la exclusión en el acceso al conocimiento.

III - TRATADOS INTERNACIONALES - FUENTE PARA EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE EDUCACIÓN SUPERIOR COMO DERECHO HUMANO UNIVERSAL

Los derechos humanos universales comprenden dos dimensiones, una de ellas engloba a aquellos derechos respecto de los cuales bajo ninguna circunstancia se debe incurrir en violaciones –tal como lo han hecho sistemáticamente en distintos momentos de nuestra historia los regímenes autoritarios– y otra dimensión, a la que justamente refiere este texto, es el esquema que acuña los derechos humanos universales que deben ser garantizados por los Estados democráticos en virtud de su importancia, y que resulta ser el único con recursos suficientes para hacerlo, allí situamos el derecho humano a la educación superior.

En 1994 Argentina incorporó a su carta magna (art. 72 inciso 22) un conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos garantizando así el acceso a derechos

³ El Manifiesto Liminar de la reforma universitaria de 1918 es el legado de mayor riqueza histórica del proceso reformista, y el que marcó el camino de la etapa que se iniciaba poniendo en el centro de escena de todo debate a los estudiantes. Para más información sugerimos ver: Sanguinetti, Horacio, "La Reforma Universitaria" y Carli, Sandra. "Los dilemas del tiempo presente de la Universidad Pública en la Argentina. Las huellas de la Reforma Universitaria de 1918 y de los horizontes de 1968".

⁴ El 22 de noviembre de 1949 se estableció la gratuidad universitaria en la Argentina a través del Decreto Presidencial nro. 29.337 de Juan Domingo Perón, que suprimió el cobro de aranceles en las instituciones de Educación Superior. Este hecho fundamental en la historia de la Universidad pública posibilitó por primera vez el acceso de los hijos de los trabajadores a la formación universitaria. A partir de ese momento se evidenció un aumento exponencial de la matrícula universitaria, pasando de 80.292 estudiantes en 1950 a 138.249 en tan solo 5 años, lo que conforma un 72% de incremento en el acceso a la universidad.

fundamentales y definiendo los principios de igualdad y no discriminación que resalta el derecho internacional, con el objetivo de contribuir al desarrollo de los sistemas democráticos (por aplicación del principio de control de convencionalidad internacional).

Uno de esos instrumentos de supremacía constitucional es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)⁵ mediante el cual se establecen por primera vez en la historia, los derechos fundamentales –entre ellos, a la educación–. Dicho documento fue base de inspiración para al menos setenta tratados de derechos humanos, que se aplican hoy en día de manera permanente a nivel mundial y regional.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR)⁶, es un tratado de carácter multilateral que establece los mecanismos para la protección y garantía de los derechos allí consagrados, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 2200A (XXI) el 16 de diciembre de 1966. Allí se asume el compromiso de trabajar para la concesión de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, incluidos los derechos laborales y los derechos a la salud, la educación y un nivel de vida adecuado.

Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que supervisa la aplicación del ICESCR, ha desarrollado el alcance normativo del derecho a la educación en su Observación General nro. 13 de 1999. Allí se definieron cuatro características interrelacionadas que debe tener la educación en todas sus formas y en todos los niveles: disponibilidad, accesibilidad, calidad y adaptabilidad.

A nivel regional y global los procesos educativos deben ir en consonancia con los compromisos asumidos en los pactos Internacionales, y basarse en principios de no discriminación, paz, tolerancia, igualdad y hermandad entre los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos, personas de origen indígena, y el respeto del medio ambiente natural.

⁵ En su artículo 26 hace expresa mención al derecho humano a la educación: "Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

⁶ En su Parte Tercera, el artículo 13 reafirma: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente".

En relación con las niñas y mujeres, nuestro país ha asumido la obligación especial de protegerlas frente a toda forma de discriminación que les impida ejercer su derecho a la educación, en cualquiera de sus niveles y a lo largo de sus vidas. La educación debe ser entonces accesible y el Estado debe adoptar medidas positivas para hacer de esta obligación una realidad vital (Recomendación General nro. 36, CEDAW, de 2017)⁷.

Asimismo, la universalidad del derecho indica que todas las personas puedan acceder y concluir su formación, independientemente de su status legal y la documentación reglamentaria con la que cuenten (Observación General conjunta nro. 3, ICRMW, y nro. 22, CRC, de 2017).

Por otra parte, el Estado también debe velar por que las personas en situación de discapacidad puedan ejercer su derecho a la educación en todos los niveles, mediante un sistema inclusivo, sin discriminación y en igualdad de condiciones (Observación General nro. 4, CRPD, de 2016).

La importancia de la educación para fomentar el respeto y protección de los derechos humanos, es de tal magnitud que la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó, mediante su resolución 59/113, el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos (2005), el cual es coordinado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

Como hemos revisado en los documentos mencionados e instrumentos de derecho humanos, queda claro, que los objetivos de la educación superior comprenden el desarrollo, la inclusión, la participación en los asuntos públicos, el combate del racismo y toda forma de discriminación.

Un Estado que, a través de financiamiento adecuado y políticas públicas de apoyo, garantice el acceso, permanencia y éxito en las aulas cumple los compromisos asumidos con los organismos internacionales, apuesta a la integración regional y al crecimiento de su comunidad.

IV - PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN Y ADECUACIONES LEGISLATIVAS LOCALES

A lo largo de las últimas décadas asistimos a cambios en los marcos regulatorios del sistema educativo – en todos sus niveles – que, acompañados de políticas y programas de financiamiento y apoyo tuvieron una incidencia directa sobre la amplitud del acceso a la educación superior.

Las directrices planteadas en los instrumentos internacionales antes detallados, tuvieron su traducción legislativa local en la Ley de Educación Nacional nro. 26.206, la que en su artículo 3° declara:

⁷ Con extrema lucidez Rita Segato, escritora, antropóloga y activista feminista argentina, nos enseñó que "la violación de los derechos de las mujeres es la base de la pirámide de la desigualdad".

La educación es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa, reafirmar la soberanía e identidad nacional, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y fortalecer el desarrollo económico-social de la Nación.

Otras normas de gran aporte en el proceso de democratización son: la Ley Federal de Educación nro. 24.195/1995 que extendió la obligatoriedad escolar de 7 a 10 años, la Ley de Educación Nacional (LEN) nro. 26.206/2006 estableció una escolaridad obligatoria a partir de los 4 años y hasta completar la escuela secundaria, y la Ley de Educación Técnico Profesional (ETP) nro. 26.058/2005 que regula el servicio educativo de la educación técnico profesional en sus diferentes niveles (medio y superior no universitario), modalidades (formal y no formal) y la formación profesional.

Va de suyo que, a pesar de todos los avances en la materia, aún hoy la política educativa enfrenta el desafío de garantizar el cumplimiento de la educación secundaria obligatoria y es en las escuelas de gestión estatal donde se materializa el reto de escolarizar a sectores sociales de primera generación que acceden a la educación preuniversitaria, tanto como a los alumnos y alumnas que abandonan sus estudios.

V - EL APOORTE DE LA UNESCO

La primera vez que se promovió la idea de educación superior como derecho humano universal fue en la Conferencia Regional de Educación Superior en América Latina y el Caribe⁸ (CRES), celebrada en Cartagena de Indias, Colombia, en junio de 2008, y sin lugar a dudas fue un hecho revolucionario a nivel mundial, siendo nuestra región pionera en sentar las bases de esa posición.

La Conferencia puso énfasis en que la educación superior constituye un bien público, así como un instrumento estratégico para el desarrollo sustentable y la cooperación interinstitucional e internacional. En la Declaración Final y Plan de Acción se concluye que la educación superior es generadora de prácticas de integración regional y conformación de un espacio común de conocimiento.

En el año 2018 se emitió el documento con las conclusiones de la III Conferencia Regional de Educación Superior, mediante el cual se puso de resalto que la educación superior constituye un bien público social y un derecho humano universal, al tiempo que se puso énfasis en la responsabilidad que tienen los Estados de garantizar el cumplimiento de ese derecho a todos los ciudadanos y ciudadanas.

⁸ El evento fue organizado por el Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC) y por el Ministerio de Educación Nacional de Colombia, constituyéndose en preámbulo para la II Conferencia Mundial de Educación Superior (CMES) llevado a cabo en la capital francesa al año siguiente, y que si bien recogió las conclusiones de la CRES 2008, estas no tuvieron la recepción esperada.

"Esos principios se fundan en la convicción de que el acceso, uso y democratización del conocimiento es un bien social, colectivo y estratégico esencial para garantizar los derechos humanos básicos", reza la Declaración de la CRES 2018.

Entre las ideas principales del documento se destaca que la universidad es un espacio de debate, investigación, innovación y como tal, debe incluir, fomentar y propiciar la discusión sobre los derechos humanos con la participación de toda la comunidad universitaria.

Como corolario de la Declaración se afirmó:

las instituciones de educación superior están llamadas a ocupar un papel preponderante en la promoción y el fortalecimiento de las democracias latinoamericanas, rechazando las dictaduras y los atropellos a las libertades públicas, a los derechos humanos y a toda forma de autoritarismo en la región.

La III Conferencia Regional de Educación Superior, se realizó en la Universidad Nacional de Córdoba en el mes de junio de 2018, y pudo llevarse a cabo gracias a las gestiones conjuntas del Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC), la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), el Consejo Interuniversitario Nacional de Argentina (CIN) y la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la República Argentina (SPU); brindando un espacio de debate a cientos de actores que forman parte del sistema educativo, así como también a miles de personas que sintieron la necesidad de sumarse a plantear posiciones sobre el presente y el porvenir de la educación superior.

Todo el material producido durante esas Conferencias, son un legado valioso para avanzar en la construcción de un sistema de educación regional cooperativo y solidario, articulado alrededor del deseo de prosperidad y buen vivir para los pueblos de la región.

VI - ESTADO GARANTE DEL DERECHO HUMANO UNIVERSAL A LA EDUCACIÓN

La complejidad que reviste la concepción de la educación superior en tanto derecho humano universal radica en que es al mismo tiempo, un derecho individual mediante el cual una persona puede y debe gozar de él con fines de alcanzar su realización profesional y a su vez, es un derecho colectivo en tanto que la sociedad que la financia, exigirá un retorno de esa "inversión" en crecimiento y desarrollo, con profesionales formados y capacitados para dar respuestas a las necesidades de esa comunidad.

En otras palabras, el derecho a la universidad pública, gratuita y de calidad es inherente al pueblo que lo respalda, y el Estado debe asignar esos recursos debidamente para hacerlo operativo. Consecuentemente, el sistema educativo superior proveerá a su comunidad de científicos, técnicos, académicos, artistas, investigadores, que ubique a esa sociedad en posición de desarrollo y competitividad frente al mundo.

En vista de todos los valores que la universidad representa para su comunidad es que no existe margen de duda: el derecho humano universal a la educación superior debe ser garantizado por el Estado.

VII - LOS NUEVOS ROLES DE LAS UNIVERSIDADES MODERNAS

La universidad que en su gesta fue una máquina de reproducción de privilegios, en las últimas décadas se constituyó (no sin férreas resistencias, claro está) en una herramienta de la justicia social por antonomasia. Podemos afirmar que es el medio para torcer los destinos de aquellas personas que, por razones como la clase social, raza, sexo, nacionalidad, discapacidades y condiciones neuroatípicas; hubieran quedado relegadas del sistema.

Otras de las nobles misiones que en términos sociales desarrolla la universidad pública, es la de brindar claridad y generar debates con respecto a las consecuencias políticas del uso de conceptos teóricos, en diálogo permanente con los actores y movimientos sociales y, sobre todo, asumiendo un rol protagónico guiado por la voluntad de producir transformaciones estructurales dentro de su comunidad.

Por otro lado, la universidad moderna, es también extensión, acercándose a regiones más alejadas de centros urbanos, y a su vez abriendo las puertas a la comunidad en función de contribuir de forma directa a las necesidades que los distintos tipos de sociedades requieren.

VIII - CONCLUSIÓN

El resultado de las luchas en materia de derechos fueron siempre el fruto de las controversias sociales que lograron torcer el orden establecido. El proceso reformista del dieciocho sentó las bases del modelo latinoamericano de universidad con una mirada hacia la realidad social; la Ley de 1949 –la gratuidad de la educación– apuntaló la noción de una universidad de puertas abiertas en pos de la justicia social; la modificatoria de la Ley de Educación Superior desarrolló prácticas inclusivas y democratizadoras.

El momento histórico que atravesamos nos revela un fuerte desafío en materia de proteger y promover derechos individuales y colectivos. En tal sentido, la educación superior viene siendo blanco de ataque donde la batalla cultural se despliega con mayor fiereza, aun cuando en la resolución de los conflictos predomine el carácter simbólico de esas disputas que refieren nada más, ni nada menos, que a una forma de concebir la vida. Motivo el cual, pone en valor el significado de la educación superior en términos de derechos y experiencias vitales es también una manera de tomar las armas (la palabra) para dar la batalla contra quienes atacan sus cimientos.

La Universidad pública, gratuita y de calidad es tanto un derecho individual como colectivo de una sociedad que apuesta al progreso, a la generación de ideas, a la innovación tecnológica, al desarrollo de las ciencias y el fomento de las artes que enaltecen los espíritus... es presente y es futuro.

Defender la educación superior es trabajar por la inclusión y la identidad, es defender la soberanía de nuestro país y es luchar por los destinos de infancias y jóvenes que habitan esta tierra, para que sólo se encuentren determinados por sus elecciones.

"La educación es libertad".
Paulo Freire

REFERENCIAS

- CARLI, S. (2016). Los dilemas del tiempo presente de la Universidad Pública en la Argentina. Las huellas de la Reforma Universitaria de 1918 y de los horizontes de 1968. En Z. Navarrete Cazales y J. Loyola Martínez (coord.) *Formación de sujetos. Reformas, políticas y movimientos sociales*. Plaza y Valdés.
- FREIRE, P. (1965). *La educación como práctica de la libertad*. Argentina Editores S. A.
- SANGUINETTI, H. (1998). La Reforma Universitaria, 1918-1998. *Todo Es Historia*, 371, 56-71.



**UNA FORMA DE ENTENDER
LA DISPUTA DE SOBERANÍA DE MALVINAS**

Alejandro Gómez y Pablo Chiesa

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 28/03/2024

Aprobado: 10/04/2024

UNA FORMA DE ENTENDER LA DISPUTA DE SOBERANÍA DE MALVINAS

A WAY TO UNDERSTAND THE MALVINAS SOVEREIGNTY DISPUTE

Por Alejandro Gómez¹ y Pablo Chiesa²
Universidad Nacional del Oeste, Argentina

Resumen: El presente artículo forma parte de una incipiente línea de investigación³ que se desarrolla en el marco del Instituto de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional de la Universidad Nacional del Oeste respecto a las políticas públicas vinculadas al reconocimiento sobre la soberanía del territorio de las islas Malvinas, del Atlántico sur y del Mar Argentino. En el contexto actual se considera oportuno reflexionar y visibilizar estas cuestiones para contribuir al debate sobre la geopolítica del poder, la soberanía y el fortalecimiento de la conciencia nacional desde una perspectiva de defensa irrestricta de los DD.HH., comprometiendo a la comunidad universitaria, de una manera viva, en las problemáticas nacionales, regionales y locales. En ese marco, nos permitimos compartir algunos de los avances a los que hemos arribado.

Palabras clave: extractivismo, recursos naturales, modo de producción capitalista

Abstract: This article is part of an incipient line of research that is developed within the framework of the Institute of Popular Culture and National Thought of the National University of the West regarding public policies linked to the recognition of the sovereignty of the territory of the Malvinas Islands of the South Atlantic and the Argentinian Sea. In the current context, it is considered

¹ Licenciado en economía de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Maestrando en Desarrollo Territorial y Urbano (UNDAV-UNQUI). Docente de grado y posgrado. Director del proyecto de investigación "La precariedad socioespacial. Análisis del caso de Merlo, Buenos Aires" (UNO). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-5540-8419>. Correo electrónico: alegomez@uno.edu.ar

² Periodista. Licenciado en Estudios políticos (UNGS). Maestrando en Políticas Públicas y Gobierno UNLa. Docente investigador (UNO- UNM). Director del proyecto "Estrategia geopolítica del Estado nacional argentino en función de la soberanía del territorio y sus recursos económicos de las Islas Malvinas, islas del Atlántico sur y Mar argentino. Período 2012-2022". Radicado en el Instituto de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional (UNO). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-8053-9263>. Correo electrónico: pchiesa@uno.edu.ar

³ Esta tiene actualmente un primer proyecto en "Estrategia Geopolítica del Estado Nacional Argentino, en función de la soberanía del territorio y los recursos económicos de las Islas Malvinas, Islas del Atlántico Sur y Mar Argentino. Período 2012-2022"

appropriate to reflect and make these issues visible to contribute to the debate on the geopolitics of power, sovereignty and the strengthening of national consciousness from a perspective of unrestricted defense of human rights, engaging the university community, in a lively way, in national, regional and local problems. Within this framework, we allow ourselves to share some of the progress we have made.

Keywords: extractivism, natural resources, capitalism mode of production

I - LA TEORÍA DE LOS BIENES COMUNES Y EL EXTRACTIVISMO

James O'Connor (2002) afirma la existencia de dos contradicciones principales del modo de producción capitalista. La contradicción clásica de explotación capitalista del trabajo inherente al ámbito de valorización del capital. Por otro lado, la de capital respecto de condiciones de producción que es propia de la lógica instrumental de los llamados recursos naturales y es expresada en términos de valores de uso. El capitalismo a partir de la primera genera recurrentes crisis de sobreproducción de capital, que tienen su origen en el aumento de la tasa de explotación de la fuerza de trabajo. Este tipo de crisis son internas al sistema y se explican por la contradicción producción social- apropiación privada. Mientras la segunda contradicción hace referencia a las condiciones de producción, externas a los mecanismos del mercado. Existen, según Marx, tres condiciones de producción: la fuerza de trabajo humana, el ambiente o condiciones naturales o externas de producción y la infraestructura urbana o condiciones generales, comunitarias de producción (O'Connor, 2002). Las crisis recurrentes de sobreproducción implican la necesidad del capital de realizar nuevas experiencias de acumulación por desposesión (Harvey, 2007) con el objetivo de restaurar la tasa de ganancia. Los capitales ociosos sin posibilidades de inversiones rentables, necesitan extenderse sobre las condiciones de producción. De esta forma, el capital avanza sobre determinados bienes comunes⁴.

El "extractivismo" es otra forma de expansión del ámbito de realización del capital sobre las condiciones de producción y es, entonces, consecuencia de la racionalidad instrumental de la naturaleza. Esta tiende al socavamiento de la base natural del sistema, dado que, por cuestiones de tasa de ganancia, el capital no puede prever el costo de reproducción de la naturaleza (Riffo y Galafassi, 2018). El proceso de acumulación del capitalismo actual, implica una reprimarización de las economías latinoamericanas (y de los países del sur global en general), instaurando una economía de rapiña que busca extraer lo máximo posible en el menor tiempo, sin tener en cuenta ni el costo ambiental ni la sostenibilidad de ese proceso (Galafassi, 2010).

⁴ Privatizaciones de empresas nacionales, instituciones y bienes públicos, programas de austeridad estatal y el sistema de la deuda externa son las formas en la cual se expresan estos nuevos cercamientos en el marco del Estado neoliberal.

Según lo que expone Svampa (2011) algunos países⁵ privilegian el cuidado del ambiente local en perjuicio del ambiente a nivel global. Este movimiento torna lucrativos territorios que anteriormente eran considerados improductivos. En ese sentido, las disputas territoriales entre potencias mundiales y países periféricos pueden ser entendidas como consecuencia de las crisis de realización del capital. La cuestión Malvinas adquiere otra relevancia como extracción de recursos naturales y cercanía a fuentes de bienes irreproducibles mediante el trabajo humano.

II - MALVINAS, OCUPACIÓN Y EXTRACTIVISMO

Retomando el conflicto en torno a las islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos circundantes del Atlántico Sur, es oportuno mencionar que se ubican en un lugar estratégico, frente al estrecho de Magallanes y próximas al pasaje de Drake y canal de Beagle, donde se establecen los pasos bioceánicos entre el Atlántico y el Pacífico. Esto repercute sobre el control del tráfico marítimo desde el sur de África y de América hacia el Atlántico Norte⁶. Desde los Acuerdos de Comunicaciones de 1971, Argentina desplegó una política de acercamiento hacia las islas a través del establecimiento de enlaces aéreos y marítimos y la provisión de servicios⁷. En este contexto⁸, Gran Bretaña comenzó a delinear una política planificada en relación a la explotación y apropiación de recursos económicos vinculados al petróleo y la pesca (Cisilino y Bilmes, 2023).

A fines de la década del 70 hubo una reconversión de la economía malvinense desde la producción de lana hacia la explotación pesquera, actividad en expansión (Bareiro y Rattenbach, 2022). Poco después en 1986 los ingleses establecieron una Zona Económica Exclusiva (ZEE) circundante a Malvinas para la explotación pesquera, la cual se fue extendiendo a través de los años. Durante la presidencia de Carlos Menem, la Argentina experimentó un enorme retroceso de su soberanía, al colaborar en el monitoreo científico y compartir con el Reino Unido información estratégica sobre los recursos vivos marinos de la ZEE⁹. El negocio pesquero adquirió cada vez mayor relevancia, siendo hoy una materia de disputa comercial. La enorme riqueza que persiguen las multinacionales presentes en el Atlántico Sur tiene relación directa con las consecuencias medioambientales en la zona, debido a la depredación que se produce.

⁵ Países del norte tienden a desplazar las primeras fases de las actividades extractivas hacia el sur.

⁶ Sumado a esto, Argentina cuenta con el octavo litoral marítimo en extensión a nivel mundial, con 4.725 km de costa (considerando únicamente el litoral atlántico de América del Sur) y la segunda plataforma continental –esto es, submarina– del mundo. Los espacios marítimos argentinos son de los más extensos y productivos del mundo con una biodiversidad única e importantes recursos naturales, tanto ictícolas, hidrocarbúricos, minero-metalíferos y genéticos. Estamos refiriéndonos a 6.580.000 km².

⁷ Principalmente en materia de energía y transporte, para lo cual se estableció la presencia de las empresas estatales argentinas YPF, Gas del Estado y LADE en las islas.

⁸ Y especialmente sustentados en la información del Informe Shackleton (1976).

⁹ Lo cual se revirtió recién en 2005, en la presidencia de Néstor Kirchner.

Según los datos oficiales para el año 2018 el 63,6% del producto bruto interno se debe a la actividad pesquera y de acuicultura¹⁰, siguiendo con un 10,3% las actividades ligadas al sector público (Falkland Islands Government, 2021). Dos características a tener en cuenta para analizar el sector productivo es que las licencias que se extienden a las empresas pesqueras pueden ser de hasta 25 años, otorgando derechos a largo plazo y que el control sobre la posible sobreexplotación de los recursos depende de la presencia de los/as escasos/as inspectores/as a bordo (Ortega, Saavedra y Esquiroz, 2019).

Por otro lado, la aprobación, por parte de la ONU, de la presentación argentina sobre el límite exterior de la plataforma continental ratifica el derecho de soberanía sobre los recursos del lecho y subsuelo en más de 1.782.000 km² de plataforma continental argentina, lo que implica un aumento del 35%, pero, no impacta de modo directo sobre la columna de agua, por lo cual, no tiene influencia sobre la mayoría de los recursos pesqueros importantes para la región¹¹. Por ello, afirman Spinelli, Tomasini y Dentice, (2018) "es necesario lograr acuerdos con Naciones Unidas para el manejo de altamar, más allá del límite de la zona económica exclusiva, para abordar la pesca ilegal".

III - POLÍTICAS IMPLEMENTADAS ¿QUÉ HIZO EL ESTADO ARGENTINO EN LA ÚLTIMA DÉCADA PARA RECUPERAR SOBERANÍA SOBRE LOS BIENES COMUNES?

Una de las principales iniciativas, instaurada en 2014 fue el proyecto Pampa Azul. Con la participación de más de 30 científicos y de universidades nacionales como la de la Patagonia San Juan Bosco y la Patagonia Austral, junto al CONICET, permitió la incorporación de conocimiento sobre los recursos del mar de manera integral, como así tener presente que el Mar Argentino aporta 1,5 % del PBI con posibilidad de que sea el 15 %¹².

Desfinanciado durante la gestión gubernamental de Mauricio Macri, fue relanzado en la presidencia de Alberto Fernández, coincidiendo con la aprobación de la Ley 27.557, que demarca el reconocimiento del nuevo límite exterior de la plataforma continental argentina, más allá de las 200 millas náuticas.

Otras acciones importantes fueron las de considerar, en 2020, a la industria naval como sector estratégico y la creación del Fondo Nacional de Defensa (FONDEF) y del Comando Conjunto Marítimo que, desde 2022, conduce en forma centralizada la labor de

¹⁰ Siguiendo a Patronelli (2017) y a modo de ejemplo, la pesca de la Argentina continental representa 22 kg per cápita, mientras que para los kelpers ese número es de 66.000 kilos per cápita para 2012.

¹¹ Un informe del Centro de investigación y medición económica (CIME) de la Universidad Nacional de San Martín indica que en el Mar Argentino coexisten cerca de 600 especies de vertebrados: unos 420 peces óseos, 112 peces cartilaginosos, 82 aves marinas, 55 mamíferos marinos y cuatro tortugas.

¹² Los objetivos de este proyecto se vinculan directa o indirectamente con el tema de este artículo: contribuir a profundizar el conocimiento científico como fundamento de las políticas de preservación y manejo sustentable de los recursos marinos; promover innovaciones tecnológicas aplicables al fortalecimiento de las industrias vinculadas al mar y al desarrollo económico de las regiones marítimas argentinas; entre otras.

las Fuerzas Armadas en el control y la vigilancia de los espacios marítimos y fluviales del país, incluyendo el control de la pesca ilegal, la protección de los recursos naturales en el mar y el monitoreo del cumplimiento del marco legal vigente en las Áreas Marinas Protegidas. En términos científicos, la creación del Polo Industrial-Tecnológico para la Defensa, sumado a las empresas estatales INVAP y ARSAT, de vanguardia mundial en tecnología aeroespacial, también deben ser considerados avances para la soberanía nacional. (Spinelli, Tomasini y Dentice, 2018). Finalmente, las tareas de construcción de nuevos laboratorios en las bases antárticas argentinas como Esperanza, Orcadas y San Martín. Ello permitirá entablar nuevos ejes logísticos con Ushuaia, a la vez que mejorar la calidad de las bases argentinas. (Cisilino y Bilmes, 2023).

IV - CONCLUSIONES

A lo largo del artículo intentamos mostrar una aproximación novedosa a la discusión sobre la ocupación colonial en las Malvinas y el área de conflicto. Así, entendemos que es necesario para ello rediscutir las definiciones simplistas sobre el territorio, la naturaleza y su apropiación. La teoría de los bienes comunes nos permite alejarnos de la lógica instrumental sobre los recursos ambientales desde una perspectiva que no separe la unidad existente entre el ser humano y la naturaleza. A su vez, el reconocimiento constitucional del derecho a un ambiente sano genera una relación directa entre derechos humanos y ambiente. La disputa territorial entre Argentina y Reino Unido tiene implícita la posibilidad o no de decidir sobre los bienes comunes de la región y hasta donde se explotan los recursos naturales. En ese sentido, el Estado argentino ha oscilado en sus políticas de defensa soberana de su territorio en la última década, con una posición firme en los gobiernos de Cristina Fernández de Kirchner (2011-2015). Posteriormente de Alberto Fernández (2019-2023) y con retrocesos en la gestión de Mauricio Macri (2015-2019). Más allá de las diferencias entre unos y otros, resulta todavía un desafío encarar políticas de Estado que se posicionen desde la perspectiva de los bienes comunes y eviten el corto y cautivante, pero, al mismo tiempo, peligroso camino del extractivismo y la depredación de los recursos.

REFERENCIAS

- BAREIRO, A. Y RATTENBACH, J. A. (2022). Pesca, Malvinas y el Atlántico Sur. En J. A. Rattenbach. *Una nación en el mar*. CIPEX.
- BILMES, J. Y CISILINO, J. (2023). ¿Por qué Malvinas? Capacitación integral para una Argentina bicontinental. *Material de Apoyo de la Capacitación Docente*. Punto Docente.

- FALKLAND ISLANDS GOVERNMENT. (2021). State of the Falkland Islands economy 2020. En: <https://www.falklands.gov.fk>
- HAESBAERT, R. (2013). Del mito de la desterritorialización a la multiterritorialidad. *Cultura y Representaciones Sociales* 8 (15). <https://doi.org/10.22201/crim.200781110> e20-13. 401
- HARVEY, D. (2007). *El nuevo imperialismo*. (pp. 111-140). Akal.
- O'CONNOR, J. (2002). "¿Es posible el capitalismo sostenible?". En H. Alimonda. *Ecología Política: naturaleza, sociedad y utopía*. CLACSO.
- ORTEGA, F. E., SAAVEDRA, D. Y ESQUIROZ, F. (2019). Licencia para depredar. En: <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/119293>
- PATRONELLI, H. (2017). Re-significar Malvinas para re-pensarlo en clave geopolítica. Una mirada desde el sur global. <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/112852>
- SPINELLI, M. A., TOMASINI, V. Y DENTICE, E. (2018). La economía del mar. Los recursos marinos de la plataforma continental ampliada. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas* 21 (2) 147-171 <https://doi.org/10.30972/0213732>
- SVAMPA, M. (2011). Extractivismo neodesarrollista, Gobiernos y Movimientos Sociales en América Latina. *Problèmes d'Amérique Latine*, 81, 103-128.
- TURCO, J. (2018). ¿De qué hablamos cuando hablamos de soberanía energética? En F. Gutiérrez (Comp.) *Soberanía energética. Propuestas desde el campo popular*. Ediciones del Jinete insomne.



**VISIBILIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE PERSONAS
EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y SU NECESIDAD DE PROTECCIÓN**

Guillermo Torti

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 06/03/2024

Aprobado: 10/04/2024

VISIBILIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y SU NECESIDAD DE PROTECCIÓN

VISIBILITY OF THE RIGHTS OF PEOPLE IN VULNERABLE SITUATIONS AND THE NEED FOR THEIR PROTECTION

Por Guillermo Torti¹

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

Resumen: El presente artículo tiene como fin analizar la obligación estatal asumida desde la adhesión de nuestro país a los Instrumentos Internacionales de protección de derechos humanos, y visibilizar los principales desafíos que enfrentamos en la actualidad en relación a garantizar los derechos de aquellos que se ubican en los sectores más vulnerables de la sociedad.

Palabras clave: derechos humanos, vulneración social, visibilización

Abstract: The purpose of this article is to analyze the State obligation assumed since our country's accession to the International Instruments for the protection of human rights, and to make visible the main challenges that we currently face in relation to guaranteeing the rights of those who are located in the most vulnerable sectors of society.

Keywords: human rights, social vulneration, visibility

I - INTRODUCCIÓN

Las primeras legislaciones internacionales que resaltan los derechos humanos que poseen todas y cada una de las personas y que prescriben su protección y goce sin in-

¹ Abogado (UNLZ). Docente en las cátedras de Derecho Político e Historia del Derecho (Carrera de Abogacía -UNO) y en la Diplomatura de Género (Facultad de la Fuerza Aérea Argentina). Fue juez del Juzgado de Familia nro. 7 de Morón. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1280-4608>. Correo electrónico: guitorti62@gmail.com

jerencias arbitrarias datan, de 1948. Estos instrumentos resaltan la igualdad y el derecho a la dignidad de todas las personas, sólo por conformar parte de la familia humana.

Entre ellos, en su Preámbulo señala la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, – y lo resalta en su artículo II – “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de su preámbulo justifica su proclamación² para garantizar en forma igualitaria a todos el goce de los derechos inherentes a su condición de ser humano³. Allí se ubica el énfasis en las conductas sociales, en la falta de respeto a la dignidad humana y a las diferencias arbitrarias que históricamente se han manifestado dentro de cada Estado.

Ambas Declaraciones han pretendido, desde esa época, actuar en defensa y protección de los sectores más vulnerados y minoritarios en contraposición a aquellos grupos percibidos como mayoritarios. Estos últimos caracterizados por carecer de una visión altruista, y que históricamente han referenciado a los primeros como un problema ajeno, exclusivo e inherente al mismo.

Es así que se ha generado una opresión o invisibilización del reclamo de quienes integran estos grupos, que padecen de total ausencia de respuesta a sus propias y particulares demandas, alejándose de las metas naturales en la que se sustenta un Estado, como lo son el equilibrio, la justicia y la paz social. Sólo en una sociedad inclusiva, pacífica, igualitaria, respetuosa y equilibrada, los seres humanos que la integran pueden desarrollar armoniosamente su personalidad sin ninguna distinción y así contribuir con su obligación social.

En ese marco, es preciso destacar que las exclusiones sociales se han mantenido a lo largo de la historia de la humanidad, con prescindencia de quienes ejercen ocasionalmente el poder. Los instrumentos internacionales que hoy revisten carácter de legislación obligatoria para nuestro país, han receptado esta problemática. En la Declaración de los Derechos del Niño⁴, se reconoce que “en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración”. En el mismo sentido se expresan otros instrumentos en su preámbulo como en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵, o de la Convención

² “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”

³ Ver art. 1 “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y art. 2 “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna”.

⁴ Declaración de Ginebra mentada en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁵ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 (Ley 26.378).

Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁶.

La legislación internacional citada, que es parte de nuestra normativa, buscó visibilizar aquellos sectores de la sociedad que han padecido históricamente discriminación y cuyas necesidades no han sido debidamente satisfechas por el Estado. Habiendo logrado este objetivo resulta absolutamente incoherente con el ordenamiento jurídico plantear nuevas discusiones doctrinarias sobre la cuestión negando sus problemáticas, y, peor aún considerar que las medidas adoptadas a partir de su incorporación a la normativa interna (art. 75 inc. 22 CN) han sido las suficientes como para sanear el problema o erradicarlo de base.

Estos cuestionamientos que se traducen en decisiones administrativas y que en ocasiones reducen partidas presupuestarias, impactan directamente en la dignidad y desarrollo de determinados sectores de la población (infancias, mujeres, persona con discapacidad, persona LGBTIQ+, ancianos), acrecientan su vulnerabilidad y se constituyen en una clara demostración de violencia estatal ejercida en situaciones de discriminación⁷.

II - APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD SOCIAL

Con el fin de profundizar el desarrollo, se considera procedente en esta instancia, delimitar qué se entiende por grupos vulnerables o personas en condición de vulnerabilidad.

Según la Organización de las Naciones Unidas:

La vulnerabilidad existe en todos los niveles y dimensiones de la sociedad y es parte integrante de la condición humana, por lo que afecta tanto a cada persona como a la sociedad en su totalidad. La vulnerabilidad puede definirse como un estado de elevada exposición a determinados riesgos e incertidumbres, combinado con una capacidad disminuida para protegerse o defenderse de ellos y hacer frente a sus consecuencias negativas. (2023)

En las Reglas de Brasilia se determinó el concepto de condición de vulnerabilidad, comprendiendo a

aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁸

⁶Ley 27.770.

⁷O acaso hay mayor afectación psicológica o moral para el vulnerable, que hacerle saber que quien debe velar por su protección y seguridad, minimiza su situación, haciéndole perder en días lo que ha costado décadas visibilizar y, reduce sin fundamentos y drásticamente los lugares de escucha o atención primaria, que tantos buenos resultados han tenido durante años.

⁸Sección 2ª. - Beneficiarios de las Reglas 1. - Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. Declaración de Brasilia. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. 4 a 6 de marzo de 2008. En <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Por otra parte, Pizarro explica que:

El concepto de vulnerabilidad social tiene dos componentes explicativos. Por una parte, la inseguridad e indefensión que experimentan las comunidades, familias e individuos en sus condiciones de vida a consecuencia del impacto provocado por algún tipo de evento económico social de carácter traumático. Por otra parte, el manejo de recursos y las estrategias que utilizan las comunidades, familias y personas para enfrentar los efectos de ese evento. (2001, p.11)

En ese marco es importante resaltar que el concepto comprende no sólo a quienes atraviesan situaciones de pobreza, sino que va más allá y se relaciona con cuestiones estructurales que abarcan diversas dimensiones de índole económica pero también social, política, sanitaria, laboral y cultural.

La gente está más vulnerable en todas partes del mundo. El cambio del mercado laboral hace que la gente esté insegura respecto de su empleo y su sustento. La erosión del estado benefactor elimina las redes de seguridad. Y la crisis financiera es ahora una crisis social. Todo ello está ocurriendo mientras la mundialización erosiona la base fiscal de los países, en particular de los países en desarrollo, reduciendo los recursos públicos y las instituciones que protegían a la gente. (PNUD, 1999, p. 90)

III - PROTECCIONES ESPECIALES

Con el objeto de adecuar nuestra legislación interna a los compromisos internacionales asumidos, se sancionaron diferentes normas que tienden a brindar protección a determinados grupos que atraviesan condiciones de vulnerabilidad.

A nivel nacional se debe hacer mención a la Ley 23.592 titulada de Actos Discriminatorios, que tuvo como objeto desalentar a quienes de manera arbitraria obstruyeran, restringieran o menoscabaren el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías consagrados constitucionalmente. Esta norma sentó las bases para que en la evolución de nuestro ordenamiento surgieran posteriormente otras leyes de vital importancia, como la Ley 26.743⁹, que estableció el derecho a la identidad de género de las personas.

La legislación ha intentado modificar las situaciones de discriminación que existen entre los seres humanos integrantes de la sociedad a la hora de ejercer o gozar de sus derechos, tratando de paliar esa desigualdad estructural dentro del respeto por la dignidad humana y la consolidación de los lazos fraternales que la legislación nos exige¹⁰.

⁹ Ley de identidad de género. Sancionada el 9 de mayo de 2012 y promulgada el 23 de mayo de 2012.

¹⁰ Como prescribe el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos "Todos los seres humanos...deben com-

En ese sentido, deviene necesario fortalecer el precepto que la lucha contra la discriminación no amerita pausas o recesos. Por consiguiente la exigencia para la ciudadanía comprometida con lograr la paz social será advertir e intentar desalentar aquellas políticas circunstanciales e involucionadas que tiendan a causar un perjuicio y un retroceso en todos estos avances logrados.

En esta línea se debe hacer especial mención a quienes poseen una identidad de género distinta a la asignada al nacer, que son una de las comunidades más afectadas en la sociedad a través del cuestionamiento de su libertad y maltratos que abarcan conductas de intolerancia y agresión.

En similar tratamiento se encuentran los adultos mayores. Sin perjuicio de los valores y preceptos consignados en la Convención Americana y a pesar del tiempo transcurrido, recién en la actualidad se logra vislumbrar un avance positivo en ese aspecto a partir de algunas reglamentaciones que receptan aquellos principios consagrados. Un ejemplo de ello, es la Resolución SC nro. 216/24 donde la SCBA aprobó la Guía de Buenas Prácticas para el Acceso a la justicia de la Personas Mayores.

Sin duda estos avances en la normativa contribuyen a garantizar el efectivo acceso a sus derechos pero se hace imprescindible la capacitación de funcionarios judiciales y de quienes se desempeñan en la administración pública para el abordaje de estas problemáticas.¹¹

Finalmente mencionar la importancia que posee el cuidado, la protección y el empoderamiento de las niñas, niños y adolescentes (NNyA), no sólo por el nivel de vulnerabilidad que estos poseen en nuestra sociedad actual, sino también porque es en ellos en los que ha de cimentarse el futuro de esta.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ha tenido un rol preponderante que impactó en las reformas de nuestro Código Civil y Comercial y en las distintas leyes nacionales y provinciales dictadas sobre materias que involucran a nuestras infancias (Ley Nacional 26.061, Leyes de la Provincia de Buenos Aires 13.298 y 13.634, entre otras).¹²

Las consecuencias de incumplimiento histórico, ameritó que la escucha de las niñas, niños, y adolescentes se tornara obligatoria – arts. 64 in fine, 113 incs. a, b y c; 404, 595 inc.

portarse fraternalmente los unos con los otros" y el art. 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre "Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad"

¹¹ Las cuentas pendientes con el tratamiento de los adultos mayores se traducen desde la simple paciencia en su atención, cuando efectúan cualquier reclamo administrativo y su acompañamiento especial y específico en el mismo, ya que la digitalización de los trámites los complejiza (carentes en su mayoría del conocimiento informático necesario) y desisten de reclamar o ejercer un derecho que no amerita demora alguna para su persona o su salud. El mero retraso en la resolución que involucre a una persona mayor, posee una "gravedad institucional". El transcurso innecesario del tiempo, lo deja en desventaja con el resto de los ciudadanos.

¹² Debemos recordar que durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield los NNyA solamente podían estar en juicio mediante el sistema de representación legal que dicho digesto establecía (arts. 57 y 377), obviamente este sistema impedía a estos tomar conocimiento de cualquier conflicto judicial o extrajudicial que los involucrara, ya que solamente eran oídos por sus padres o tutores. Es decir, su deseo, su voluntad o su opinión sobre la problemática no era escuchada *per se*, sino por medio de quienes indefectiblemente por lo general estaban involucrados en el conflicto y sobre todo tenían sus propios intereses en la cuestión.

"f", 609 inc. "b", 613 in fine, 617 inc. "b", 626 inc. "d", 635 inc "c", 639 inc. "c", 643, 644, 645, 653 inc. "c", 657, 661 inc. "b", 667, 707 entre otros del Código Civil y Comercial y arts. 4 de la Ley 13.298, 3 inc. "b" y de la Ley 26.061 entre otras- y recibiera por partes de los órganos revisores la sanción de nulidad de aquellas decisiones que se arribaran sin realizarla.

Estas iniciativas innovadoras, sólo morigeran en parte las políticas inapropiadas que se habían generado durante cientos de años respecto de quienes integraban estos grupos (niñez, adolescencia, personas con discapacidad, LGBTIQ+, mujeres, adictos, personas por debajo de los niveles de pobreza, etc...) y buscan equilibrar a favor de los vulnerados las complejas situaciones sociales en las que, por lo general, han quedado al margen o sin posibilidades ciertas de que se respeten sus necesidades y sus derechos.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer- "Convención de Belem do Pará" Ley 24.632, sancionada el 13 de marzo de 1996, Ley Nacional de Protección Integral para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres – 26.485 –, Leyes de la Provincia de Buenos Aires 12.569 y 14.509, Ley Micaela – 27.499 –, han dado comienzo a la titánica tarea de desandar miles de años de una concepción sesgada de la sociedad y, que aún hoy día a pesar de la visibilización que hicieran de la problemática y la amplia labor educativa desarrollada, siguen recibiendo el cuestionamiento de los defensores del patriarcalismo y de la discriminación.

IV - CONCLUSIONES

Los caminos transitados, deben profundizarse y para ello resulta indispensable el tratamiento integral por parte de los tres poderes del Estado en sus diferentes niveles, nacional, provincial y municipal.

Como menciona Sastre Paz:

La vulnerabilidad expresa las desigualdades (diferencias jerárquicas discriminatorias) entre personas, grupos o comunidades, debidas a la influencia de múltiples factores sociales, culturales y funcionales, al vivir inmersos en situaciones que nos afectan, o en palabras de Ortega y Gasset "yo soy yo y mi circunstancia". (2007, p. 32)

Sólo mediante cambios profundos y concretos, a través de políticas públicas destinadas a abordar las diferentes dimensiones en las que se presentan estas condiciones que ubican a las personas en situación de vulnerabilidad se podrá lograr una sociedad inclusiva, pacífica, igualitaria, respetuosa y equilibrada en la que cada ser humano que la inte-

gre pueda disfrutar y gozar de sus derechos, sin contar con limitaciones basadas en su edad, elección, capacidad o condición social.

Los instrumentos internacionales receptados constitucionalmente conforman una presunción *iure et de iure*, sobre la discriminación y la relegación histórica que sufren en la cobertura de sus necesidades los sectores más vulnerables de la sociedad. Este concreto reconocimiento que realizan respecto a las situaciones discriminatorias, disvaliosas y desiguales que han vivido, no sólo impiden, que transcurrido el tiempo se pretenda instaurar en la agenda política de turno una nueva discusión sobre la temática y se pierda la visión sobre la importancia de continuar mejorando las situaciones aún no abordadas. Los organismos internacionales y quienes los conforman, han asumido el compromiso de trabajar coordinada y mancomunadamente sobre estas cuestiones, hasta su desaparición o erradicación, ergo la postura de los Estados signatarios no puede fluctuar de acuerdo al tinte circunstancial del contexto político que se transite.

Sin duda la educación, concientización y especialización permanente de los más jóvenes sobre la problemática, podrá revertir la existencia de estas desigualdades, sólo mediante el respeto de los derechos humanos una sociedad y un Estado podrá desarrollarse armónicamente y en paz. La lucha no ha terminado, no bajemos los brazos.

REFERENCIAS

- NACIONES UNIDAS. DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. (2004). *Informe sobre la situación social en el mundo 2003. Vulnerabilidad social: Fuentes y desafíos*. United Nations Publications.
- PIZZARRO, R. (2001). La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina. CEPAL. En: https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/3_facc730-98f5-4112-9ef5-9d4892cefd74/content
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). (1999). Informe sobre desarrollo humano. <https://biblioteca.inap.gob.ar>
- SASTRE PAZ, M. (2017). Vulnerabilidad social y salud en el Distrito de Villaverde de la ciudad de Madrid. [Tesis de maestría].



TENSIONES Y DEBATES EN TORNO A LA DEMOCRACIA

Vannessa Morales Castro

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 28/03/2024

Aprobado: 16/04/2024

TENSIONES Y DEBATES EN TORNO A LA DEMOCRACIA

TENSIONS AND DEBATES AROUND DEMOCRACY

Por Vannessa Morales Castro¹

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

Resumen: El presente texto tiene como objetivo recorrer algunas tensiones generadas a partir de la exaltación del individuo y la libertad (negativa) por sobre otros valores constitutivos de la tradición democrática. Se desarrollan cuatro momentos respecto a la reconstrucción de los debates entre ambas tradiciones. Finalmente se presentan algunas reflexiones en torno a los desafíos actuales de la construcción y profundización democrática en un contexto de exaltación del individuo por sobre el bienestar común.

Palabras clave: democracia, desigualdad, elecciones, liberalismo

Abstract: The objective of this text is to explore some tensions generated from the exaltation of the individual and (negative) freedom over other constitutive values of the democratic tradition. Four moments are developed regarding the reconstruction of the debates between both traditions. Finally, some reflections are presented around the current challenges of democratic construction and deepening in a context of exaltation of the individual over the common well-being.

Keywords: democracy, inequality, elections, liberalism

I - INTRODUCCIÓN

Existe una copiosa bibliografía de distintas corrientes sobre el concepto de democracia y liberalismo. Si bien el sistema político que ha adoptado formalmente occidente se ha fundamentado en el sistema capitalista y las nociones de libertad e individuo bajo el

¹ Investigadora del Instituto de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional (UNO). Investigadora del Instituto de Estudios Sociales de América Latina y el Caribe. Doctoranda en Ciencias Sociales (UBA). Magíster en Estudios Sociales Latinoamericanos (UBA), Trabajadora Social de la Universidad Nacional de Colombia. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-5897-5628>. Correo electrónico: vmoralesc@unal.edu.com

paraguas de democracia liberal, América Latina presenta no sólo bases materiales distintas, dado su desarrollo económico, sino también trayectorias simbólicas e históricas que han dado una forma particular a su sistema político.

En ese sentido, un recorrido breve por la historia regional da cuenta de la presencia permanente de tendencias autoritarias que han limitado a la democracia y la participación popular. Un límite que, en el último tiempo, en especial luego de los procesos de transición democrática, se ha cercado más de forma paradójica con el mismo apoyo popular. Atendiendo a estas contradicciones, el presente trabajo pretende deliberar desde la teoría y apelando a algunos ejemplos regionales sobre el papel de las elecciones y el especial impulso que en la última etapa han tenido los referendos y plebiscitos como mecanismos de aprobación de medidas cuyas consecuencias políticas tensionan la participación de la categoría pueblo en medidas encaminadas a profundizar la democracia.

La primera parte de este texto abordará las definiciones sobre democracia liberal. La segunda desarrollará las implicancias políticas y teóricas de los procesos electorales de temas sensibles como el aborto y otras reformas. La tercera analiza las tensiones generadas en los procesos electorales y las contradicciones que se establecen entre las elecciones, la participación del pueblo y la calidad democrática. Finalmente se plantearán algunas reflexiones finales sobre la actual coyuntura haciendo hincapié en Argentina.

II - DISCUSIONES EN TORNO AL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA

El liberalismo puede ser entendido como un programa de gobierno que se aleja de la idea de totalidad administrada, es decir que la gestión debe enfocarse en determinadas esferas sociales para garantizar un buen funcionamiento de la sociedad libre donde cada individuo encuentra las formas subjetivas de autodominio y autorregulación. (Rose y Miller, 1992)

Por su parte la democracia se ha manifestado siempre como una promesa y un problema a la vez (Rosanvallon, 2015). Promesa de igualdad y autonomía de la sociedad, pero problema porque se ha incumplido y fracasado. No obstante, el problema en algún punto resulta constitutivo en tanto que la existencia de un gobierno representativo, implica una desigualdad de facto y por lo tanto instala de facto una desconfianza frente al poder que se materializa en desafección cívica o rechazo al sistema político. En ese aspecto es en la desconfianza donde coinciden ambas tradiciones de pensamiento.

Dicha desconfianza ha sido teorizada por la tradición liberal como una prevención a la acumulación del poder que deja al individuo desprotegido frente a los poderes despóticos. Por eso desde el liberalismo existe una prevención histórica hacia formas de gobierno que pueden ser potencialmente avasallantes. Por otra parte, y desde la tradición democrática la desconfianza radica en cómo garantizar que el poder sea fiel a sus compro-

misos para lograr el bien común².

Retomando la desconfianza del liberalismo hacia la democracia, la ciencia política anglosajona ha venido instalando en el último tiempo la idea de los beneficios y estabilidad de la participación restringida (Miguel, 2021). Para esta tradición, el exceso de democracia constituye una amenaza para el sistema político y las libertades individuales. En buena medida el gobierno liberal parte de una definición del sujeto en la que resulta vital el autogobierno y la autorrealización. Por otra parte, la tradición democrática parte de la idea del gobierno del pueblo en el que el derecho al sufragio y las modalidades de control o contrademocracia, son las manifestaciones más relevantes de esta apropiación social del poder que busca remediar el mal funcionamiento de las instituciones (Rosanvallon, 2015).

Ambas apuestas articuladas en los sistemas de democracias representativas, han logrado crear una forma particular de participación ciudadana que es leída de dos formas: como desafección democrática y apatía política; como la proliferación de formas de participación no convencional. En cualquiera de los dos casos pareciera que se asiste en la actualidad a una crisis del sistema, en tanto que la participación electoral se ha constituido como el único ejercicio y prueba de la realización de la democracia, mientras que los ideales de igualdad se han convertido en una cuestión puramente formal ante las condiciones materiales en las que se insertan los sistemas democráticos.

En América Latina esta crisis es especialmente visible después de los procesos de transición democrática, los cuales inauguraron más que democracias representativas, democracias delegativas, en las que el presidente es considerado como la encarnación del país y el principal custodio de los intereses nacionales³.

Luego de las transiciones democráticas, la figura presidencial y los amplios márgenes de su acción, han hecho que otras instituciones, que son en esencia más representativas de la diversidad social e incluso cristalizaciones de avances democráticos, queden obturadas o su existencia atada a merced de la voluntad personal del presidente. Muestra de ello son el descrédito de los Congresos de las Repúblicas o las constantes reingenierías ministeriales que dificultan la consolidación de políticas de Estado. Aunque es innegable que parte de ese margen se relaciona con las asimetrías propias de la representación, es más que frecuente que se genere cierto desacople entre el accionar de los representantes que dejan de actuar en nombre de la categoría pueblo y por el contrario actúen en vez

² De allí se han creado tres instancias para hacer una vigilancia de dicho poder a través de los poderes de control, las formas de obstrucción y la puesta a prueba a través del juicio. Para Pierre Rosanvallon, estas tres instancias constituyen lo que él denomina como contrademocracia. En este concepto se plasma la dinámica por la cual las mayorías positivas realizan una constante obstrucción. La soberanía del pueblo se manifiesta como poder de rechazo y de reacción a las medidas de los gobernantes.

³ Aunque los procesos de transición fueron momentos históricos específicos, estos instalaron regímenes donde, sobre la figura presidencial, recae la responsabilidad de encargarse de toda la nación y por eso su gestión política debe superar el faccionalismo de los conflictos asociados a los partidos políticos y distintos sectores (O'Donnell, 1988). Por lo tanto, los personalismos se han superpuesto a las instituciones, cuyo papel en las democracias representativas es el de encarnar el interés común compartido.

de este. Por lo tanto, ni quienes representan, ni sus reivindicaciones en nombre del pueblo son necesariamente democráticas (Näsström, 2017) y en ese sentido cabe preguntarse si las elecciones son muestra suficiente de democracia.

III - SOBRE LA NATURALEZA DE LOS PROCESOS ELECTORALES:

¿QUIÉN TIENE EL PODER Y CÓMO SE EJERCE?⁴

Desde la teoría, los procesos electorales son la piedra angular de las democracias representativas modernas por medio de las cuales el pueblo se gobierna indirectamente a partir de la elección de representantes, sin embargo, este ejercicio le impide a su vez intervenir de hecho en el gobierno. Bajo esta paradoja las decisiones políticas suponen una respuesta a la voluntad del pueblo bajo la fórmula una persona equivale a un voto (Näsström, 2017), pero esta abstracción deja por fuera la materialidad tanto de la persona como el contexto en el que se inserta el ejercicio electoral. Si bien la fórmula crea una igualdad, esta deviene ficcional política ante las crecientes desigualdades materiales en América Latina, generando una tensión permanente pero invisible entre el ideal y un mundo marcado por la alta concentración de la riqueza (Miguel, 2021).

Existe la necesidad de revisar por qué si el pueblo realiza operaciones que le permiten ser autor y destinatario a través de los procesos electorales, la realidad indicaría un comportamiento contrario, no sólo de los contenidos elegidos sino incluso de los mecanismos de elección. En las mediciones anuales del latinobarómetro⁵ se evidencia una tendencia creciente a considerar que da lo mismo tener cualquier forma de gobierno, incluso hay valoraciones positivas con respecto al autoritarismo. Este fenómeno coincide a su vez con un marcado abstencionismo en las elecciones y en el último tiempo, con el aumento del respaldo a la extrema derecha y la ruptura del consenso de la democracia liberal que se ha traducido en un diagnóstico que avala la creciente idea de crisis de la democracia representativa.

Para Rosanvallon (2009) la crisis de la democracia representativa electoral es en el fondo una crisis de entendimiento entre la representación y el acto de votar en tanto convención empírica. Como se planteó en párrafos anteriores la desconfianza es un elemento intrínseco a la democracia, es decir que apelar a que esta se encuentra en crisis puede ser una situación recurrente, sin embargo, para el caso latinoamericano habría que integrar al análisis el problema irresuelto y agravado de la inequidad y la promesa de la igual-

⁴ En Europa la caída del sistema monárquico absolutista, redefinió algunas características propias del sistema como la de la fuente del poder que dejó de ser encarnado por un cuerpo natural –el rey– y se tornó en una abstracción –el pueblo–. De hecho, en la democracia el poder aparece como un lugar vacío y consustancial al pueblo en la medida que: existe la posibilidad de rotar a quienes tienen el poder por medio de las elecciones, es decir que no hay un grupo específico que siempre esté atado al poder y por lo tanto la realidad política puede cambiar.

⁵ Véase <https://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>

dad que supone la democracia, cuyos índices han empeorado regionalmente a partir de las transiciones democráticas. Con algunas ventanas de mejoría, pero sin regresar a los valores anteriores a las dictaduras de los años setenta. Por eso, aunque las elecciones son parte de la democracia representativa, si se integra la dimensión material al problema de la democracia, esta no cuenta con una fuente de legitimidad incluso cuando ahora se reduce a eso (Näsström, 2017).

La representación entonces es un concepto y como tal contiene una historicidad y una vacancia de sentido de acuerdo a la coyuntura (Duso, 2004), al igual que la libertad y la igualdad. La libertad supone una interdependencia de las voluntades de individuos iguales de no dañarse, cuya voluntad individual al constituirse en voluntad general se erige como el fundamento de la sociedad. Se supone que todo ejercicio político que provenga del pueblo jamás será contrario a sus propios intereses. No obstante los ejercicios electorales, ya sea para elegir representantes o legitimar decisiones políticas han tenido efectos contrarios a los que se supone busca el pueblo.

IV - EJERCICIOS ELECTORALES EN CONTEXTOS DE CRECIENTE DESIGUALDAD

Retomando la pregunta de James Buchanan (1982) ¿Cómo puede incorporarse un contenido con verdadero significado a la frase "gobierno por el pueblo"? La respuesta que el autor da a esta pregunta es que la cuestión de las mayorías ha venido a llenar este vacío conceptual. La tradición liberal ha sido enfática en temer el totalitarismo de la denominada democracia ilimitada o de mayorías porque mucha democracia puede poner en riesgo las libertades individuales. El argumento de Buchanan apunta contra la participación amplia de las masas, no obstante, existe una marcada tendencia de muchos gobiernos liberales que recurren de forma permanente a las mayorías para ampliar sus regresivas agendas de gobierno.

Por lo tanto, con estos mecanismos de legitimación se manifiestan varias de las contradicciones esbozadas con anterioridad y sobre las cuales hace falta encontrar una salida si la apuesta política es la ampliación democrática. En primer lugar, la participación del pueblo en elecciones no significa que se asista a una profundización democrática y por otra parte y conscientes de ello, los gobiernos de extrema derecha reafirman sus agendas por medio de mecanismos de decisión masivos que reducen no sólo la noción de democracia, sino que también socavan los cimientos básicos de esta como lo son los derechos sociales y los políticos e incluso aquellos individuales como puede ser el derecho al aborto.

En este tipo de iniciativas se tensionan algunos elementos teóricos tanto del liberalismo que teme que las masas vulneren las libertades individuales, como de la supuesta bondad del pueblo para sí mismo cuando participa en elecciones o procesos de consulta

popular. Si bien las tensiones que se desencadenan en los procesos de elección varían de acuerdo al contexto en el que se insertan, en el caso concreto de consultas populares o plebiscitarias que terminarían decidiendo sobre un derecho, en este caso el derecho de las mujeres a abortar, no sólo que vulneraría efectivamente una libertad individual, sino que además terminaría siendo una minoría la que decide pues por lo menos en la región, existe una marcada tendencia a la abstención que en algunos países supera el 50% del padrón electoral.

En ese sentido se podría interrogar al liberalismo sobre qué se debe entender como mayoría cuando los procesos electorales presentan una abstención alta, es decir cuando la parte absoluta se mantiene al margen del proceso electoral, o si cualquier mayoría constituye un riesgo en sí misma, incluso cuando en realidad es una minoría numérica comparada con la totalidad. En ese sentido el concepto de mayorías y sus riesgos potenciales representan una dimensión más compleja para analizar, siendo por lo menos en América Latina las minorías electorales las que terminan decidiendo en el espacio fetichizado de la democracia, es decir las urnas⁶.

V - EL VACIAMIENTO DE LA DEMOCRACIA

Este diagnóstico del problema de las mayorías ha sido el mismo al que por ejemplo llegan algunos teóricos liberales como Rougier (1963), para quienes la solución radica en disminuir aun más la democracia y restar aun más la participación del pueblo en las elecciones. El ideal debería ser la democracia parlamentaria. Coincidiendo en que el problema de cualquier forma radica en la calidad democrática, existe otra postura más cercana al marxismo que considera que de la cualificación política de las mayorías, se desprenderá la garantía de las libertades individuales, la genuinidad de la representación política y la garantía de derechos.

La reducción de la democracia representativa al ejercicio de elección efectivamente ha derivado verdaderos proyectos políticos autoritarios, pero la solución de restringir aun más la participación política, tampoco resulta ser una garantía para las libertades individuales. La reducción de la democracia a la elección ha sido una decisión política que ha sido coincidente en las últimas décadas con una sobrevaloración de la libertad negativa sobre otros valores constitutivos de la vida en sociedad y lo colectivo⁷.

Como se señaló anteriormente la sociedad se funda sobre el valor de la igualdad for-

⁶ Otra pregunta válida podría ser aquella sobre las condiciones de decisión, es decir cómo se decide, qué se decide y si absolutamente todo puede someterse a procesos de decisión o cuestionamiento. En especial este último punto lleva a interrogar si necesariamente es el pueblo, no importa sus marcos de inserción, el actor idóneo para decidir sobre derechos o si necesariamente existen principios básicos sobre los cuales no puede decidir la mayoría.

⁷ Esta cruzada ideológica donde hay una reversión de valores colectivos y sociales por los de la libertad de mercado y la propiedad, hace parte de lo que varios autores como Laval y Dardot (2013) denominan como la nueva razón neoliberal

mal y la libertad, pero el desequilibrio en los valores que priman allanan el camino para que sea la democracia, en su versión formal como material la que se encuentra en crisis. En la nueva razón neoliberal del mundo los sujetos quedan sometidos a la lógica tanto de la competencia como a la de ganancia económica (Brown, 2017).

Aunque desde las ciencias sociales se haya tendido a entender el neoliberalismo como una serie de medidas económicas, este ha resultado ser un orden de razón normativa que lleva todas las dimensiones de la vida a prácticas y mediciones económicas individuales. Esta nueva lógica y construcción de sentido implica la destrucción de lo colectivo y lo público, ya que destruye los fundamentos sobre los que se erige la democracia, pues en un sistema de competencia no hay lugar para la igualdad.

La política y el manejo del Estado quedan sujetos a la lógica de la competencia y las preocupaciones por la justicia y la democracia retroceden (Brown, 2017)⁸. De acuerdo al contexto, la forma de gubernamentalidad se adapta y establece vasos comunicantes con fuerzas que no necesariamente son proclives a ampliar libertades civiles, como lo son partidos religiosos o partidos conservadores que se oponen al aborto, pero que en materia económica y frente al rol del Estado encuentran bases discursivas comunes. La crítica al rol del Estado se plantea desde una visión económica donde se evalúa la gestión a partir del manejo eficiente de recursos y no un manejo sin límites de los recursos⁹.

VI - REFLEXIONES FINALES

El recorrido del texto abordó el problema teórico y práctico que supone tanto garantizar las libertades individuales, como preservar la igualdad formal y de manera más ambiciosa la igualdad material, pues como lo han afirmado varios autores, la igualdad ante la ley o la igual participación en los ejercicios electorales no constituye en sí la democracia y no necesariamente es un ejercicio democrático. Suponer que las elecciones constituyen en sí la democracia, implica de entrada un serio problema de reducción conceptual que ha ido de la mano con el vaciamiento teórico y material de la misma.

La reducción de la democracia al voto se ha acompañado con el impulso de un sentido común que desarticula lo público y lo colectivo – espacios históricos de la democracia – y

del mundo. Este cambio es coincidente con el quiebre entre la representación y los representados a partir de la extrema concentración de la riqueza y aumento de la pobreza. Para Miguel (2021) si el siglo XX se caracterizó por una crisis de representación, el siglo XXI se caracteriza por la crisis de democracia y el aumento de la inmoderación.

⁸Desde esta perspectiva el neoliberalismo resulta difícil de ser definido, pues las fuerzas del mercado y los sistemas de producción desarrollan necesidades nuevas frente a las cuales la sociedad debe amoldarse, ya sea para producir como para consumir, en ese sentido este adopta distintas formas tanto históricas como territoriales, pero que en el fondo conserva la diseminación del funcionamiento económico y de la competencia a todas las esferas de la sociedad como una renovación constante del arte de gobernar donde se relacionan sujeto de derecho y sujeto económico.

⁹Para von Mises (2005) en el capitalismo los rectores del sistema son los consumidores por eso es esencialmente democrático, es decir que lo democrático pierde su sentido público y se torna económico. Estas afirmaciones evidencian lo que se ha venido palpando como una nueva racionalidad que se expresa a través del ejercicio electoral y que resulta altamente funcional para los intereses de los grupos que más se benefician con la desigualdad material.

se ha reemplazado por una visión empresarial del Estado y del manejo restringido de los recursos públicos los cuales desde otra lógica deberían encaminarse a mejorar las condiciones de igualdad material, justamente como una premisa para el ejercicio democrático.

Las mayorías no son el problema, como sí las mayorías en condiciones de creciente desigualdad material, o en otras palabras, mayorías con peores condiciones materiales y simbólicas de existencia. Es decir que en el ejercicio práctico de la elección no basta con afirmar y dar como legítimo que las mayorías eligen. Sobre este punto es que surgen los plebiscitos que intentan someter al juicio de la mayoría la ampliación de derechos o incluso la vigencia de algunos de estos con resultados negativos para los propios intereses pues no se tiene en cuenta la calidad democrática.

Evidentemente y frente al escenario actual donde la democracia es entendida como una cuestión reducida, pero además donde el único valor ponderable es el de la libertad económica y la libertad negativa, no así otras libertades que aún no son legales y que por lo tanto deben ser garantizadas bajo una perspectiva de libertad positiva, se hace necesario volver sobre las condiciones materiales que construyen la realidad democrática. Aunque esta tensión puede resolverse reafirmando el argumento de la necesidad de limitar la democracia, pues evidentemente una minoría capacitada sea mejor para decidir sobre asuntos públicos, afirmación que tampoco constituye una garantía de mejor gobierno y de respeto a las libertades individuales como parecieran olvidar quienes propenden por esta solución, resulta necesario en un ejercicio de crítica liberal aterrizar sobre las condiciones materiales de existencia cualquier ejercicio político y análisis social.

Por eso la solución no se encuentra en las mayorías sino en la calidad que tenga la participación política de estas, la cual se logra ampliando los espacios de participación ciudadana y mejorando necesariamente la igualdad material. En ese sentido es una reivindicación el asumirse como ciudadanos con libertades, pero también con derechos, muchos de los cuales aún no están del todo incorporados en los cuerpos legales, y que tampoco se insertan en la lógica del consumidor, pues necesariamente incluso los derechos individuales, es decir ser sujeto de derechos es un asunto público.

REFERENCIAS

- BROWN, W. (2017). *El pueblo sin atributos: La secreta revolución del neoliberalismo*. Malpaso Ediciones SL.
- BUCHANAN, J. (1982). Democracia limitada o ilimitada. *Estudios Públicos*, (6).
- DUSO, G. (2004). Génesis y lógica de la representación política. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, (3).
- LAVAL, C. Y DARDOT, P. (2013). *La nueva razón del mundo*. Gedisa.

- MIGUEL, L. F. (2021). La teoría democrática, el capitalismo y la crisis de la democracia. En L. F. Miguel y G. E. Vitullo (coord.). *Democracia como emancipación*. (pp. 73-104). Ediciones Luxemburgo.
- NÄSSTRÖM, S. (2017). La representación democrática más allá de la elección. *Revista Pléyade*, 20, 105-136.
- O'DONNELL, G., SCHMITTER, P. C. & WHITEHEAD, L. (1988). *Los procesos de transición y consolidación democrática en América Latina. Transiciones desde un gobierno autoritario*. Paidós
- ROSANVALLON, P. (2009). *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Ediciones Manantial.
- ROSANVALLON, P. (2015). *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Manantial.
- ROSE, N. Y MILLER, P. (1992). Political power beyond the state: Problematics of government. *British journal of sociology*. 173-205.
- ROUGIER, L. (1963). La democracia y el liberalismo. *Ideas sobre la libertad*. 13, 38-49.
- VON MISES, L. (2005). *Burocracia*. Unión Editorial.



JUSTICIA ¿SIN RAZÓN?

DESAFÍOS PENDIENTES PARA SU EFECTIVO ACCESO

Rodrigo Joaquín Fernández

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 12/03/2024

Aprobado: 05/04/2024

JUSTICIA ¿SIN RAZÓN?

DESAFÍOS PENDIENTES PARA SU EFECTIVO ACCESO

JUSTICE WITHOUT REASON?

PENDING CHALLENGES FOR ITS EFFECTIVE ACCESS

Por Rodrigo Joaquín Fernández¹
Universidad Nacional del Oeste, Argentina

Resumen: El siguiente artículo tiene por objeto analizar algunos desafíos que presenta el Poder Judicial, en su función de proporcionar sistemas y organismos jurisdiccionales; como así también abordar – como contrapartida – las dificultades que presentan las personas que acuden a la justicia en oportunidad de hacer valer sus derechos. Se intentará esbozar qué herramientas aún requieren de profundización en pos de garantizar el efectivo acceso de quienes integran los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Para ello, en especial, se realizará un recorrido sobre la evolución de la normativa del Ministerio Público Nacional.

Palabras clave: justicia, acceso a la justicia, estado benefactor, justicia libre, justicia sin costo, rol estatal

Abstract: The following article aims to analyze some challenges presented by the justice, in its function of providing jurisdictional systems and organizations; as well as address, as a counterpart, the difficulties presented by people who go to justice in the opportunity to assert their rights. An attempt will be made to outline which tools still require further elaboration in order to guarantee effective access for those who make up the most disadvantaged sectors of society. For this purpose, in particular, a tour will be carried out on the evolution of the regulations of the National Public Ministry.

Keywords: justice, access to justice, welfare state, free justice, justice without cost, state role

¹ Abogado (UM). Auxiliar letrado del Juzgado de Garantías nro. 2 de San Martín. Docente en la cátedra de Historia del Derecho (UNO). Fue integrante del gabinete de asesores del Ministerio de Justicia de la Nación. En el ámbito del Poder Legislativo, integrante de la Auditoría General de la Nación en el gabinete del Auditor General y como Auditor de Campo. Identificador ORCID: <https://orcid.org/009-0002-8270-9023>. Correo electrónico: rodrigo.jf1@hotmail.com

I - INTRODUCCIÓN

Las necesidades de las personas con escasos recursos económicos, que acuden a los órganos jurisdiccionales en pos de obtener Justicia se ve, en la mayoría de los casos, dificultada al tornarse el litigio por demás costoso. No sólo si se ponderan los costes que puede traer aparejado el pago de una asistencia técnica letrada particular, sino también el método estipulado para el inicio de demandas, la recolección de prueba, en fin, para litigar con todas las prerrogativas con las que cualquiera debería contar.

En ese marco, es el propio Estado quien debe adoptar políticas públicas y acciones que faciliten, exterioricen, y garanticen el acceso a la justicia desde todas las dimensiones posibles. Para ello, es necesario redefinir el vínculo que existe entre el Poder Judicial y los sectores que poseen dificultades para acceder a la justicia, para que los procesos judiciales no se tornen medios de cristalización de desigualdades, que les impidan hacer valer sus pretensiones.

II - APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Maldonado Mérida considera que:

Hablar del acceso a la justicia, es referimos a un derecho fundamental que permite a los seres humanos poder hacer valer sus derechos de forma justa y equitativa ante la ley sin prejuicio de discriminación por sexo, raza, edad o religión. Un Estado de Derecho no se puede forjar si este no garantiza las reglas que permitan el acceso a la justicia de una manera igualitaria. (s/f)

Es decir que la igualdad ante la ley es lo que garantiza, a unos y otros, la misma oportunidad de resolución de conflictos a través de las vías institucionales creadas al efecto. Es importante mencionar que el efectivo acceso no se circunscribe al ámbito jurisdiccional, sino que en su concepción más moderna requiere también proporcionar los medios legales para que los derechos de cada habitante puedan ser ejercidos de manera plena.

En ese marco

la noción misma de acceso a la justicia supone como contrapartida el reconocimiento implícito de ciertos impedimentos, barreras, distorsiones o discrecionalidades, que posicionan a determinados individuos o sectores de la población de manera desigual en lo que se refiere a la tutela efectiva de sus derechos; situación que atenta, o al menos relativiza, el principio de igualdad ante la ley, pilar fundamental del Estado de derecho. (2013)

Esta noción se encuentra estrechamente vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, que según Díez Picazo es aquel que se le reconoce a toda persona de acudir a los ór-

ganos jurisdiccionales para obtener, por el debido cauce procesal, una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones deducidas respecto de sus derechos o legítimos intereses, esto es, que "cualesquiera situaciones jurídicas relevantes pueda ser, llegado el caso, defendidas ante un genuino órgano jurisdiccional, de manera que no existan supuestos de denegación de justicia" (2008, p. 425).

En los últimos años, han tenido lugar diversos debates sobre la relevancia de adoptar acciones, herramientas y políticas para fortalecer al Estado con respecto a los poderes fácticos. Las intervenciones del Poder Judicial, que pueden tener como consecuencia limitar o ampliar la implementación de políticas públicas que consagran derechos, fueron parte de esas discusiones. Sin embargo, los puntos de vista más críticos de su funcionamiento no tuvieron como objetivo garantizar canales de acceso y tutela judicial efectiva.

III - RECEPCIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

La evolución de la concepción se encuentra plasmada en los Tratados internacionales que han consagrado el derecho al acceso a la justicia. Si nos remitimos a la Constitución Nacional que los incorporó por su art. 75 inc. 22, se encuentra establecido dicho objetivo no sólo en diversos preceptos, sino en su Preámbulo, el cual hace expresa referencia a la frase "afianzar la justicia".

Por su parte, el art. 14 habla sobre los derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación, mientras que el art. 18 plasma diversas garantías penales. Allí se encuentran reflejadas no sólo garantías del Derecho penal sustantivo y adjetivo, sino que también se hace referencia al sistema penitenciario y la vida en dichos centros de detención.

En el ámbito internacional, de la definición tradicional de acceso a la justicia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se desprende que el Estado debe diseñar su estructura de modo tal de asegurar las garantías del debido proceso y el acceso a un recurso judicial efectivo.

La Corte IDH ha establecido que el acceso a la justicia se encuentra consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. Además de ello, en reiterados precedentes se estipuló que la garantía de un recurso efectivo resulta ser uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención².

De esto da cuenta Ventura Robles (2006) al advertir que la Corte IDH también se ha pronunciado, desde sus primeras sentencias contenciosas en los casos "Velásquez Rodríguez" y "Godínez Cruz"³, expresando que, para cumplir con lo dispuesto por el art. 25 no

²Corte IDH. Caso "Cantos", sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C nro. 97.

³Corte IDH. Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C nro. 4; y "Godínez Cruz", sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C nro. 5.

basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. De ello se deduce que, toda norma o medida que impida o dificulte hacer uso de los recursos en pos del acceso a la justicia, constituye una clara violación del derecho consagrado de acceso a la justicia, según lo dispone el artículo 25 de la Convención.

Conforme la postura recientemente mencionada, en el caso “Barrios Altos contra Perú”⁴, la Corte IDH se refirió a la obligación de los Estados partes en la Convención de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción.

En este caso, la Corte IDH precisó las implicaciones de esta garantía en relación con la vigencia de los derechos considerados inderogables y cuya afectación constituye una grave violación de los DD.HH., así como la posibilidad de la comisión de un delito contra la humanidad. Asimismo, el tribunal estableció que el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los DD.HH., implicaba la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de hechos de la gravedad señalada.

En el mismo hilo de pensamiento, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2011), da a conocer que una de las obligaciones principales de los Estados –y parte de su razón de ser– es asegurar la realización de los DD.HH. de todos sus habitantes, su protección y crear un sistema de garantías para su restitución y reparación en caso de que sean transgredidos por actos imputables a sus funcionarios o agentes. Si no se aseguran estas condiciones, podría inclusive incurrirse en responsabilidad internacional.

Por este motivo, los Estados asumen un compromiso que consiste en brindar y desarrollar una institucionalidad que garantice la administración de justicia eficiente a todas las personas.

En esta dirección, las Reglas de Brasilia⁵, por su parte, buscan que los Estados promuevan las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adaptan a cada condición de vulnerabilidad.

En este orden de ideas, a fin de que lo sancionado no quede en la letra muerta de la ley, existen mecanismos para reclamar violaciones a los DD.HH. y ante cada denuncia el Estado debe asegurarse que esta será conocida en cumplimiento de los estándares de un debido proceso.

En suma, toda persona tiene derecho a un procedimiento de denuncia acorde a un debido proceso, esta no sólo es una garantía para las víctimas sino también para los demandados e imputados en asuntos penales, pero también opera para reclamar justicia

⁴Corte IDH. Caso “Barrios Altos vs. Perú” (Fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001.

⁵Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Adoptada por la CSJN por la Acordada 5/2009.

en cualquier otro escenario posible (civil, laboral, comercial, administrativo, etc.). En ese sentido, es el Estado quien a través de su aparato institucional ejerce el poder sancionatorio frente a violaciones a los derechos fundamentales de sus habitantes (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, pp. 53-54).

IV - EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO NACIONAL, COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Con el objetivo de asegurar el acceso a la justicia de aquellos que se ven imposibilitados, se sancionaron en el ámbito nacional, las leyes orgánicas del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa que significaron cambios relevantes respecto de la organización y competencia de esas instituciones. Tales reformas han dado lugar a comisiones especializadas de la Defensoría General o las Unidades de Protección de Derechos de la Procuración General.

Pese a esos avances, en el año 2015 el Ejecutivo Nacional, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 257/15, suspendió la implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal hasta tanto la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación defina un nuevo cronograma. Así, se anuló tanto la capacidad de los Ministerios Públicos para distribuir funciones y crear cargos para alcanzar los nuevos objetivos, como la autarquía financiera prevista. A su vez, se puso en marcha un proceso de reforma normativa, con el objetivo de modificar diversas leyes relacionadas a la Justicia. Entre ellas el Código Procesal Penal y las nuevas leyes del Ministerio Público. Ello generó, que se pusiera en jaque la implementación de algunas de las reformas que habían introducido las leyes orgánicas y que estaban relacionadas con la garantía del acceso a la justicia en clave de protección de derechos humanos.

Antes de que se aprobaran estas nuevas leyes orgánicas, en Argentina estaba vigente la Ley 24.946 que regulaba, en un mismo cuerpo normativo, el funcionamiento de la acusación y de la defensa en el ámbito del Ministerio Público. Ya en 2004 el Centro de Estudios Legales y Sociales⁶ había advertido la inconveniencia de una regulación de este tipo, que confundía las funciones de las dos instituciones en perjuicio del interés general.

Para cumplir con estas funciones, se sancionaron dos leyes, la 27.148 y la 27.149. En primer lugar, la Ley 27.148 diseñó una novedosa Procuraduría de Defensa de la Constitución que tiene, entre otros, el deber de coordinar la actuación del Ministerio Público Fiscal (MPF) en los casos que involucren cuestiones constitucionales. En el mismo sentido, la ley orgánica amplió la competencia de las unidades fiscales en materia no penal para intervenir en diversos supuestos en que, por ejemplo, se afecten intereses colectivos, políticas públicas trascendentes, leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso

⁶ <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/ejes-para-una-reforma-del-ministerio-publico/>

o el acceso a la justicia. También preveía aquellos casos en que exista manifiesta asimetría entre las partes, y para aquellos en los que puedan causarse daños al patrimonio social, la salud pública o al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derecho de valor artístico, histórico o paisajístico, entre otros.

Por su parte, la Ley Orgánica 27.149 del Ministerio Público de la Defensa (MPD) también incluyó novedades de relevancia para el desarrollo de estrategias de defensa y protección de los derechos humanos. La ley consideró que la Defensoría General de la Nación es una institución de defensa y protección de los DD.HH. para garantizar "el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos" y para promover "la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad"⁷.

De esta forma, las nuevas leyes del MPF y del MPD asumieron una concepción amplia de acceso a la justicia, que concibe a estos organismos como entes encargados de la defensa de los DD.HH. y delimitaron el rol de cada uno. Esto ha significado un avance importante respecto de la ley anterior.

V - CONCLUSIÓN

El acceso a la justicia posee varios significados, y es un concepto en constante evolución. Todos los que postulemos podrían considerarse válidos en tanto comprendan la posibilidad de hacer conocer los derechos a la ciudadanía para su efectiva consecución, y no resignarse ante las barreras económicas culturales y sociales existentes en la actualidad. Cualquiera sea la elección que se haga, lo cierto e innegable es que, cuanto menos en nuestro país, es un derecho de todos los habitantes del suelo argentino. Constituye una herramienta para la administración de justicia, de la democracia, y para el pleno ejercicio de derechos, como bandera de un sistema gubernamental.

El avance en el diseño y ejecución de políticas públicas, no parecería ser suficiente para un acceso a la justicia igualitario. Sólo a partir de la concientización, de un cambio cultural en la concepción de los operadores del sistema de administración de justicia, de mayor capacitación con perspectiva en derechos humanos podremos transitar una Nación más justa, menos desventajosa para los vulnerables y mucho más activa.

El Estado a través de sus tres poderes, debe repensar el acceso a la justicia como una

⁷Además, dentro de la estructura de la Defensoría General de la Nación, en las áreas de colaboración, hay una referencia expresa a la creación de programas y comisiones relacionadas con temáticas vinculadas con grupos y sectores vulnerados. También se contempla (art. 10) la conformación de "grupos de abordaje territorial para sectores sociales desaventajados". En la definición de las funciones del Defensor General (art. 35), hay una mención expresa a su deber de promover "todas las acciones para la remoción de obstáculos en el acceso a la justicia y el aseguramiento del derecho de defensa", impulsar "mecanismos de protección colectiva de derechos humanos" e intervenir "en aquellos casos en que la muestra o reiteración de patrones de desconocimiento y violación de derechos y garantías trasciendan el caso individual, alcanzando impacto institucional".

política pública de carácter universal. Debe abrigar, en términos de Justicia, a las minorías más desprotegidas y brindarles las herramientas suficientes para que diriman en la misma calidad de condiciones.

Se ha avanzado mucho en este último tiempo, en el reconocimiento jurídico, tanto a nivel nacional como internacional de los DD.HH. y en el pleno ejercicio de ellos. Sin embargo, aún falta un largo recorrido en su correspondencia fáctica que impacte verdaderamente en las vías procesales, para lograr el cumplimiento y garantizar la plena vigencia a todos y todas.

No hay justicia cuando algunos acceden y otros quedan por fuera del sistema, cuando llega de manera extemporánea, cuando el Estado no garantiza a todos el acceso a un proceso con las garantías mínimas en pos de obtener una resolución justa, con un proceso respetuoso y con una defensa técnica apropiada. No hay justicia, si no hay razón social, en base a la igualdad que la sustente.

REFERENCIAS

- FELDMAN, G. E. (2008). *El pacto de San José de Costa Rica*, Rubinzal Culzoni Editores.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. (2011). Manual autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos económicos, sociales y culturales. IIDH.
- INFORME MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN ARGENTINA. (2013). Acceso a la Justicia para todos. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/acceso_a_justicia_2013_1.pdf (pág. 31)
- MALDONADO MÉRIDA, T. M. (s/f). Acceso a la Justicia. en https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/10_tmaldonado.pdf
- VENTURA ROBLES, M. (2005). La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la Justicia e Impunidad. www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf

DERECHO COMPARADO



**ATREVERSE A CUIDAR SIN DEJAR DE TRABAJAR Y SIN INTROMISIÓN
EN LA INTIMIDAD FAMILIAR ¿MISIÓN IMPOSIBLE?**

Glòria Poyatos i Matas

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062

Año: 02/ nro. 2 - Junio 2024

Recibido: 01/03/2024

Aprobado: 14/03/2024

ATREVERSE A CUIDAR SIN DEJAR DE TRABAJAR Y SIN INTROMISIÓN EN LA INTIMIDAD FAMILIAR ¿MISIÓN IMPOSIBLE?¹

DARE TO CARE WITHOUT STOP WORKING AND WITHOUT
INTROMISING IN FAMILY INTIMACY
MISSION IMPOSSIBLE?

Por Glòria Poyatos i Matas²

Tribunal Superior de Justicia de Canarias, España

Resumen: El presente trabajo es un comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 52/2024, del 18 de enero del corriente, donde se resolvió una cuestión laboral con perspectiva de género y de los derechos de las infancias, resguardando la intimidad familiar y el derecho a la adaptación horaria.

Palabras clave: derechos laborales, adaptación horaria, derecho de las infancias

Abstract: This work is a comment on the Judgment of the Superior Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 52/2024, of January 18 of this year, where a labor issue was resolved with a gender perspective and the rights of children, safeguarding the family privacy and the right to time adjustment.

Keywords: labor rights, time adjustment, children's rights

¹ El presente es una adaptación del trabajo con mismo título publicado en la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. ISSN-e 2792-8322. Disponible en: <https://www.laboral-social.com/cuidar-sin-dejar-trabajar-comentario-stsj-canarias-52-2024-gloria-poyatos>

² Magistrada especialista en Derecho Social, de la Sala Social de Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas. Abogada laboralista en el sindicato nacional de España. Fue Integrante del Juzgado Social nro. 1 de Arrecife (Lanzarote) donde también fue jueza decana del Partido Judicial. Profesora en la Escuela de práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Gerona hasta 2009. Profesora asociada en la Universidad de Gerona (2007-2008) y diplomada de Estudios Avanzados (DEA). Doctora en Derecho por la Universidad de Murcia (2022), con mención cum laudem (2022). Integrante del Comité Internacional de apoyo a las juezas afganas de la International Association of Women Judges (IAWJ). Miembro de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud del Consejo General del Poder Judicial. Promotora de la Asociación Canaria de Iuslaboralistas (2013) y presidenta de esta asociación desde su constitución y hasta el momento. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2204-1527>. Correo electrónico: g.poyatos@poderjudicial.es

I - MARCO NORMATIVO: CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL VÍA ADAPTACIÓN HORARIA (ART. 34.8 ET)

En el caso resuelto por la sentencia comentada, el juzgado de lo social estimó la demanda de adaptación de la jornada (art. 34.8 Estatuto de los Trabajadores – ET – tras la reforma introducida por el RDL³ 6/2019) y condenó a la empresa demandada (MERCA-DONA, SA) a respetar la adscripción de la actora, exclusivamente, en turno de mañana (de 9:30 a 15:00 horas), así como a abonarle una indemnización por daño moral ascendente a 5.000 euros.

En la fundamentación jurídica se recuerda que el derecho de adaptación horaria es un verdadero derecho individual de la persona trabajadora, ya desvinculado de la negociación colectiva⁴.

Se pone de relieve por la sala la necesidad del enjuiciamiento del caso con una doble perspectiva de derechos humanos, al tratarse de una obligación internacional y no una opción de quien juzga, derivada del principio internacional vertical de diligencia debida, vinculante para todos los poderes del Estado español tras la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW), ratificada por España y la Convención internacional de Derechos del Niño.

Enjuiciamiento con perspectiva de género

La sala recuerda que el derecho a la conciliación familiar y laboral tiene faz femenina y que las dificultades de las madres trabajadoras para conciliar el cuidado de sus hijos e hijas con la vida profesional, sin penalización retributiva, esto es, por la vía prevista en el artículo 34.8 del ET, las arrastra irremediablemente a solicitar drásticas reducciones de jornada con pérdida retributiva y de cotización, sin no pocas dificultades en la concreción horaria, que acaba incidiendo en la amplia brecha salarial y de pensiones y, en el peor de los casos, las empuja al abandono del puesto de trabajo, bien temporalmente (excedencias), bien definitivamente.

Por ello, se pone de relieve la necesidad de integrar la perspectiva de género en el enjuiciamiento del caso, lo que significa juzgar teniendo en cuenta la realidad social existente y prestar atención a la situación desaventajada de las mujeres trabajadoras y la pérdida de oportunidades laborales que soportan por no dejar de cuidar⁵.

³ Real Decreto Ley.

⁴ Como sucedía en anteriores versiones legales, habiéndose previsto incluso un expreso proceso negociador entre empresa y persona trabajadora, exigiéndose la propuesta de alternativas que justifiquen que la negociación es real y no un mero brindis al sol.

⁵ También significa promover una justicia transformativa a través de la aplicación e interpretación del derecho para lograr la igualdad de resultado entre mujeres y hombres.

Enjuiciamiento con perspectiva de infancia

Y se integra la perspectiva de infancia al ser causantes del derecho ejercitado una niña de 4 años y un niño de 6 años, hijos de la trabajadora actora. Por ello se recuerda la obligación de ponderar en el caso, como criterio hermenéutico derivado del artículo 3.1 de la Convención internacional de Derechos del Niño, "el interés superior del menor" como consideración primordial. Esta hermenéutica interpretativa impone a la comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del niño/a en su integridad e insta a los gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social, teniendo en cuenta los principios fundamentales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

II - RELATO FÁCTICO: ESTOS SON LOS HECHOS DE RELEVANCIA DEL INALTERADO RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA

- La actora solicitó en fecha 22 de enero de 2023 adaptación horaria por motivo del cuidado de sus dos hijos menores de edad (de 4 y 6 años), específicamente pidió adscripción permanente en turno de mañana (de 9:30 a 15:00 horas) y los sábados a necesidad del centro, sin necesidad de entrar en rotación⁶.

- La demandada, tras solicitarle documentación y ser aportada en fecha 27 de febrero de 2023, le deniega la petición porque: "altera la distribución habitual y ordinaria de la jornada de la empresa".

- La empresa contrató a un detective para seguir a la actora y a su marido los días 22, 23, 24 y 25 de mayo de 2023, para averiguar "cuáles eran las obligaciones familiares y profesionales de ambos"⁷.

III - CLAVES DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Ponderación de los tres derechos en conflicto

La integración de la perspectiva de género lleva a la sala a considerar razonable la petición de adscripción al turno de mañana de la actora por motivo de la demanda de cuidados de sus hijos durante las tardes, dado el horario de escolarización matinal. A lo ante-

⁶La actora, con antigüedad de 22 de junio de 2009, presta sus servicios en centralización de telecompras, en turnos rotatorios, una semana de 9:30 a 15:00 y otra de 16:30 a 22:00 horas. Resumidamente, sus funciones incluyen la preparación de compras online, que suele hacerse mayoritariamente en horario de mañana y se preparan en turno de tarde, y también asumía tareas de cajera, pescadera, colocadora de carros... según las necesidades de la tienda.

⁷El esposo de la actora es autónomo y explota un gimnasio desde el 1 de diciembre de 2022, sito en otra localidad distinta a la del domicilio de la actora, con un horario de 8:00 a 21:00 horas. No tiene personal empleado.

rior se añade el aterrizaje de la perspectiva de infancia, recordándose que “el interés superior de los menores” debe ser una consideración primordial. Y, por último, se ponderan los intereses de la demandada, concluyéndose que no se probaron razones objetivas que impidieran el reconocimiento de la concreción horaria solicitada.

Se supera, así, el tradicional dualismo (parte trabajadora/parte empresa), para añadir un nuevo derecho a ponderar, junto a los anteriores: el de los niños que demandan cuidados y cuyo interés siempre debe ser primordial, cuando se sopesan prioridades que se contraponen.

Indemnización reparadora del daño moral

En relación con la indemnización, el tribunal constata la concurrencia de discriminación indirecta por razón de género (art. 14 Constitución española –CE–) y concluye que negar el derecho a indemnización reparadora del daño moral a la trabajadora que se ha visto injustificadamente privada de su derecho a cuidar a sus hijos de corta edad, supone devaluar este importante derecho (art. 34.8 ET) y convertirlo en un mero formalismo desconectado de las dificultades familiares que ello ocasiona a la actora y el consecuente daño moral anudado al mismo acto discriminatorio.

Y se recuerda la finalidad disuasoria y preventiva de la indemnización (art. 10 LO 3/2007 y art. 18 Directiva 2006/54).

A efectos de ponderar la adecuación de la cuantía de 5.000 euros, tiene en cuenta la especial situación de necesidad de atender la demanda de cuidados de sus dos hijos pequeños (de 4 y 6 años), sin disponer de otros apoyos familiares, y el transcurso del tiempo entre la petición de la trabajadora y la sentencia que le reconoce el derecho (5 meses), sin que la empresa haya dado cumplimiento provisional a la petición para exonerarse de la reparación indemnizatoria reclamada (art. 139.1 a) Ley reguladora de la jurisdicción social).

La prueba de detective y el seguimiento del esposo e hijos menores de la actora.

¿Vulneración del derecho fundamental a la intimidad familiar?

Tal y como resultó probado, se hizo un seguimiento personalizado fuera del centro de trabajo y en horario no laboral del esposo e hijos menores de la actora, así como de otros familiares (abuelos) durante tiempo de ocio familiar a través de detectives contratados por la demandada para explorar “las obligaciones familiares y profesionales de la actora y su esposo”.

La sala no entró a analizar la citada prueba, que califica de “cuestionable”, pues ni en la instancia ni en suplicación fue impugnada por la parte actora, pero la gravedad del hecho bien merece unas reflexiones que comparto en este artículo a título personal.

Para empezar, es evidente que la citada prueba de la que se hizo eco la sentencia recurrida, tanto en el relato fáctico como en la fundamentación jurídica, fue desproporcionada, injustificada e invasiva y vulnera, derechos fundamentales de la actora (art. 18 CE –derecho a la intimidad personal y familiar–). Ello es así a tenor de la más reciente jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo 380/2023, de 25 de mayo, en cuya fundamentación jurídica se preserva del seguimiento de detective la actividad desarrollada en los domicilios o lugares reservados (art. 48.1 a) Ley 5/2014), al tratarse de un ámbito reservado en el que se ejerce la vida íntima, familiar y personal con una expectativa legítima de privacidad. Ello puede ser trasladable a las actividades y tiempo de ocio de personas con las que la empresa no tiene relación laboral alguna.

Descendiendo al caso, puede concluirse que contratar el seguimiento de la familia de la actora, no solo compromete los principios de razonabilidad, necesidad idoneidad y proporcionalidad, sino que se adentra de lleno en la intimidad familiar de la actora, evidenciando, además, una total falta de legitimidad de la empresa en el encargo efectuado por lo que respecta a familiares de la actora. El seguimiento contratado descrito tiene, además, un efecto estigmatizante al invadir la vida familiar de la operaria y por ello la empresa pudo incurrir en la infracción del artículo 8.12 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

IV - CONCLUSIONES. TRANSCENDENCIA DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA, MÁS ALLÁ DEL CASO

La sentencia sigue el camino ya iniciado por el mismo tribunal en sentencias anteriores, integrando la perspectiva de género e infancia en la interpretación y aplicación del derecho a conciliar familia y trabajo. Además, se reconoce el derecho de la operaria a percibir una indemnización reparadora del daño moral indisolublemente vinculada a la discriminación indirecta por razón de género sufrida (art. 14 CE), destacándose el carácter disuasorio y preventivo (“garantía de no repetición”) que tiene la indemnización por daño moral vinculada a la vulneración de los derechos fundamentales comprometidos (arts. 14 y 39 CE).

Especialmente criticable fue la actuación de la empresa de contratar los servicios profesionales de una agencia de detectives para seguir a familiares de la actora, incluidos sus hijos de corta edad, y cuyo informe resultante fue aportado como prueba en el acto del juicio⁸.

Los cuidados de hijos, hijas u otros familiares no son un concepto neutro y deben in-

⁸ Permitir a las empresas la fiscalización arbitraria de la vida privada y familiar de las personas trabajadoras, mayoritariamente mujeres, que se atreven a ejercitar su derecho a conciliar supone traspasar abruptamente los infranqueables límites de los derechos constitucionales y se alza como una nueva faz de las violencias sexistas, en este caso, desde un contexto laboral.

interpretarse en el seno de una sociedad y una cultura traspasada por estereotipos sexistas que han venido normativizando los roles asociados a la masculinidad y la feminidad y que a su vez, han tenido una influencia innegable en el sistema dual de pensamiento liberal clásico y, a la postre, en la confección de los ordenamientos jurídicos de los países democráticos y en su interpretación judicial, bajo un patrón de lo humano masculino.

El derecho al cuidado debe proteger tanto a las personas cuidadoras, mayoritariamente mujeres, como a aquellas que requieren esos cuidados. Es necesario dimensionar su importancia en toda su magnitud y no demeritar su valía, pues todas las personas dependemos de los cuidados de otras en alguna etapa de nuestra vida y, en ocasiones, durante toda nuestra existencia.

La obligación de brindar cuidados se impone tradicionalmente a las mujeres bajo la creencia de que son idóneas para realizarlos, lo que implica que deben poner su tiempo y sus recursos físicos y emocionales al servicio de otros familiares, lo cual limita sus posibilidades de desarrollo personal y las atrapa en un nudo de pobreza que las precariza, pues incluso cuando logran salir de su hogar se enfrentan a un mercado laboral hostil que las discrimina por seguir cuidando y no ser "productivas" en términos capitalistas, porque el trabajo de cuidar carece de reconocimiento social, económico o curricular.

La justicia puede ser transformativa en esta andadura hacia la igualdad de resultado, como dinamizadora de cambios sociales a través de las actuaciones y resoluciones judiciales.

Sin perspectiva de derechos humanos, la justicia no es justicia, es otra cosa...

ENTREVISTAS

"HAY QUE REFEDERALIZAR EL DELITO DE NARCOMENUDEO"

ENTREVISTA AL MINISTRO DE JUSTICIA DR. JUAN MARTÍN MENA¹

Por Pablo Perel y Lucía Colombo



—Muchas gracias Dr. Juan Martín Mena por la generosidad de disponer de su tiempo y concedernos esta entrevista. En primer lugar, queríamos consultarle de manera sucinta, respecto a cuáles considera que fueron los avances más significativos en materia de Memoria, Verdad y Justicia en los últimos años.

—Gracias a ustedes por la invitación. Para comenzar, debo afirmar que estoy convencido de que llegamos hasta donde estamos, fruto de la lucha y el trabajo de nuestras Madres, de nuestras Abuelas y de los organismos de derechos humanos, que con características muy particulares, sin revancha, sin odio, convocando desde lo más íntimo del corazón, dando una batalla ineludible; sostuvieron y generaron que argentinos y argentinas, cada uno con distintas responsabilidades y roles, podamos hacer lo que hicimos desde la recuperación democrática en estos 41 años.

En ese sentido, sin la lucha de ellos, no hubiésemos tenido ni juicio a las juntas militares en el gobierno de Raúl Alfonsín, ni tampoco aquel 2004 en la ESMA cuando el expresi-

¹ Abogado, político y actual Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires. Fue asesor de gabinete en la Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia de la Nación y posteriormente Subsecretario y Jefe de gabinete de esa misma área. Se desempeñó, a su vez, como Subdirector de la Agencia Federal de Inteligencia (AFI) y como Viceministro de justicia de la República Argentina.

dente de la Nación Néstor Kirchner pidió perdón en nombre del pueblo argentino. Ese día además no sólo se recuperó la ex ESMA, sino que se inició un histórico proceso de juzgamiento y sanción por los crímenes cometidos durante la última dictadura. Lo que nos obliga a estar muy orgullosos y sobre todo en el contexto actual. El afianzamiento en materia de memoria, verdad y justicia, decisión y valentía para resolver la mayor tragedia de nuestra historia reciente, es un logro de todos los argentinos y las argentinas.

No obstante ello, pareciera que en el último tiempo, estamos atravesando un momento en que nos están proponiendo romper un pacto social que para todos nosotros es inalterable. Por ese motivo, contra esto, se expresó el pueblo el último 24 de marzo cuando se llenaron las calles con un Nunca Más.

Por eso destaco la importancia de que este año se cumplieran los 20 años de la recuperación de la ESMA, hoy sitio de memoria y patrimonio. Siendo el excentro clandestino de detención más tenebroso de nuestro país, es también fruto de la labor de muchísimos funcionarios judiciales que asumieron con responsabilidad, con convicción, con un compromiso ineludible, investigaciones extremadamente complejas que permitieron llevar a juicio y castigo a los responsables de crímenes tan atroces.

Insisto, tenemos que estar muy orgullosos de lo que pudimos hacer con nuestra propia tragedia, cómo procesarla. Los ejemplos mundiales no abundaban y la mayoría eran bastante negativos. Acá no hubo potencia extranjera invasora, no hubo país vencedor, los propios argentinos procesamos nuestra tragedia sin apelar a tribunales ni leyes especiales. Con las herramientas de nuestro ordenamiento jurídico logramos vencer ni más ni menos que las leyes de olvido e impunidad y con los tribunales naturales de nuestro país logramos poner las cosas en su justa medida y sancionar y condenar a los responsables de los crímenes de la dictadura. Todo esto creo, es un ejemplo que debemos resaltar permanentemente.

—En materia de política criminal ¿qué aspectos cree que deben priorizarse?

—Actualmente el desafío fundamental es la construcción de una política planificada en la cual la actuación de las fuerzas policiales, el poder judicial y las agencias penitenciarias estén articuladas detrás de objetivos claros; los que en materia de política criminal, se refieren al control de la criminalidad, es decir, a la reducción de fenómenos delictivos a través de medidas específicas, cuyo diseño debe provenir del conocimiento detallado de las dinámicas criminales. Por esta razón, la producción de información y el análisis criminal son dimensiones imprescindibles a abordar si pretendemos llevar adelante políticas estratégicas.

En cualquier caso, para poder dar respuestas eficaces es fundamental que se defina con precisión el problema que se va a atacar: por ejemplo, los mercados ilegales de drogas, el robo automotor, las violencias de género, las estafas digitales, son todos fenómenos muy distintos que reclaman acciones de diverso tipo. Cuando se anuncian medidas

generales se cae en una falta de rigor y precisión, y se pierde la oportunidad de desarrollar acciones estratégicas.

Otra cuestión importante es que la política criminal debe abrirse a la participación ciudadana. Es necesario que la comunidad conozca las acciones que se llevan adelante y que se exprese y participe de los procesos de diseño, implementación y evaluación. Esta dimensión hoy recae en gran medida en los gobiernos municipales, que en los últimos tiempos se han convertido en actores protagónicos y han asumido muchas competencias relacionadas con la agenda pública de justicia y seguridad. De modo que la planificación, las decisiones basadas en el conocimiento y la focalización son algunos de los aspectos que creo deben priorizarse en el campo de la política criminal.

—¿Considera que las cuestiones de narcomenudeo deberían volver a la órbita federal?

—Las cuestiones de narcomenudeo definitivamente deberían volver a la órbita federal. Lo hemos discutido y debatido profundamente con el Gobernador y estamos de acuerdo que el sistema, así como fue reformado hace poco más de una década, no arrojó buenos resultados. Fue una decisión de política criminal en la que se resolvió que el narcomenudeo lo investigaban las provincias (algunas adhirieron y otras no) y el sistema federal quedaba para el narcotráfico. A diez años vista, estrictamente hablando de la provincia de Buenos Aires, el resultado fue espantoso, y por eso es que con el Gobernador venimos planteando la refederalización.

El primer motivo es que se evidencia un corte en las investigaciones. No paramos de detener, investigar y juzgar a pequeños comerciantes de estupefacientes (el famoso narcomenudeo) y nunca se arriba a la investigación completa, porque se genera un momento en que el fiscal y la policía provincial tienen un límite legal sobre el cual no pueden avanzar. Y una de las formas de llegar a las grandes organizaciones es empezar por el que se encuentra en la calle, vendiendo estupefacientes, para después seguir la cadena.

Cuando en el medio hay un cambio de jurisdicción se produce un quiebre que ya demostró no dar buenos resultados. Cuando se ven la cantidad de procesos, juicios, investigaciones y detenciones por narcomenudeo en la provincia de Buenos Aires, y ves el procesamiento de la justicia federal respecto de las organizaciones de narcotraficantes, concluís que la autoridad federal está haciendo poco y nada.

Tampoco es cuestión de hacer un corte abrupto. Nuestra policía va a seguir investigando y reprimiendo el narcotráfico y el narcomenudeo, y nuestros fiscales también van a seguir trabajando, porque el narcotráfico está rodeado de otra cantidad de delitos que son competencia de la Provincia. Lo que tiene que haber es una autoridad federal que asuma esas investigaciones. Debemos privilegiar que toda causa que se inicie por narcomenudeo, termine en la sanción del más grande. Por ejemplo, el ataque financiero a las bandas de narcotráfico, que es un delito federal. Hay que pegar un timonazo, cambiar de

estrategia y trabajar en equipos conjuntos de investigación. Lo hacemos con otros países, ¿cómo no lo vamos a hacer entre la Provincia y el Estado federal?

—En el marco de la campaña internacional #masmujeresmasjusticia, nos interesaría conocer su posición respecto a la necesidad de juzgar con enfoque de género y al momento transicional que nos atraviesa de la paulatina designación de mujeres en el Poder Judicial.

—En primer lugar, juzgar con enfoque de género es un imperativo constitucional, así como la articulación de la perspectiva de género en los procesos judiciales. El Estado asume obligaciones específicas vinculadas a las garantías de no discriminación e igualdad conforme sus propias disposiciones constitucionales y compromisos internacionales con jerarquía constitucional. Esto redundando entonces en un deber por parte de quienes ejercen funciones jurisdiccionales para que la aplicación e interpretación teórica y normativa no consolide situaciones discriminatorias y tenga en consideración el efecto de las jerarquías de género en las dinámicas sociales.

Si no es correctamente ejercida, la labor jurisdiccional puede ser un factor de perpetuación de desigualdades. En primer lugar, porque puede ocultarlas bajo interpretaciones desconectadas de una adecuada perspectiva de género y, en ese sentido, afirmar normativamente una igualdad que en los hechos es negada. Por otro lado, porque al momento de juzgar puede asumir implícita o explícitamente estereotipos y prejuicios. En ese sentido, las personas encargadas de administrar justicia en tanto representantes de un poder del Estado, se ven alcanzadas por el deber de abstenerse de usar estereotipos o apoyar sus razonamientos en prejuicios vinculados a la condición de género, los cuales ocupan un lugar de especial atención para el derecho internacional de los derechos humanos.

—Respecto a los derechos que con jerarquía constitucional fueron incorporados hace 30 años en la reforma de 1994 ¿Qué desafíos encuentra para los tiempos que corren?

—La reforma de 1994 introdujo notables cambios en nuestro ordenamiento normativo, no sólo en la incorporación de nuevos derechos, sino también en la creación de organismos de gobierno como la Defensoría del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, un Ministerio Público autónomo, etc. En relación con los nuevos derechos estableció el derecho al ambiente sano, los derechos para los consumidores, la protección de los datos personales, entre otros, destacándose la incorporación de los Tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Desde aquella reforma el problema ha pasado por las dificultades del sistema judicial para poder traducir esa enorme incorporación de derechos en medidas ejecutables que propendan a garantizar su efectiva vigencia.

El momento actual es especialmente preocupante, vemos un cuestionamiento muy

fuerte a este marco constitucional protectorio de parte del gobierno nacional, desconociendo su carácter obligatorio y pretendiendo sustraer al Estado de la garantía de derechos básicos. Al mismo tiempo, se cuestiona el sistema republicano y la división de poderes, de modo que todo el marco constitucional es puesto en entredicho.

Por estas razones, creo que el principal desafío actual es poder construir un amplio espacio de defensa de la Constitución, compuesto por integrantes del poder judicial, colegios de abogadas y abogados, juristas de la academia, etc., que pueda contrapesar los ataques cotidianos a los derechos conquistados.

—Por último, ¿Qué iniciativas quisiera destacar en el marco de la gestión que lleva adelante en el Ministerio de Justicia y cuál es su balance respecto a la cobertura de vacantes judiciales?

—Respecto a las vacantes tenemos una situación crítica, que se viene generando desde hace años. Resolver este tema es, desde el primer día de mi gestión, una prioridad absoluta. El problema es integral y estamos abocados a cuestiones de organización judicial y también a lo vinculado a la modernización del sistema.

Hay varios componentes que motivan la llegada a esta situación, entre ellos, la pandemia, y la complejidad de la política en años electorales. Existen, además, problemas más coyunturales, como la sobrecarga de trabajo por las vacantes, y eso hace a la lentitud de los procesos. Tenemos focos puntuales, por ejemplo, en la Justicia de Familia, en la Civil. Un problema que está atado, también, a cuestiones presupuestarias. Cuesta mucho hacer grandes reformas en materia judicial, porque implican gran cantidad de presupuesto y hoy el gobierno nacional paralizó todas las obras y avances en materia judicial y de infraestructura que venía llevando el Gobernador con mucho esfuerzo.

Francamente no aportaría mucho seguir versando sobre aquello que no fue, sino que hemos decidido centrar todos los esfuerzos y arbitrar todo lo que tenemos que hacer para empezar a resolverlo. Y eso es lo que estamos haciendo, con los actores que intervienen, con mucho diálogo, trabajo, y la decisión política del gobernador Axel Kicillof de solucionar el problema. Con el trabajo legislativo pertinente, estoy convencido que vamos a resolver esta deuda pendiente que afecta al conjunto de las y los bonaerenses.

En torno a las iniciativas de gestión, estamos trabajando en un plan estratégico que tiene como finalidad establecer una justicia que resuelva los problemas de menor cuantía. Estoy obsesionado con que la gestión pública comience a profundizar la vocación en la resolución de los problemas cotidianos de la gente, recuperando el sentido de pertenencia del servidor público y haciendo eficiente los servicios que ofrece y de los cuales es responsable el Estado, pero de forma inteligente. Estoy convencido que debemos honrar la responsabilidad de la función pública, redoblar esfuerzos en tiempos de crisis y orientar los recursos que tenemos en soluciones que trasciendan la cuestión partidaria.

Si bien el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos abraza cuestiones sensibles como el Servicio Penitenciario y el Patronato de Liberados tiene, asimismo, la conducción de la Escribanía General de Gobierno, la Dirección de Personerías Jurídicas de la provincia y el despliegue de políticas de Acceso a la Justicia, asistencia a la víctima y lucha contra la trata de personas (mientras que a nivel nacional se están cerrando las oficinas, en la provincia de Buenos Aires las estamos ampliando). También estamos planteando una intensa agenda de trabajo con temas específicos, por caso, la problemática del *grooming* y las estafas digitales, que en los últimos años han crecido de manera alarmante.

Vamos a profundizar el trabajo sobre delitos y conflictividades que se dan en los entornos digitales. Por eso vamos a relanzar el programa interministerial Cuidarnos en Red, con el que trabajamos políticas de cuidado y prevención de ciberestafas, *grooming* y violencia de género digital. En esa línea, hemos diseñado distintas herramientas para abordar estos temas con niños, niñas y adolescentes de distintas edades. Queremos distribuirlo en todas las escuelas de la provincia para que todos los equipos docentes cuenten con esta herramienta para trabajar la prevención en el aula.

También estamos trabajando de manera articulada con otros ministerios para unificar criterios de atención y garantizar el acceso a la justicia frente a los casos de delitos digitales. Creamos Guías de Actuación y estamos elaborando protocolos de atención para la línea 102, 144 y 148, junto con instancias de capacitación para los trabajadores y trabajadoras de estas áreas. En síntesis, vamos a trabajar para darle más llegada territorial al programa y para mejorar las respuestas estatales frente a estos delitos.

A su vez, trabajamos sobre la prevención y abordaje de otro tipo de delitos y conflictos, a través de un nuevo programa, que consistirá en formar una red de operadores territoriales que puedan identificar e intervenir de manera temprana en ciertas conflictividades sociales que tienen lugar en los barrios. Elaboramos materiales didácticos para la intervención sobre este tema y para que sean distribuidos en todos los municipios de la provincia.

Podría extenderme mucho más, pero todo se sintetiza en que la orientación de la planificación en esta gestión del Ministerio está asociada, fundamentalmente, a pesar de todos los problemas estructurales y las deudas que tenemos en la materia, a trabajar fuertemente a favor de consolidar una justicia más cercana a las necesidades de las y los bonaerenses. A humanizar y trabajar con criterios colectivos y a no fomentar la cultura del sálvese quien pueda, que es una de las causas centrales de los problemas que tenemos. No, no hay salvadores, ni grandes ministros, ni mucho menos mesías. Con unidad, con trabajo, con sentido colectivo, vamos a construir una justicia mejor, entre todos y para todos y todas.

—Muchas gracias Ministro Juan Martín Mena.

—Mi agradecimiento hacia ustedes, ha sido un placer.

"PROMOVEMOS CONOCIMIENTO ÚTIL PARA LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES"

ENTREVISTA A LA DRA. ANDRESSA CALDAS ¹

Por Pablo Perel y Lucía Colombo



—Estimada, es un placer contar con su participación en el segundo número de nuestra Revista. En esta oportunidad nos interesaría conocer su opinión respecto al vínculo entre el MERCOSUR y los derechos humanos.

—Les agradezco a ambos la invitación. El origen del MERCOSUR encuentra sustento en la democracia y los derechos humanos. Si bien en 1991 se creó con intereses comerciales, es un bloque que nace con el retorno de las democracias en los países de la región, luego de un período de graves violaciones a los derechos humanos². De esta forma, se ha fortalecido la institucionalidad regional en materia de DD.HH.³

¹ Directora Ejecutiva del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH). Graduada en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Magíster en Derecho (UFPR) y en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Londres. Fue Jefa del Departamento de Relaciones Institucionales del IPPDH, profesora de Derecho Internacional de los DD.HH. en la Universidad Positivo (UP) y de Derecho Civil en la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUC-PR). Coordinadora jurídica y directora ejecutiva de la organización de derechos humanos Justicia Global (2001-2014). Miembro de la Red Nacional de Abogados y Abogadas Populares (RENAP).

² En sus textos fundacionales, encontramos los protocolos relacionados con el compromiso democrático y los derechos humanos. Y, luego de su primera década de existencia, se inicia con fuerza el trabajo en la dimensión política y social.

³ Entre otras acciones, podemos mencionar la creación del Parlamento del MERCOSUR, la Reunión de Altas Autorida-

—¿Cómo funciona y qué objetivos orientan la labor del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR?

—El IPPDH propone fortalecer los DD.HH. como un eje fundamental de la identidad e integración regional mediante la cooperación técnica y la coordinación de políticas públicas. Creado en el año 2009, busca desde ese entonces ser un organismo regional de referencia por sus acciones estratégicas en políticas públicas vinculadas a esta temática. Sus funciones principales son la investigación, la capacitación, la generación de espacios de diálogo y participación, la asistencia técnica en la formulación de políticas públicas y la promoción de los DD.HH.

—¿Cuál es su visión respecto a la tarea desarrollada por la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR?

—En primer lugar, mencionar que el Instituto fue creado en la órbita de la Reunión de Altas Autoridades del Mercosur (RAADH), un espacio de coordinación intergubernamental sobre políticas públicas de DD.HH., que reúne a las principales autoridades de las instituciones competentes en la materia de los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR.

La RAADH es un ámbito donde los países se reúnen para coordinar agendas regionales para la promoción y protección de DD.HH. Esta reunión funciona como una instancia especializada, dependiente del Consejo del Mercado Común cuyo seguimiento es realizado por el Foro de Consulta y Concertación Política⁴. En ese marco, funcionan nueve comisiones permanentes sobre temas específicos⁵ además de un Grupo de Trabajo *Ad Hoc* sobre Discurso de Odio y la Reunión Plenaria de las Altas Autoridades.

Sin duda, en este tiempo, se ha convertido en un espacio de articulación y diálogo muy importante, que busca alcanzar consensos, como dinámica propia del MERCOSUR desde su creación. Ha sido siempre un reto mantener una agenda activa y sustantiva⁶. Por ello, destaco cómo hemos podido desde el Sur ubicarnos en la vanguardia de algunas temáticas como derechos de las personas mayores, discursos de odio, temas de inteligencia artificial (IA) y derecho al cuidado.

—¿Cuál es el rol que desempeña la Escuela Internacional de altos estudios y capacitación en políticas públicas en derechos humanos del IPPDH MERCOSUR?

des sobre Derechos Humanos, y otras reuniones y foros especializados como la Reunión de Ministros y Altas Autoridades sobre Derechos de Afrodescendientes (RAFRO), la Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas (RAPIM), y los propios institutos, como el IPPDH y el Instituto Social del MERCOSUR (ISM).

⁴ Está integrada por las autoridades o áreas gubernamentales con la principal competencia en materia de DD.HH. y por representantes de las direcciones de DD.HH. o equivalentes de las Cancillerías de los Estados Parte y Asociados. Sesiona semestralmente, bajo cada presidencia *pro tempore*, con representantes de los Estados Parte y Asociados. Desde su origen promueve la participación de la sociedad civil.

⁵ Memoria, Verdad y Justicia; Iniciativa Niñ@Sur; Educación y Cultura en Derechos Humanos; Discriminación, Racismo y Xenofobia; Personas con Discapacidad; Personas Mayores; LGBTI; Género y Derechos Humanos de las Mujeres; y Comunicación en Derechos Humanos.

⁶ Este año, se conmemoran los veinte años de la RAADH.

—Desde su inicio ha desarrollado propuestas formativas que articulan conocimientos políticos, académicos y sociales, orientadas a fortalecer las capacidades de gobierno y gestión de las políticas con enfoque de derechos, en todos sus niveles. Actualmente, brinda programas de formación sobre políticas públicas para la garantía de DD.HH., dentro de una perspectiva de integración y fortalecimiento de la ciudadanía regional en el MERCOSUR; permitiendo formar a funcionarias y funcionarios públicos en la transversalización del enfoque de derechos y en el diseño, gestión, evaluación y dirección de instituciones, programas, proyectos y mecanismos específicos para la garantía de DD.HH. Al mismo tiempo, es un foro de socialización de conocimientos teóricos, experiencias políticas y saberes sociales relacionados con la garantía de DD.HH.⁷.

—¿Qué acciones tendientes a fortalecer la construcción de políticas públicas con enfoque en DD.HH. se han llevado adelante en el último tiempo?

—En los últimos años, se ha consolidado el trabajo de la Escuela y del Foro de Participación Social como espacios de diálogo entre distintos actores de la región⁸.

Entre otros temas en los que hemos brindado asistencia técnica, se resaltan los aportes para la Convención Interamericana sobre la Protección de los DD.HH. de las Personas Mayores; o en materia de políticas migratorias – y en especial para niños, niñas y adolescentes –. También se debe mencionar los principios fundamentales para las políticas públicas en materia de sitios de memoria de 2012; las directrices regionales para niños, niñas y adolescentes, vinculada a la prevención de malos tratos, presupuesto, cuidados alternativos; así como los derechos de las personas LGBTI, entre otras acciones.

—¿En nuestra región, las personas y comunidades indígenas y afrodescendientes sin duda son las más afectadas por la discriminación. ¿Considera relevante que desde el Instituto se generen herramientas en pos de responder a esta desigualdad y discriminación estructural ante el crecimiento alarmante de manifestaciones de racismo y odio?

—Sin duda alguna. El combate a la discriminación, el racismo y la xenofobia son prioridades del Instituto y de esta gestión en particular.

América Latina debe ser leída como resultado de un proceso de colonización, esclavización, clasismo, racismo y patriarcalismo, que ha llevado a que nuestra región sea la más desigual del planeta. Sin entender esto, no podremos comprender el presente. Es

⁷ Se han desarrollado más de 20 cursos en estos 15 años en modalidades virtual y presencial, y formado más de 1000 personas, entre representantes de la sociedad civil, funcionarios y funcionarias de los Estados, operadores y operadoras en territorio, entre otros.

⁸ En este ámbito, hemos llevado adelante doce consultas públicas a la fecha. También creado en 2019 la Biblioteca Especializada en Políticas Públicas y DD.HH., y hoy trabajamos en un proyecto financiado por el Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM) para crear una Red de Bibliotecas Especializadas en Derechos Humanos.

importante visibilizar que la desigualdad y la pobreza no son hechos naturales o situaciones aisladas, desconectados de un proceso histórico de expoliación, explotación laboral, de apropiación ilegal e ilegítima de recursos, y que se repite ahora con neocolonialismos, consecuencia directa para todo el planeta, como el desequilibrio ecológico y el cambio climático.

Como región, somos fruto de un proyecto de exterminación de los pueblos originarios y del mayor movimiento de migración forzada registrado en la historia, y la trata transatlántica de más de 12 millones de africanos/as que por más de 300 años fueron traídos a la fuerza y esclavizados.

Por ello, estamos trabajando en distintas líneas y con diferentes alianzas para combatir el racismo, la discriminación y la xenofobia, y los discursos de odio⁹.

—¿Cuáles son los desafíos que debe enfrentar el MERCOSUR en el corto y mediano plazo en la temática de Derechos Humanos?

—Existen aún hoy enormes desafíos para la región. Entre los más importantes está poner fin a la desigualdad que se expresa en diferentes dimensiones como la vinculada a la pobreza, la discriminación histórica y estructural que obstaculiza el pleno goce de los derechos humanos en igualdad de condiciones para todas las personas¹⁰.

Por otro lado, se requiere una mirada regional en el combate a los discursos de odio, a la desinformación, al negacionismo, y a la falta de perspectiva de género, que son amenazas a la democracia y a los derechos humanos.

También, las nuevas tecnologías, principalmente la IA nos convocan a reflexionar y adoptar acciones en conjunto. Aquí no quiero dejar de mencionar la Declaración de Principios de DD.HH. en el ámbito de la IA en el MERCOSUR.¹¹

A su vez, el impacto producido por la pandemia de COVID-19, nos obligó a repensar y a replantear la hoja de ruta y las prioridades y a reflexionar sobre las lecciones aprendidas en los ámbitos nacionales y regionales.

—Agradecemos su excelente predisposición Dra. Andressa Caldas.

—Mi agradecimiento hacia ustedes.

⁹En ese sentido, quiero destacar la adopción de la Declaración por una cultura de Paz y Democrática para contrarrestar las expresiones y discursos de odio. Adoptada por la RAADH en 2023, y que es un instrumento que da cuenta de un acuerdo de la región en este tema.

¹⁰Por su parte, la temática de los derechos de las personas migrantes, así como la posibilidad de garantizar la libre movilidad de todas las personas es hoy más que nunca un desafío enorme para el MERCOSUR. Seguir trabajando en garantizar los derechos de estas personas, su inclusión social y la visibilización del aporte que la migración representa es uno de los desafíos.

¹¹Aprobada a fines de 2023 por la RAADH.

"RESALTAMOS LA IMPORTANCIA DE LA CAPACITACIÓN EN MATERIA CONSTITUCIONAL"

ENTREVISTA A LOS DRES. JORGE ALEJANDRO AMAYA¹ Y LUCA MEZZETTI²

Por Pablo Perel y Lucía Colombo



ACCIONES CONJUNTAS ENTRE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE Y LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA, ITALIA

Los nuevos desafíos que conlleva la transversalidad del derecho constitucional, hacen que sea imprescindible profundizar su estudio, tanto para quienes ejercen la función judicial como para abogados y abogadas de ejercicio e incluso para todos los operadores directos o indirectos del derecho.

Los profesores Jorge Alejandro Amaya y Luca Mezzetti codirigen un programa de Especialización y Máster en Justicia Constitucional y DD.HH. y otro de Posdoctorado en Derecho, certificados por la Universidad de Bolonia (*Alma mater*).

¹ Constitucionalista argentino, autor de numerosas obras, doctor y posdoctor en Derecho (área constitucional) (UBA, Argentina). Director para Latinoamérica del Programa de Posdoctorado para doctores iberoamericanos, de la Universidad de Bolonia, Italia y de los Programas de Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, que certifica el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia.

² Profesor italiano, doctorado en Derecho Público (Universidad de Perugia, Italia). Director de la Escuela Superior de Estudios Jurídicos y del Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Bolonia, Italia.

A través de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Oeste, cuyo responsable es el decano-organizador y vicerrector Dr. Gustavo Soos, se ha suscripto recientemente un Convenio específico de cooperación académica con la prestigiosa Universidad más antigua del mundo³, que permitirá el dictado entre agosto y diciembre de 2024 de un Posgrado de Alta Formación en Derecho Constitucional y DD.HH.; y la posibilidad además del dictado en la sede de la Institución en el mes de noviembre de un Programa de Altos Estudios Posdoctorales.

Para difundir estas actividades, y conocer un poco más a sus codirectores, nos hemos reunido con ellos en la sede de rectorado de nuestra casa de altos estudios, el 17 de abril del año en curso, luego de la firma del convenio (oportunidad en que se impartieron a su vez, sendas conferencias por parte de estos prestigiosos académicos).

—Agradecemos la posibilidad de conversar con ustedes, Dr. Amaya y Dr. Mezzetti. En esta instancia, queremos consultarles acerca de vuestra versión respecto al creciente interés en las especializaciones y cursos en materia constitucional. ¿Consideran que es un fenómeno local o regional?

LM: —Muchas gracias a ambos, es un placer para nosotros participar en este segundo número de la Revista Jurídica de la Universidad. Con relación a la consulta, la formación en Derecho Constitucional constituye un fenómeno mundial y obedece a muchos factores, entre ellos a la superación moderna del Estado legal de derecho para proyectarse en el Estado constitucional.

JAA: —Gracias a ustedes. Efectivamente, las constituciones se han vuelto directamente operativas y las cláusulas de supremacía constitucional han receptado una nueva jerarquía de los tratados de derechos humanos. Este fenómeno atraviesa a todos los sistemas jurídicos. Es por ello, que la formación en esta temática nos interpela a continuar actualizándonos.

—Respecto a la “Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos”, certificada por la Universidad de Bolonia, ¿qué materias u orientaciones despiertan mayor interés y a qué lo atribuyen?

LM: —En general todas las orientaciones que dictamos despiertan mucho interés. Actualmente ofrecemos orientaciones en Derecho Constitucional; Procesal; Género; Minorías y Grupos Vulnerables y en Justicia Penal y Delitos Complejos.

JAA: —La Especialización cuenta con un núcleo duro de cuatro módulos comunes a todas las orientaciones y cinco o seis módulos específicos para cada una. Si bien el interés es amplio en todas las orientaciones, no descartamos ampliar la oferta.

³Fundada en el año 1088.

—Existen inquietudes frecuentes que muchas veces desalientan a tomar cursos con Universidades del exterior, y ello concierne al idioma y a la modalidad del dictado. ¿Es necesario tener un nivel determinado del idioma italiano para cursar el Programa? ¿Cuál es la modalidad del cursado? ¿Cuánto tiempo lleva realizar el programa de Especialización y a qué tipo de profesionales está dirigido?

LM: —El idioma siempre es útil, pero todos los cursos se dictan en español. La Especialización se dicta en forma virtual, autogestionada, a través de plataforma propia de *e-learning*; el Máster en forma presencial y virtual y el Programa Posdoctoral como un proyecto personalizado de investigación.

JAA: —Así es, casi todos los profesores italianos hablan un español perfecto; y los pocos que no lo hablan cuentan con traducción simultánea. Agrego a lo que mencionó el Dr. Mezzetti, que la Especialización acredita la mitad de la carga horaria del Máster y se imparte entre los meses de abril y diciembre y el Máster continúa en enero y febrero del año siguiente.

El Programa posdoctoral depende en su duración de la actividad y dedicación del investigador, pero habitualmente los trabajos se presentan y defienden aproximadamente entre dos meses y un año después de la inscripción.

—¿Qué tipo de certificación se requiere para inscribirse en la Especialización y en la Maestría?

JAA: —La Especialización y el Máster, requieren del título de abogado o licenciado en Ciencias Jurídicas o disciplinas afines. El programa de Posdoctorado requiere ser doctor en Derecho o disciplinas afines.

—Tenemos entendido que la Maestría sólo podía cursarse en forma presencial en Bolonia pero en los últimos años, para Latinoamérica, se han efectuado modificaciones para facilitar el acceso. ¿Cuál es la modalidad de cursado de la Maestría, actualmente y qué título se obtiene?

LM: —A partir de la pandemia, el Máster se cursa en modo presencial y virtual. Antes era exclusivamente presencial, pero lógicamente las circunstancias han cambiado y ahora la modalidad híbrida se ha impuesto.

JAA: —Agrego a lo mencionado, que el Máster otorga un título oficial de la Universidad con validez en toda la Unión Europea. La Especialización y el Programa Posdoctoral otorgan títulos propios del departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia.

—Con relación a la tesis de la Maestría: ¿se puede enfocar en materia penal, civil, administrativa, fiscal, aparte de la constitucional o ya se encuentran predeterminadas?

LM: —Las tesis pueden ser enfocadas sobre cualquier disciplina del Derecho o materias afines.

JAA: —Efectivamente, la transversalidad del Derecho Constitucional y los DD.HH. también se proyecta a los trabajos finales.

—Otro aspecto de interés para los y las colegas es la posibilidad de avanzar en estudios posdoctorales ¿en qué consiste el Programa de Altos Estudios en Derecho? ¿Qué título o certificación se requiere para inscribirse?

LM: —Como anticipamos se requiere ser doctor en Derecho o disciplinas afines.

JAA: —El Programa, es personalizado, de investigación, guiado por un tutor que designa la Universidad. Comienza con la inscripción; y se puede participar de cursos de apoyo (no obligatorios). A su vez, se brinda la posibilidad de asistir y transitar una estancia de investigación en Italia, u optar por trabajar todo el proyecto desde el país de origen de doctores y doctoras.

—¿Cuál es el alcance del Convenio Específico de Cooperación Académica suscrito con la Universidad Nacional del Oeste y qué beneficios otorga a sus alumnos?

JAA: —Hemos diseñado un Programa de Alta formación en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad, una de las temáticas más complejas y apasionantes del Derecho Constitucional y los DD.HH., con grandes profesores en cada uno de los módulos. Este programa se dictará entre agosto y diciembre una vez a la semana (3 horas) en forma virtual, con algunas instancias bajo la modalidad híbrida. Abordaremos temas como el principio de supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad y convencionalidad; los sistemas regionales de protección de los DD.HH.; razonamiento y argumentación constitucional; el principio de independencia judicial; el derecho a la vida; la no discriminación; el debido proceso; las garantías judiciales; los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; género y diversidad; etc.

El programa será titulado por la Universidad Nacional del Oeste como Posgrado de Alta formación; y también acreditará el 50% de la carga horaria del Programa de Especialización en Justicia Constitucional y DD.HH. de la Universidad de Bolonia, por medio de un certificado de esta Universidad. Quienes cursen y aprueben este posgrado, que se evaluará con un trabajo de investigación (tesina), podrán finalizar la Especialización de manera virtual autogestionada y así también tener convalidado el 50% de la carga horaria del Máster en Justicia Constitucional y DD.HH. de la Universidad de Bolonia, título válido en toda la Unión Europea.

Además, quienes aprueben el Posgrado de Alta formación contarán automáticamente con una media beca para finalizar el Programa de Especialización, y quienes finalicen y

aprueben la Especialización podrán participar de 50 (cincuenta) beneficios de 1.000 euros cada uno para finalizar el Máster.

—¿Cómo es el Programa de Posdoctorado y qué beneficios surgen del convenio con la Universidad Nacional del Oeste?

LM y JAA: —El Programa de Posdoctorado está reservado para quienes poseen el título de doctor en Derecho o disciplinas afines. Es un programa de investigación guiado por un tutor de habla hispana que designa la Universidad de Bolonia. A través del Convenio con la Universidad Nacional del Oeste un equipo de profesores de Bolonia dictará durante una semana en el mes de noviembre un curso de apoyo a los interesados, quienes podrán, además, contar con el descuento del 20% en la matrícula.

—Por último, consultarles dónde se puede obtener mayor información sobre estas ofertas académicas.

LM y JAA: —Respecto de los Programas de Especialización; "Máster y Posdoctorado se puede consultar la plataforma de *e-learning* conjunta de la Universidad de Bolonia y el Instituto para el desarrollo Constitucional Asociación Civil, que en Latinoamérica representa los Programas de la Universidad Italiana.⁴

En relación al Programa de Alta Formación que se dictará en cooperación con la UNO y del Programa de Posdoctorado, puede consultarse toda la información académica, las fechas de inscripción y modalidad de dictado en la página web de nuestra institución.⁵

A partir del mes de julio estará abierta la inscripción.

—Muchas Gracias Profesores Amaya y Mezzetti por el tiempo dispensado...

LM y JAA: —Gracias a ustedes. Esperamos contar con la participación de colegas de la región en estas iniciativas académicas previstas para el segundo cuatrimestre de este año y en lo sucesivo.

⁴ www.idcar.org.ar

⁵ www.uno.edu.ar. Correo electrónico: posgrado@uno.edu.ar

PUBLICACIONES DE INTERÉS

40 AÑOS DE DEMOCRACIA. LUCES Y SOMBRAS DE UN PODER DEL ESTADO JUSTICIA, SOCIEDAD Y ROCK NACIONAL

*Por Daniel Carral*¹
Universidad de Buenos Aires
Universidad Nacional del Oeste, Argentina

Resumen: Argentina cumple cuarenta años de continuidad democrática tras haber superado la dictadura más sangrienta. Estas cuatro décadas transitadas tienen recorridos sinuosos, no obstante, se ha consolidado la vigencia de los derechos humanos a partir de una lucha incansable que también interpeló a los poderes del Estado. Aquí proponemos un recorrido por nuestra historia reciente, mixturando los resabios dictatoriales en la democracia incipiente, las conquistas de leyes y derechos, la evolución de la administración de justicia penal, con el rock nacional argentino, protagonista indiscutido de la resistencia social y política.

I - EL FINAL DE LA DICTADURA Y EL COMIENZO DE LOS OCHENTA CON LA LLEGADA DE LA DEMOCRACIA²

Enero de 1984. Una noche concurrida en la ciudad de Mar del Plata. Todavía estaba presente el recuerdo de los festejos por la asunción del presidente constitucional Raúl Alfonsín, tan solo un mes antes. En la radio sonaba Zas, Miguel Mateos, Spinetta y, por supuesto, Charly.

Un grupo de chiquilines y jóvenes corría (literalmente) por la peatonal San Martín, entre los cuales me encontraba y huíamos de una patota policial que nos encerraba entre dos calles obturadas por colectivos de línea, facilitados y dispuestos así para aprehender una mayor cantidad de jóvenes en aquellos operativos que conocíamos como *razzias*.

El 10 de diciembre de 1983 por la mañana asumía el presidente Dr. Raúl Alfonsín. Por la

¹ Juez del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires. Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor de grado y Posgrado. Docente (UNO). Jurista invitado en los Consejos de la Magistratura de las provincias de Buenos Aires, Chubut y Misiones y en el Consejo de la Magistratura de la Nación. Docente de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: dcarral@hotmail.com

² El texto de este artículo refleja el contenido de la disertación del autor, desarrollada en el panel: "Derechos Humanos: A 40 años de Democracia" en el marco de las XXVII Jornadas Científicas de la Magistratura y la Función Judicial llevadas a cabo en la ciudad de Ushuaia el 23 y 24 de noviembre de 2023.

tarde Virus³ sacaba el álbum más importante de su carrera: *Agujero interior*. Este tercer disco no era sólo el comienzo de la consagración de la banda de la ciudad de La Plata sino también un anticipo de lo que la democracia recuperada nos traería en materia de derechos humanos: el tema "Ellos nos han separado", dedicado por los Moura a su hermano mayor Jorge, desaparecido por los militares en 1976, nos estremecía con su dolorosa carga de amor filial. Eran tiempos de vinilos y así cerraba el lado "A" de ese disco.

Todavía teníamos muy presente la "Marcha de la Bronca", de Pedro y Pablo y que a la vuelta del exilio nos trajo Miguel Cantilo que, en este caso, reaparecía con Punch. Varios años después, en el 2004, se escuchó una perfeccionada versión de aquella canción con lo mejor del rock de los 2000.

Por entonces, en esa incipiente y frágil democracia era todavía la policía la que indagaba al imputado en la propia comisaría, actuaciones que llegaban al juzgado penal de turno casi unívocamente con la confesión del acusado. Esta potestad policial en materia de investigación criminal recién fue modificada – en nuestra provincia (Buenos Aires) – en el año 1985. De allí venimos.

Esos años de dictadura, que se empecinaron con su estructura de terror muy especialmente en la provincia de Buenos Aires, también habían penetrado en muchos de los cuadros del Poder Judicial provincial. No era sólo la ambición de copar la estructura de la justicia federal, sino que también se dividieron con rigurosa proporción la estructura judicial entre las tres Fuerzas Armadas del poder de facto.

En esos primeros años de la década de los 80 la preocupación mayor pasaba por la consolidación del proceso democrático. En el ámbito nacional, se daba un enorme paso con el juicio a las Juntas Militares. Sin embargo, en nuestra provincia todavía eran consentidas muchas prácticas (mayoritariamente atropellos de las autoridades de prevención) que seguían dominando el escenario de la investigación, y que como todos recordarán, se encontraban a cargo de jueces y juezas en lo criminal y correccional (estas últimas – las mujeres que ejercían la magistratura – en un número mucho menor que sus pares varones).

A un gran compromiso de muchos de los nuevos magistrados/as designados o restituidos en su cargo tras haber sido anteriormente desplazados por la dictadura, se enfrentó también un, no menos importante, sector que seguía arraigado a la década pasada. Ese fenómeno retrasó por años la evolución esperada e incluso, algunos de aquellos grupos de poder siguieron hasta el día de hoy obturando reformas que fueron legisladas hace 50 años.

³Virus y Los Violadores todavía no eran populares, no obstante, sus shows eran presenciados cada vez por más personas. Tenían en común que ambas eran las dos bandas que habían sido invitadas a participar de un polémico festival que supuestamente perseguía apoyar y recaudar elementos para los jóvenes que estaban en Malvinas, y se negaron. A pesar de tener dos discos editados, *Wadu-Wadu* y *Recrudece*, Virus todavía no estaba jugando en las grandes ligas del rock argentino. Virus llegaba de La Plata, a veces venían en el mismo micro que Los Redondos. Las propuestas eran diferentes, el público aceptaba de buen gusto distintos discursos, ritos o vestuarios. Compartían escenarios con Sumo, Soda Stereo o Los Abuelos de la Nada con absoluta naturalidad.

A estas sombras de un nuevo poder judicial se contrapusieron las luces de la valentía de muchos hombres y mujeres (magistrados, funcionarios y empleados) que, desde las épocas duras y pesadas, lucharon para recuperar las instituciones. Recordemos que en todos los estratos de este poder también se perdieron vidas a la vez que muchos otros hombres y mujeres sufrieron en sus cuerpos el secuestro y la tortura. Ni hablar de aquellos profesionales independientes de la abogacía que hasta hoy –año tras año– conmemoramos tristemente en La Noche de las Corbatas⁴.

Volviendo a los 80, la Copa del Mundo de la mano del Diego, era un oasis en tiempos de incipiente inestabilidad. Corría el año 1987 y el gran León (me refiero por supuesto al único gran León que no es otro que Giecco), nos recordaba algunas ideas de Sting que interpelaba a la cultura del rock local. A propósito de ello bien vale que luego recordemos que pasó con The Police durante su actuación en el gobierno de Videla⁵ y las infundadas difamaciones que pretendieron ensombrear su abrazo con las madres que ya por entonces nos ponían por delante aquella canción, “Ellas bailan solas” que, si bien fue pensada para las madres chilenas, reflejaban la situación vivenciada aquí.

Divididos-Las Pelotas, en 1988, nos permitieron levantar un poco el bajón y superar –en parte– los levantamientos militares de 1987, pero, sobre todo, extrañar un poco menos a Luca⁶. Más tarde, algunas buenas nuevas llegarían con la vuelta de Pappo’s Blues luego de su etapa por Riff, banda con la que seguiría alternando.

Volvieron los miedos a la impunidad con la sanción de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Nuevamente, la democracia sufría los embates de un poder que todavía –por aquel entonces– nada tenía de residual.

II - LOS AÑOS 90 Y EL CAMBALACHE DE LOS VAIVENES DE LA HISTORIA ARGENTINA

De ahí veníamos. Cuando surfeábamos las graves crisis socioeconómicas de fines de los 80 y comienzos de los 90, un trompazo nos sacudió con los indultos del 89. De nuevo

⁴ Se conoce así al lapso entre el 6 y 13 de julio de 1977 en el que el último gobierno de facto secuestró a abogados y sus familiares con el objeto de silenciarlos.

⁵ Según cuenta Carlos Polimeni, quienes criticaron a Sting por su visita a nuestro país en plena dictadura olvidan algunos episodios que los integrantes del grupo vivieron por entonces. The Police en los tempranos 80, visitó la Argentina, en los años en que Videla aún era amo y señor de la vida y la muerte. En nuestro país dieron tres shows. Uno cuando se inauguró New York City (la City), otro en Obras y también tocaron en el Luna Park. Cuando promediaba aquella actuación en Obras, el guitarrista Andy Summers concretó un gesto rocker al que ningún rocker argentino por entonces se atrevía: le pateó la cabeza a un policía, que reprimía a una chica, que insistía en pararse de su silla y bailar. Sting –cuenta Summers en su biografía– le dijo al oído, acercándosele en el escenario, que después de eso, iría preso. El guitarrista tembló hasta terminar el show, pero una serie de complicadas negociaciones entre bambalinas lo hicieron zafar, seguramente porque era extranjero. “Cuando volví a casa, sentí que había nacido otra vez”, confesó Summers. El guitarrista sabía tanto como Sting por entonces, cual era el *background* de los uniformados argentinos. La historia no debió trascender demasiado porque unos meses después, todavía al borde de la fama, The Police fue contratado para actuar en el Chile de Augusto Pinochet, en el Festival de Viña del Mar, donde brillaron en febrero de 1981, como el futuro que eran. En esos días Sting supo lo que había acontecido en aquel costado del sur y surgió el embrión que quince años después daría forma a “Ellas danzan solas”.

⁶ Luca Prodan, líder de la banda Sumo de orientación al reggae y al rock, formada en 1981 en la localidad de Nono en la provincia de Córdoba.

recobraba vigencia Víctor Heredia con la canción "Sobreviviendo" y aquella frase de su letra que nos decía: "Tengo cierta memoria que me lastima".

De cualquier modo, los avances en materia de derechos individuales progresivamente se fueron consolidando hasta que nos topamos con la reforma constitucional (de nuestra carta magna nacional) del año 1994. El impacto de la incorporación ya como bloque constitucional federal de los Tratados de Derechos Humanos, algunos de los cuales, si bien ya regían mediante ley de adhesión, no ostentaban esa jerarquía fundacional y provocó el inicio de un cambio cultural que iría creciendo paulatinamente.

De allí que, durante largo tiempo era ostensible la diferencia de interpretaciones entre quienes ya ejercían cargos de responsabilidad en la magistratura antes de la reforma constitucional del 94 con relación a quienes se sumaron luego, habiéndose educado en un contexto donde los Pactos internacionales eran el epicentro de la formación constitucional. Felizmente, esos ya son problemas del pasado.

El caso del soldado Carrasco⁷ precipitó la derogación del servicio militar obligatorio. Cada vez que recordamos la "colimba"⁸ la evocación nos lleva irremediablemente a Charly que con la banda Sui Generis y su álbum *Pequeñas historias de las instituciones*, ironizaba en el tema "Botas Locas". Cómo olvidar aquel estribillo que decía: "Yo formé parte de un ejército loco/ tenía veinte años y el pelo muy corto,/ pero mi amigo hubo una confusión/ porque para ellos el loco era yo". La historia de cómo Charly se libró del servicio militar es ya, a esta altura, conocida por todos⁹.

Cambiando un poco de tema y ya para el caso de la provincia de Buenos Aires, la ola reformista de los 90, en el ámbito penal (con relación a los sistemas procesales) nos encontró a medio camino, por suerte no tan atrasados como los aires reformistas del sistema nacional pero fuertemente influenciados por ellos a partir del "nuevo" Código Levene¹⁰, que se miró con simpatía desde nuestra provincia olvidando la providencial obra del maestro Maier que pocos años antes fuera desechada por intereses corporativos¹¹.

Arrancamos esta nueva década en la provincia de Buenos Aires con el sano intento de

⁷ Asesinado y torturado en un cuartel de Zapala, Neuquén en el año 1994.

⁸ Término coloquial utilizado en Argentina para el servicio militar obligatorio.

⁹ Cuenta la leyenda que Carlos Alberto García Moreno (Charly) llevó a cabo una gran cantidad de estrategias para escaparse de la colimba que le había tocado allá por 1971. En principio fingió imposibilidades físicas y hasta acusó que sufría un mal del corazón, con la esperanza de escaparse por ese lado, pero no sirvió. Lo otro que se le ocurrió a Charly fue alegar demencia. Para ello se metió en la sala de morgue y tomó un cadáver de allí, para sacarlo a pasear por todo Campo de Mayo. Cuando lo interceptaron, testigos de la época señalan que refirió haberlo sacado a tomar sol. Según dicen, expresó: "Lo vi muy pálido", aseguró el cantante. En una de esas, Charly se terminó intoxicando con pastillas, llegando casi a una sobredosis. En esa noche de delirio, el músico asegura haber recibido la visita de un ángel, y con ese sueño tuvo una epifanía. Al otro día lo visitó Nito Mestre y le dieron cuerpo a "Canción para mi muerte", una de las grandes canciones de Sui Generis. Al poco tiempo, el Ejército Argentino dio de baja a García Moreno por razones médico-psiquiátricas.

¹⁰ Ley 23.984.

¹¹ En el año 1986, el profesor Dr. Julio B. J. Maier, presentó un anteproyecto de dimensiones superlativas por la trascendencia del cambio que proponía. Lamentablemente por diversos intereses -siempre ajenos a la expectativa de mejorar nuestro sistema de enjuiciamiento- ese proyecto fracasó en su tratamiento legislativo. De cualquier modo, el profesor Maier tendría su revancha al promover la reforma procesal penal de la provincia de Chubut y una experiencia que tampoco fue oportunamente aprovechada por la ciudad autónoma de Buenos Aires, donde el profesor finalizara su carrera judicial como miembro de su Supremo Tribunal. Una crónica de todos esos trabajos y años de esfuerzo compartido junto a otros reconocidos/as juristas puede verse en el número extraordinario de la revista jurídica Lecciones y Ensayos.

reflotar una vieja ley de 1972¹² que había creado la figura del Instructor Judicial, legislada por aquellos años en el breve interregno de gobierno constitucional durante los 70. Pero ahora ya estábamos en los noventa, por entonces la banda Soda Stereo la rompía, Fito Paez sacaba su álbum más populoso, escuchábamos Babasónicos y, por supuesto, todo el país saltaba al ritmo de Los Redondos. "Todo es igual nada es mejor" sonaba en "Cambalache", pero también ahora con distinto ritmo, como marca de una individualidad bastante predominante en aquellos 90. Lo reflejaba así años después La Portuaria de la mano de Diego Frenkel.

En contraposición a ese individualismo, a mediados de los 90 el hip hop de la mano del grupo Actitud María Marta se solidarizaba y abrazaba a HIJOS¹³ que peleaban contra la impunidad. Su tema "Hijo de Desaparecido" reflejaba los sentimientos de aquella época donde el panorama que reinaba era incierto y oscuro.

Aun así, en nuestra provincia de Buenos Aires se avecinaban los cambios, que fueron apresurados por algunos hechos policiales que costaron vidas, pero cuya trascendencia llevó a replantear la estructura del sistema de investigación y enjuiciamiento penal¹⁴. Todavía seguía dominando una gran descentralización de la investigación en las dependencias policiales y ya, por cierto, no era la mejor policía del mundo. Adquirían relevancia nuevas deudas de la democracia como – por ejemplo – el sistema con el que se abordaba a las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal. La oralidad de los juicios que mirábamos expectantes en el desarrollo de la Justicia nacional se introdujo en la provincia de Buenos Aires sobre una base mucho más provechosa que todos llamábamos (muy ambiciosamente) El Acusatorio.

El tratamiento legislativo y puesta en marcha de este novel sistema¹⁵, se dio en un momento sociopolítico de enorme crisis a finales de los 90. Quizás por ello, ya antes de entrar en vigor el nuevo Código, había sido reformado un par de veces. Hoy llevamos treinta y nueve reformas producto de la ausencia de definiciones iniciales.

Claro que, para la generación de jóvenes penalistas de entonces, quienes veníamos de los códigos de matriz inquisitiva, ese fanatismo por la reforma que, al menos ponía el acento en la meta-diferenciación de las funciones de investigar y juzgar, (tal como lo señalara años después la Corte federal en "Quiroga"¹⁶), nos confundió un poco sobre la cali-

¹² Ley provincial nro. 7.950, "Instructor Judicial" (derogada por Ley 14.424).

¹³ Hijos e hijas por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio. Organización de derechos humanos, con filiales en distintos puntos de nuestro país conformada principalmente por hijos e hijas de desaparecidos durante la última dictadura militar.

¹⁴ El conocido como "Caso Cabezas", homicidio del reportero gráfico José Luis Cabezas, ocurrido el 25 enero de 1997 conmocionó a la sociedad y generó un cambio importante en materia de seguridad y especialmente en la necesidad de implementar un sistema de procedimiento penal cuya investigación quedara a cargo exclusivo del Ministerio Público Fiscal dejando de lado la tradición de delegar gran parte de la instrucción en manos de las autoridades locales de la Policía de la provincia de Buenos Aires.

¹⁵ Y aquí hago un paréntesis porque es obligatorio reconocer también el enorme esfuerzo de operadores de todos los sectores contra las resistencias culturales y las limitaciones de recursos materiales.

¹⁶ CSJN, "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa nro. 4302" (23 de diciembre de 2004 - fallos: 327:5863). En el mentado fallo se establece que "aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial en tan-

dad y profundidad del cambio.

Mientras nos adecuábamos a estos grandes cambios disfrutamos de la consagración de Viejas Locas que, por entonces, cumplieron el sueño de cualquier banda: telonear a los Rolling Stones, en un marco insuperable, por el escenario, el público y la locura que despertaba envidia al ver a estos cuatro chicos de Lugano tocando donde un par de horas después lo harían Mick Jagger, Keith Richards, Ron Wood y Charlie Watts.

Sin embargo, aunque entre nosotros pensáramos que bajábamos de Sierra Maestra con este nuevo procedimiento penal, en realidad su texto se destacaba por una diversidad de plumas en una marcada ausencia de coordinación de los institutos procesales y, en rigor, recurría a muchos de los mismos errores del sistema nacional.

El nuevo desafío fue entonces, en nuestra provincia como en tantas otras, comenzar a contar con un Ministerio Público Fiscal autónomo en sus investigaciones, la desaparición de la figura del juez de instrucción pese a que muchos la extrañaban y la creciente preocupación por recuperar la investigación a manos civiles dependientes de este nuevo y autónomo Ministerio, seguía sin consolidar la reclamada Policía Judicial.

III -LOS CAMBIOS QUE TRAJÓ EL INICIO DEL SIGLO XXI

El inicio del siglo XXI nos encontró a todos frente a un cambio de paradigma en la seguridad mundial. El atentado a la Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001 configuró un nuevo orden mundial, securitizó la política de todos los países de occidente y ya, en nuestro plano local, cayó hasta lo más profundo del derrumbe de las instituciones.

También el rock se hacía eco de esos tiempos y La Bersuit nos anticipaba el futuro político cuando ironizaba al poder tocando "se viene el estallido"¹⁷.

Se profundizaron cambios en el orden sustantivo con las conocidas reformas Blumberg¹⁸ que, en algún punto, trastocaron la coherencia interna del Código Penal de 1921. El fenómeno no se hizo esperar en el ámbito de las incumbencias legislativas provinciales y se restringía hasta lo inexplicable aquel principio general que señala a la libertad como regla durante la sustanciación del proceso, algo tan devaluado a esa altura como nuestra moneda que ya había mutado hacia los famosos y recordados patacones.

Empezaban a legislarse códigos procesales en otras provincias que nos llevaron a repensar y preguntarnos qué tanto habíamos avanzado en la nuestra. A mediados de los 2000, la integración de una renovada Corte federal traía aire fresco a la jurisdicción penal

to, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez acusar. De otro modo, durante la instrucción, el imputado debe defenderse no sólo de quien lo acusa, sino de quien decide, y de quien debería esperar independencia de criterio"

¹⁷ Cuenta la banda que una tarde de calor en Mar del Plata, Gustavo Cordera y Alberto Verenzuela, cantante y guitarrista de La Bersuit, andaban tocando la guitarra en la playa cuando vieron al vicepresidente Ruckauf de recorrida y lo siguieron de cerca. Entonces ambos improvisaron una base sencilla con sus criollas mientras repetían con cada vez más fuerza una frase: "¡Se viene el estallido de mi guitarra y de tu gobierno!". Así nació uno de los temas emblemáticos de la historia del rock argentino.

con sentencias que retomaban la senda de aquella primera Corte del alfonsinismo. Se reafirmaron nuevos criterios sobre imparcialidad ("Dieser"¹⁹, "Llerena"²⁰), sobre el sistema acusatorio al menos desde lo formal ("Quiroga"), algunos importantes avances en materia del verdadero alcance del juicio y la oralidad desde el resguardo de la defensa material en juicio (derecho a confrontar los testigos de cargo, fallo "Benítez"²¹), el pronunciamiento en el caso "Maldonado"²² para el fuero de responsabilidad penal juvenil y el fallo "Casal"²³ que vino a redefinir el derecho al doble conforme y alcance de las impugnaciones, entre muchos otros.

Esos años fueron como una primavera en muchos aspectos. Comenzaba una paulatina renovación en los cuadros de magistrados/as, funcionarios/as, muchos de ellos casi no habían vivido profesionalmente las épocas del viejo procedimiento.

Como Poder del Estado tuvimos un rol de suma importancia al ratificar aquella ley del 2003 que había sancionado la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Fue en el 2005 cuando nuestra Corte federal declaró inconstitucionales ambas leyes y constitucional su nulidad. Una nueva etapa se iniciaba en la historia de nuestra reciente democracia y pudieron entonces reanudarse aquellos juicios archivados en los años 80.

Nunca más la impunidad. Se iniciaba una nueva etapa también en la recuperación de la identidad de HIJOS y son 133 a quienes las Abuelas con su lucha integraron a sus familias.

Una nueva revolución aparece ya notoriamente en superficie aun cuando su gestación reconocía décadas de trabajo. El feminismo y las identidades disidentes que conformaron el movimiento LGBTIQ+, vinieron a romper viejos patrones culturales que dominaron una sociedad patriarcal y una nueva mirada nos obligó a salirnos de una perspectiva atestada de prejuicios.

Eran épocas en la que habíamos escuchado al Indio Solari y Los Fundamentalistas del Aire Acondicionado y ya todos estábamos expectantes por su lanzamiento como solista. Ceratti se lucía en ese rol. Eran los mejores años de Babasónicos e Intoxicados. El MP3 y las listas *random* ya formaban parte de nuestras costumbres.

A más de una década de la puesta en marcha de la reforma procesal, empezábamos a darnos cuenta de sus contribuciones positivas, pero también de las necesidades de cambio para profundizar el sistema. Al mismo tiempo también éramos conscientes que no todo depende del sistema que impere como instrumento para la realización del dere-

¹⁸ Reformas que implicaron el agravamiento de penas de varios delitos del Código Penal argentino.

¹⁹ CSJN. "Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía", sentencia del 8 de agosto de 2006.

²⁰ CSJN. "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones", causa nro. 322, sentencia del 17 de mayo de 2005.

²¹ CSJN. "Benítez Aníbal Leonel s/ lesiones graves", causa nro. 1524C, sentencia del 12 de diciembre de 2006.

²² CSJN. Fallos 328:4343, sentencia del 7 de diciembre de 2005. Este precedente jurisprudencial intentó compatibilizar el Régimen Penal de la Minoridad (Ley 22.278 reformada por la Ley 22.803) con la Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos.

²³ CSJN. "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", causa nro. 1681, sentencia del 20 de septiembre de 2005.

cho sustantivo, los códigos de procedimiento pueden imponer reglas, pero es fundamental cómo se opere con ellas.

Un poco más acá en el tiempo apareció una discusión que reavivó una vieja manda constitucional: El Juicio por Jurados. Fuimos de las provincias pioneras en implementarlo y es por lo que el debate sobre sus reglas y la necesidad de implementación fue más arduo. Eso también explica algunas imperfecciones en su texto que ya fueron zanjadas en modelos superadores implementados en otras provincias que siguieron ese camino donde los bonaerenses junto a los neuquinos fuimos precursores.

A diferencia de otros cambios, los operadores del sistema no sólo no ofrecieron resistencias culturales, sino que abrazaron con entusiasmo la participación popular en la administración de justicia. Velozmente comenzamos a formarnos aprovechando la experiencia de aquellos sectores que venían desde años atrás investigando sobre el tema. Uno de los mayores logros de los últimos tiempos fue ver el enorme compromiso de todos los operadores del sistema. Llevamos sólo algo más de 9 años de su implementación y ya forma parte inescindible de nuestra cultura procesal. En esta oportunidad, al contrario de otros tiempos, el compromiso de los y las integrantes de este Poder Judicial, permitió mejorar el problema de las reglas a través de una adecuada interpretación.

Pero aquí lo importante es que el Juicio por Jurados vino a interpelarnos sobre la forma en que – particularmente – litigamos en los juicios. Ese enorme aporte también lo estamos capitalizando en la actualidad y, en muchos casos, por iniciativa de los operadores que han adoptado lo mejor de sus reglas y las implementan en los debates ordinarios con notable desempeño.

Una mañana despertamos pensando que había iniciado el Apocalipsis. Un Papa argentino, y entonces Bergoglio dejó de ser tal para ser ahora Francisco, y reafirmar ideas que parecían antiguas pero que seguían vigentes, ir por las tres T: Tierra, Techo y Trabajo.

Como agentes del Estado también sufrimos al enfrentarnos a una inesperada pandemia. Somos parte de una sociedad que perdió muchas vidas, y los integrantes del Poder Judicial no hemos estado exentos a ello. Perdimos muchos compañeros y compañeras además de familiares y amistades. Aun así, también hemos visto el enorme sacrificio para seguir prestando un servicio, en todas las líneas de trabajo, pero particularmente en las instancias iniciales.

Así llegamos a estos tiempos que nos encuentran aquí reunidos, mientras en los lugares de trabajo se escucha de fondo a Bizarrap, Tan Biónica, Woz y algún otro melancólico que desde alguna plataforma trae lo mejor de Fito.

IV - REFLEXIONES FINALES

Hay aspectos que merecen ser profundizados en el programa institucional de nuestro Poder Judicial. Una muestra de ello es abandonar esa natural inclinación a la composi-

ción e integración endogámica. En palabras de Alberto Binder es importante echar una mirada hacia algo, cuyo título asustaba a importantes grupos corporativos, me refiero a la "democratización de la administración de justicia" bajo el entendimiento de que no se trata de que los jueces/zas sigan los dictados de la mayoría –lo que iría en contra de nuestra función constitucional– sino que, al contrario, esto tiene que ver con que "el servicio de justicia que prestamos sepa acompañar el crecimiento y desarrollo de una sociedad plural, dinámica, tolerante e inclusiva".

Para esto hay que sacarse de encima la lógica de los trámites de pesadez burocrática, el egocentrismo valorativo, la ausencia de imaginación y la falta de empatía hacia todo lo que tenga rostro humano y no sean papeles.

Nuevos desafíos nos esperan y quizás uno de los más importantes trace su rumbo hacia la consolidación de un Poder Judicial independiente, no sólo de los otros poderes en términos republicanos, para lo cual un impulso imprescindible es contar con una autarquía en la administración de recursos, sino también trabajar de cara a la sociedad demostrando, como lo hemos intentado desde nuestra provincia, que los poderes fácticos no moldean decisiones ni impulsan persecuciones.

Recuperar la identidad del Poder Judicial, va a depender también del conocimiento de la sociedad respecto del servicio que prestamos y el compromiso de los operadores. En eso, el sistema de jurados será de una ayuda invaluable.

De otro lado, necesitamos tanto profundizar el acceso a la justicia como también dar otro paso en el sistema de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal. Estos no son adultos en miniatura y no demandan un sistema centrado para ellos sino en una justicia que haga foco en ellos y las problemáticas de la infancia, desde una perspectiva que debe romper con los moldes tradicionales de adultos.

Finalmente, y al menos como anhelo en la provincia de Buenos Aires, los debates en la etapa de juicio, en un futuro cercano, ya nada tendrán de parecido a lo que hemos visto hasta el presente. La especialización en litigación que los jóvenes operadores han abrazado con entusiasmo va a forzar el cambio de paradigma. Otro tanto será de las investigaciones preliminares, que algún día estarán consolidadas de la mano de la Policía Judicial y se reducirá a un sistema de audiencias donde se confrontarán los hitos más importantes de esa etapa del proceso.

Y para cerrar, y que no se me vea como un simple comentarista, también quienes integramos órganos de impugnación y revisión debemos replantearnos nuestra tarea. Han pasado casi 20 años desde el Fallo "Casal" de la CSJN y hoy asegurar el doble conforme requiere de un compromiso que remueva las cortapisas que como coartadas obstaculizan la revisión integral. Ello implica ser eficientes y utilizar las nuevas tecnologías de registración de debates y ahondar en la epistemología de la que se nutre a la sana crítica racional. Posiblemente sea necesario un rediseño del sistema recursivo y, como último anhelo que seguramente será alcanzado, que por fin se consolide la llegada de una mayor

cantidad de mujeres a las más altas posiciones de este poder del Estado.

Aventuro un futuro enorme desde la inferencia que me permito hacer a partir del esfuerzo de la gran mayoría de integrantes de este Poder Judicial que seguramente no olvidará el compromiso con nuestra Constitución y tendremos siempre presente la custodia de LA VERDAD, MEMORIA y JUSTICIA.

REFERENCIAS

POLIMENI, C. (2001). Ellas ya no danzan tan solas. *Página 12*. (17/01/2001).

BINDER, A. (2012). Crítica a la justicia profesional. *Revista Derecho Penal*. 3.

LA MAGISTRATURA Y LA FUNCIÓN JUDICIAL EN ARGENTINA UNA REALIDAD QUE PRESENTA NUEVOS DESAFÍOS

Por Marcela Ruiz¹

Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial

Resumen: El presente trabajo busca detallar los desafíos que se vislumbran para el ejercicio de la magistratura y la función judicial en el marco de los procesos asociativos de la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial.

I - INTRODUCCIÓN

El 15 de septiembre de 1966, en San Nicolás de los Arroyos, se fundó la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial (FAM). Este suceso constituyó un verdadero hito para la vida de las justicias provinciales, en tanto implicaba nuclear a la magistratura del país² con lo complicada que era en aquellos tiempos la comunicación y socialización de la información.

Por ese entonces, eran muy pocas las asociaciones y colegios en el país, y debido a la extensión territorial de Argentina, era muy dificultoso integrarnos en una federación auténticamente nacional. Para hacerlo, tomamos como ejemplo la magistratura francesa, que en 1962 reunió en París la Asamblea General de la Association de Magistrature. Una vez constituidos, no tardó mucho en dar muestras de la intensa vida institucional asumida, generando encuentros e intercambios periódicos entre sus miembros.

Los objetivos de antaño eran claros: mejorar los servicios de administración de justicia, dignificar el concepto público de la magistratura, instar legislaciones progresistas en todo el país y permanecer ajenos a todo lo que no sean sus fines específicos en terrenos que hagan a la política, religión, sindicalismo o racismo; incompatibles a la objetividad y prescindencia inherente al ejercicio de la judicatura.

Hoy, 58 años después, nuestra sociedad dinámica y compleja, ha experimentado nu-

¹ Presidenta reelecta de la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial. Abogada (UNT) y profesora universitaria, con extensa trayectoria en el asociacionismo judicial, actualmente preside la Asociación de la Magistratura y la Función Judicial de Tucumán (AMT). Es vocal y presidenta de la Cámara Civil y Comercial Común de Tucumán.

² La entidad nuclea, desde hace 58 años, a la Magistratura y a la Función Judicial de las 23 provincias argentinas y de CABA. Cuenta con la representación de más de 17.000 magistradas/os, y funcionarias/os.

merosos cambios que – sin duda alguna – se han trasladado al derecho, a los poderes judiciales y por supuesto, a la institución que presido.

El reconocimiento de nuevos derechos acompañados por las luchas de sectores históricamente oprimidos y marginados; la irrupción de las tecnologías de la información y las comunicaciones que modificó desde nuestras relaciones hasta la manera de ver el mundo; la exigencia de transparencia y visibilidad de los actos de todos los poderes de los estados; la participación democrática e inclusiva de la ciudadanía; la libertad de opinión y expresión y la necesidad de erradicar las violencias para construir sociedades más justas, nos desafían y nos interpelan.

En materia legislativa, basta con dar un pantallazo. El año 1994 fue el de la reforma de la Constitución Nacional que, entre otras, incorporó los Tratados internacionales dándoles jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22). Sin duda alguna esto tuvo un impacto en la magistratura que pasó de ser una mera exégeta de la ley, que la analizaba y aplicaba de manera literal, sin que hubiera nada fuera de ella o de la Constitución; a la convencionalidad, es decir al análisis de los pactos y tratados internacionales a la hora de resolver.

Si bien se sucedió la reforma al Código Civil, en varias oportunidades de manera parcial, recién en el año 2015 se produjo la tan ansiada unificación civil y comercial. Por medio de esta reforma la convencionalidad encontró anclaje en el derecho privado y con los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial, el rol de la magistratura cambió y en este Estado de Derecho constitucional, se dinamizó. Desde entonces, para resolver, se debe recurrir a las convenciones y tratados con jerarquía constitucional.

Este cambio de paradigma requirió un marco jurídico procesal adecuado y que empezó a plasmarse en los distintos códigos de rito que rigen en nuestro país.

Es así que los códigos procesales penales se reformaron en casi todo el país para adoptar el sistema acusatorio. Se dividieron los roles entre la acusación, la defensa y el órgano juzgador; se identificó la necesidad de la inmediatez del juzgador al momento de tomar las decisiones y de la oralidad como medio de propender a que las decisiones lleguen rápido a sus destinatarios.

En materia procesal civil, en un primer momento, se pusieron en marcha planes piloto para incorporar la oralidad en los procesos y de esta manera simplificarlos, dinamizarlos y dar respuestas a las/os justiciables en tiempo oportuno. En la actualidad, muchas provincias argentinas han modificado sus códigos procesales, adaptando las normas de forma a las necesidades y exigencias sociales y a los grandes y permanentes cambios tecnológicos.

Se visibilizó el flagelo de la violencia intrafamiliar y de género y esto hizo notar la necesidad de una adecuada formación de las/los operadoras/es en perspectiva de género. Todas las provincias argentinas emprendieron intensos procesos de capacitación derivados de la imposición normativa de la Ley Micaela.

Apareció la necesidad de cuidar nuestra casa común, el Planeta; y la de capacitarnos

en temas ambientales. Así, fueron numerosos los cambios que experimentó el derecho a lo largo de estos años de vida de nuestra Federación. Es importante destacar, que todos y cada uno de ellos fueron asumidos por nuestra institución con capacitaciones, jornadas, talleres, charlas magistrales, participación en las comisiones de reforma, etc.

II - NUEVOS DESAFÍOS

Durante y después de la pandemia se iniciaron en toda Argentina procesos de modernización y digitalización de los poderes judiciales los que permitieron el desenvolvimiento de litigios de forma más eficiente y rápida. Sin embargo, debemos afirmar como hicimos notar en reiteradas oportunidades que quienes tengan el propósito de abordar una transformación modernizadora de los poderes judiciales deberán considerar necesariamente el rol del asociacionismo judicial. Entendemos que, para ello, se deben tener en cuenta dos cuestiones que resultan fundamentales: la primera de ellas es, sin duda, la importancia que en los poderes judiciales tiene el funcionariado; la segunda, es la relevancia que en la justicia tiene el factor humano. La modernización no puede implicar de ninguna manera deshumanizar la justicia. Es por eso que debe escucharse a quienes representan a la magistratura y al funcionariado para no caer en la distorsión de que los números y estadísticas terminen alejando a la justicia de su rol fundamental.

Asimismo, es necesario crear y difundir una mirada constante de la Ética Judicial como cuerpo de experiencias y directivas valorativas que impulsen al mejoramiento continuo de las prácticas judiciales. A través de programas permanentes sobre Ética Judicial que permitan definir criterios de desenvolvimiento que incrementen la confianza pública en el rol de los operadores judiciales en nuestra sociedad³.

Por su parte, la mirada de género en los espacios judiciales hace necesario la formación en abordajes con esta perspectiva en los diferentes fueros e instancias, como así también en el fortalecimiento del rol de las mujeres en los poderes judiciales y en los colegios y asociaciones, para que sean de efectiva igualdad, participación equilibrada y equitativa. Debemos contar con programas específicos de capacitación y formación a través de los cuales los distintos actores de los sistemas judiciales puedan aplicar y potenciar herramientas para dar vigencia a la eliminación de todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres. El desafío no es sólo extrapoder judicial; debemos estar atentos a lo que ocurre dentro del poder del que formamos parte. Es por eso, que recientemente, comenzamos a trabajar en un relevamiento de lo que ocurre en las diferentes provincias con relación al tema; los avances que vienen haciendo, la concentración de

³Conscientes de su importancia nos encontramos trabajando en un importante programa de formación para las y los operadoras/es judiciales que en poco tiempo saldrá a la luz.

información relativa a las leyes y los protocolos sobre situaciones que puedan implicar violencia en nuestro ámbito.

Si bien es destacable el afianzamiento de la tendencia que, a través de los sistemas informáticos de gestión ya puestos en marcha en la mayoría de las provincias argentinas, buscan que los procesos judiciales superen las alternativas tradicionales de escrituralidad y completen la digitalización de los procesos, también aún es necesario seguir trabajando. Cobra valor la función incansable que han realizado las/os magistradas/os y funcionarias/os en los procesos de digitalización de los expedientes, muchos de los cuales se dieron incluso en tiempos de pandemia.⁴

Igualmente se destaca que es una de nuestras preocupaciones, el real y verdadero acceso a justicia de personas en situación de vulnerabilidad. Desde hace tiempo que la justicia ha puesto en funcionamiento estructuras para atender a la ciudadanía todos los días del año.⁵

Es necesario trabajar en establecer una comunicación más directa y fluida con la ciudadanía. Se deben diseñar modelos de comunicación judicial desde las/os ciudadanas/os y no desde la lógica jurídica, para poder contar con poderes judiciales prestigiosos e independientes, demanda que hace la sociedad a los tres poderes del Estado. Es importante el trabajo que se realiza desde FAM y desde los colegios y asociaciones en formular nuevas propuestas y estrategias de comunicación que nos acerquen a la ciudadanía.

Por último, es pilar de la Federación implementar soluciones superadoras de las asimetrías salariales en materia judicial. Las provincias que cuentan con menos recursos deben ser asistidas específicamente para lograr un concreto fortalecimiento de sus sistemas judiciales.

III - LA RAZÓN DE SER DE NUESTRA INSTITUCIÓN

Como lo fue desde la creación de la Federación, la verdadera razón de ser de nuestra institución radica en el fortalecimiento incondicional de la independencia de nuestro poder judicial, la que ha servido de guía y ha dado lugar a grandes luchas a través de estos años. Esa defensa adoptó diversas formas y la FAM, acompañó en forma permanente a

⁴ Los poderes judiciales provinciales y de Ciudad Autónoma trabajan en la transformación permanente, sostenida y constante de sus estructuras orientadas a la mejor gestión judicial. Las entidades asociativas de magistrados y funcionarios han sido parte principal de estos procesos. Para acompañar tan importante tarea, en FAM, creamos la Dirección de Nuevas Tecnologías. En ese marco, junto al Poder Judicial de CABA, lanzamos un Concurso Nacional de Innovaciones en el Poder Judicial. El objetivo del mismo es que las distintas oficinas judiciales, puedan mostrar al país los procesos de innovación realizados, visibilizar sus proyectos, poner en valor a sus integrantes.

⁵ Así, se han diseñado y puesto en marcha oficinas de atención a la ciudadanía y capacitaciones; los juzgados de paz han aumentado en número y en competencias para llegar a acercarse a la gente; han aumentado el número de defensorías oficiales (algunas itinerantes); se han acondicionado, fuera de los edificios principales, espacios para que las personas puedan participar en audiencias en forma virtual, etc. Las respuestas en asuntos urgentes también se acrecentaron con turnos para atender las cuestiones de violencia las 24 horas en casi todo el país y con la creación de oficinas de violencia doméstica, etc.

los colegios y asociaciones de la magistratura de todo el país en sus reclamos. Sin embargo, aún queda mucho por hacer en una sociedad tan cambiante, hoy el futuro es el gran desafío.

Sin duda, la construcción colectiva, la socialización de la información y la capacitación deben ser nuestros pilares en la búsqueda de brindar un servicio de justicia acorde a los requerimientos actuales. En pos de ello, es que redoblamos los esfuerzos en el entendimiento de que es con el aporte de cada jurisdicción provincial que se constituye un proyecto en común y democrático que nos represente como Federación y que se encuentre al servicio de la comunidad.

LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE

A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Por Roxana Elizabeth Monzón¹
Cámara de Diputados de la Nación, Argentina

Resumen: El presente artículo pretende recordar, conmemorar y reivindicar la relevante decisión de incorporar los Tratados internacionales de derechos humanos a nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994.

I - INTRODUCCIÓN

El 22 de agosto de este año se cumplen treinta años de la reforma constitucional de 1994, lo que me ha motivado a presentar una iniciativa² legislativa en la Cámara de Diputados de la Nación tendiente a declarar el beneplácito de tan relevante acontecimiento.

Sin duda, la nueva carta vino a reconocer derechos e incorporar institutos que contribuyeron todos estos años a la convivencia democrática de todas y todos los argentinos, a la vez que fortalecieron nuestra identidad y soberanía. Reflexionar, tres décadas después, sobre la vigencia y observancia de los derechos fundamentales receptados y reconocidos constitucionalmente, deviene impostergable en un contexto en donde se avanza sobre varias de las conquistas logradas y garantías consagradas.

Por ello, en el presente trabajo se invita a echar una mirada hacia atrás, para ubicarnos en el estado de situación y delinear el camino futuro que indefectiblemente no admite retrocesos en el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos.

II - ANTECEDENTES DE LA REFORMA

Como bien se recuerda, la necesidad de reforma de 1994 tiene como antecedente directo el Pacto de Olivos, en el cual los dos principales partidos políticos³ de aquel entonces

¹ Profesora en Geografía (UNLu). Diputada Nacional. Fue concejal y secretaria de Desarrollo Económico Sustentable en el municipio de Merlo.

² Expediente Diputados: 1612-D-2024, Publicado en trámite parlamentario nro. 36, 17 de abril de 2024.

³ El Partido Justicialista, representado por el presidente Carlos Menem y la Unión Cívica Radical por el expresidente Raúl Alfonsín.

consensuaron dar impulso a la presentación del proyecto de ley en el Congreso nacional que declaró la necesidad de reforma parcial de la Constitución. Esta iniciativa fue sancionada el 29 de diciembre de 1993 (Ley 24.309). Entre varias de las disposiciones que contenía su texto, se habilitó la conformación de una Convención Constituyente con el fin de modificar determinados artículos de nuestra carta magna.

Producto de ello, el 25 de mayo de 1994 se inició el período de sesiones de la Asamblea Constituyente para el 22 de agosto de 1994 aprobar la reforma constitucional en la ciudad de Santa Fe.

III - INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Más allá de las reformas políticas, electorales, del funcionamiento e interacción entre los diferentes poderes, órganos extrapoder con el pueblo, las diferentes jurisdicciones⁴ e incluso con otros Estados soberanos⁵; se reconocieron nuevos derechos y garantías como el derecho al medio ambiente sano, los derechos para los consumidores, la protección de los datos personales, la acción de amparo y el *habeas data*.

En este orden de ideas, también reforzó los compromisos internacionales asumidos hasta ese entonces y se otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; como así la Convención sobre los Derechos del Niño. Igualmente, permitió la futura incorporación a este listado de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley 24.556), la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Ley 24.584), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) y la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Ley 27.360).

⁴ Se reconoció la calidad de ciudad autónoma a Buenos Aires, el dominio de sus recursos naturales a las provincias, la autonomía municipal; modificando la forma de elección (directa), duración de mandatos, posibilidad de reelección e incorporando un senador por la minoría; creando la figura del Jefe de Gabinete, del Consejo de la magistratura o dando naturaleza de órgano extrapoder a un Ministerio Público; incorporando la figura del Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación.

⁵ En el trazado de normas para la integración.

IV - IMPORTANCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La recepción, en nuestra carta magna, de los instrumentos internacionales – mencionados en el apartado anterior – fortaleció su internalización en el derecho interno, lo que determinó un cambio de paradigma en nuestra historia respecto a la perspectiva de los derechos humanos.

Como menciona Nikken:

Los derechos humanos son doblemente universales porque, por una parte, emanan de la dignidad universal de la persona humana y, por la otra, porque los derechos humanos arraigan universalmente y son el objeto de una amplia gama de obligaciones internacionales de los Estados.

Con lo cual, la reivindicación introducida en el art. 75 inc. 22 constituye una garantía para todas y todos los que habitamos en el territorio nacional.

En esta dirección, postula Ferrajoli (2008) que los derechos fundamentales constituyen una “esfera de lo indecible”, denominando a continuación así al conjunto de principios que, en democracia se encuentran sustraídos a la voluntad de las mayorías. Es decir, que operan como barrera, como límite a los poderes públicos y se mantienen ajenos a cualquier intención de modificación circunstancial. En esta concepción, el autor explica que esta esfera comprende

no sólo lo que no puede ser decidido, sino también lo que no puede dejar de ser decidido, o sea lo que debe ser decidido. La primera esfera es la de las prohibiciones, o sea la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad; la segunda es la de las obligaciones, es decir la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales. El conjunto de las dos esferas equivale al conjunto de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos dirigidos a asegurar su efectividad.

Este resguardo de los derechos fundamentales cobra relevancia en concreto a partir del control de constitucionalidad y convencionalidad que deben realizar de oficio no sólo quienes se desempeñan en el poder judicial, sino que se extiende a los demás poderes estatales. En cuanto a este punto, se considera acertada la posición de Hitters (2009) cuando señala “que el control de convencionalidad y de constitucionalidad se ejerce simultáneamente, poseyendo un carácter oficioso, extenso y ejercido por todos los órganos del Estado”.

Por último, es dable reconocer que, sin perjuicio de que la reforma en este punto ha venido a reforzar la firme intención del Estado argentino de defender derechos fundamentales y universales, el reconocimiento de los tratados ha implicado complejidades en su interpretación e implementación que ponen en jaque cuestiones respecto a su naturale-

za que nos hacen necesariamente indagar en la soberanía estatal, la supranacionalidad y el federalismo. Ello aún no se encuentra saldado, sino por el contrario, en nuestros días los cuestionamientos a esferas normativas que integran la perspectiva de derechos humanos (derechos de las personas con discapacidad, derechos de las mujeres y diversidades, derechos ambientales, derechos de las infancias y adolescencias, entre otros) son moneda corriente.

V - REFLEXIONES FINALES

En los fundamentos del proyecto que suscribí, en el que se solicita que la Cámara de Diputados declare el beneplácito de este acontecimiento histórico, manifiesto que urge reivindicar la importancia de los procesos democráticos que reconocieron los límites al poder del Estado, límites que nos separan del abismo al que muchas veces parece, nuestro país se dirige de forma desenfrenada y sin retorno.

Retrotraernos a aquella época; recordar que desde 1983 hasta 1994 no habían transcurrido demasiados años y que aún se encontraba latente y cercano el peor momento que atravesamos los y las argentinas y que implicó el quebrantamiento del sistema democrático, la vulneración de los derechos humanos y el avasallamiento de todas las garantías. En fin, tener memoria nos permitirá sortear la encrucijada humana que definirá cómo llegaremos a la próxima década o por qué no, al próximo siglo. Esta perspectiva de derechos humanos que se ha jerarquizado con la reforma de 1994, quizás sea lo único que nos permita ver dónde estamos caminando y, en consecuencia, sortear aquellos obstáculos para no caer en una profunda e irreversible deshumanización.

Es que a través de la batalla cultural que en los últimos años se ha librado, cada vez que se desconocen los 30.000 desaparecidos/as, que se minimiza la perspectiva de género, que se habilita el discurso de odio, que se licuan los ingresos de los jubilados y los salarios de las y los trabajadores o se niega el cambio climático; paralelamente se avanza en un sentido inverso al que nos encontrábamos transitando como sociedad con el objetivo de despojarnos, poco a poco, de todo aquello que nos vuelve seres humanos.

Han transcurrido cuarenta años de democracia ininterrumpida y si los y las argentinas tenemos el compromiso con la defensa de la dignidad, con la Memoria, la Verdad y la Justicia; nuestra sociedad deberá operar como barrera ante los intentos de avanzar sobre aquello que se ha logrado.

REFERENCIAS

FERRAJOLI, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales* 6, (8), 1-2.

- HITTERS, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación, en *Estudios Constitucionales* 7, (2).
- NIKKEN, P. (2013). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf>

MEMORIA, VERDAD Y JUSTICIA PARA EL PENSAMIENTO NACIONAL DISTINCIÓN HONORIS CAUSA A ESTELA DE CARLOTTO¹

Por Gabriela Alejandra Tozzi²
Universidad Nacional del Oeste, Argentina



Lic. Gabriela Tozzi, Intendente de Merlo Dr. Gustavo Menéndez, Sra. Estela de Carlotto, Rector Mg. Roberto Gallo y Presidente del CE. UNO Federico Mariani

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad realizar una breve presentación de los objetivos y misión del Instituto de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional de la Universidad Nacional del Oeste; en cuyas líneas prioritarias de investigación se destaca especialmente la que se refiere a Derechos Humanos: Memoria, Verdad y Justicia. En este contexto, promover la entrega del Doctorado Honoris Causa a Estela de Carlotto, significó un hito, que por la representación simbólica que tiene su persona y la Asociación que preside, se proyecta como la máxima expresión de la defensa a los derechos humanos en el marco de, hoy más que nunca, la resignificación del sistema democrático.

Reconocer la larga e incansable lucha de Estela de Carlotto en defensa de los derechos humanos; su fuerza y coraje por develar la Verdad y su infatigable búsqueda de Justicia; son motivos

¹ Presidenta de la Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo.

² Profesora en Historia (Instituto Superior Padre Elízalde). Lic. en Educación y políticas públicas (UNAHUR). Especializanda en Pensamiento Nacional y Latinoamericano (UNLA). Directora del Instituto de Investigación de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional (UNO). Profesora adjunta de Historia Económica y Pensamiento Nacional y Latinoamericano (UNO). Coordinadora y docente adjunta de Universidad, Ciencia y Sociedad (UNO). Docente en escuelas secundarias de la DGCyE, Prov. de Bs. As.

más que valederos para que esta Universidad la distinga. Desde aquí, reafirmamos nuestro compromiso de mantener viva la llama de la Memoria y nos ponemos a disposición para continuar construyendo la sociedad que nos merecemos.

I - INTRODUCCIÓN

La Universidad Nacional del Oeste (UNO), tal como lo expresa en el art.1 del Capítulo 1 de su Estatuto, se encuentra "orientada a la comunidad regional, pero sin perder la perspectiva de compromiso nacional y de contexto universal". En ese marco, creó el Instituto de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional (ICPyPN), con el objeto de investigar, descubrir, analizar y comprender los resortes que contribuyen a fortalecer y expandir la conciencia nacional en nuestra sociedad; como así también comprometer a la comunidad



Sra. Estela de Carlotto, Intendente de Merlo
Dr. Gustavo Menéndez y Vicerrector Dr. Gustavo Soos

universitaria en las problemáticas y causas nacionales, regionales y locales, asumiendo la responsabilidad cívica que toda universidad nacional tiene con la sociedad que la sustenta y a la cual se debe.

La misión fundamental del Instituto de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional es recuperar y proyectar el legado cultural para las futuras generaciones y rescatar del silencio impuesto por la colonización pedagógica, la memoria social y colectiva de los pueblos, sus luchas, sus necesidades y miradas de las que se nutre el pensamiento nacional.

De esta manera, se busca recobrar las obras de los grandes pensadores nacionales, que levantaron las banderas de esa continuidad histórica desde Mariano Moreno, Manuel Belgrano, José de San Martín, Juan Manuel de Rosas, los caudillos federales del interior, Hipólito Irigoyen, Juan Domingo Perón hasta los distintos representantes nacionales y populares elegidos democráticamente por el pueblo en toda América Latina, cuyo sueño fue y sigue siendo, trabajar fuertemente en la reconstrucción de la Patria Grande y la realización de un Proyecto nacional y popular.

Este Instituto de Investigación, invita a un espacio académico cuyo objeto de estudio consagra – desde su condición de pensamiento transversal y situado, desde el reconocimiento de su propia condición periférica – poner en tensión dicho pensamiento autónomo frente a otras matrices de reflexión en pos de rescatar nuestra identidad.

Es desde aquí, que el ICPyPN encuentra su razón de ser y los/as invita al reencuentro con el Ser Nacional que llevamos dentro, bajo la profunda convicción de que quien desconoce sus orígenes es herramienta de la epistemología dominante.

II - NUESTRAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

Las líneas prioritarias de investigación que proponemos contemplan un abanico de categorías que implican el reconocimiento de premisas que son vitales para el pensamiento nacional. Al mismo tiempo, pretenden volver la mirada hacia la realidad de nuestro país, despejar de toda impronta europeizante y universalista, planteando una ruptura epistemológica, que cuestione la dependencia y que a la vez busque reflexionar desde allí, desde nuestras historias, nuestra génesis, nuestro propio ADN y nuestras raíces.

Se propone que los proyectos de Investigación sean situados y transversales, siendo parte de una identidad colectiva.

En este contexto, las líneas prioritarias de investigación transitan por:

- Las manifestaciones y conformaciones culturales del ser nacional.
- Educación y proyecto político pedagógico nacional.
- Geopolítica y soberanía territorial: sus disputas.
- Diversidades, género y desigualdades.
- Soberanías populares, soberanía sanitaria, soberanía económica, soberanía digital y tecnología.
- Derechos Humanos: Memoria, Verdad y Justicia.

III - ¿POR QUÉ ESTELA?

Queremos agradecer a los directores de la Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Oeste, Dr. Pablo Perel y Dra. Lucía Colombo la oportunidad, tan importante para nosotros, de poder transmitir cómo surge la iniciativa y por qué nuestra convicción de nominar a Estela de Carlotto para recibir la más alta distinción que una institución universitaria puede otorgar: El Doctorado Honoris Causa.

La propuesta de esta distinción fue elevada al Sr. Rector y al Consejo Superior de la Universidad Nacional del Oeste, prácticamente en forma simultánea con la creación de este Instituto de Investigación que entiende que la causa Memoria, Verdad y Justicia como así también la causa Malvinas, son pilares irrenunciables del Pensamiento Nacional.

En el mes de febrero de 2022 comenzó a funcionar el ICPyPN. Al vernos en la necesidad de plantear las líneas de investigación prioritarias, sin dudarlo, Memoria, Verdad y Justicia estaba entre las cinco que debíamos enunciar. La petición³ fue analizada y evaluada por el Consejo Superior que la aprobó en forma unánime.

Para nosotros la meta se había cumplido, la señora de Carlotto había recibido con mucha alegría la noticia, sin embargo, recién comenzábamos el camino. Dado que estábamos saliendo de la pandemia por COVID-19, priorizamos cuidarla.

En enero de 2024 a partir de un acercamiento entre Estela y la Revista Jurídica de la

³Resolución CS4/22 del 25 de febrero de 2022.

Universidad Nacional del Oeste retomamos la propuesta.

Finalmente, el 22 de febrero se llevó a cabo la ansiada entrega del Doctorado Honoris Causa a nuestra querida Estela.

La elegimos porque tanto ella, como presidenta de la Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo, como todas las abuelas que integran la misma, son merecedoras del público agradecimiento. Porque a partir de haber dedicado su vida de modo incansable e ininterrumpido a la búsqueda de los hijos de sus hijos desaparecidos, establecieron un puente generacional para reconstruir y reparar la identidad usurpada por la última dictadura militar. Es en ese sentido, un reconocimiento por su lucha librada ante el ultraje a la dignidad humana, emprendida con una fuerte convicción en su legítimo reclamo.

Al mismo tiempo, con respecto a Estela de Carlotto, se pone en valor el modo en que fue llevado adelante el suyo, en tanto jamás lo ha hecho mediante agravio, ofensa, o destrato. Muy por el contrario, lo ha hecho siempre ejerciendo una maravillosa labor pedagógica, fuertemente vinculada a su compromiso, su tarea y vocación docente. De esa forma, logró enseñarnos cuál es el verdadero sentido de la vida, dado que cuando debió amortiguar el dolor del espanto lo transformó en una invitación a mantener la esperanza, no claudicando ante la adversidad. Ese es su máximo legado.

IV - Y UN DÍA SALIÓ DE SU HOGAR PARA IR A LA PLAZA, INICIANDO UN CAMINO SIN RETORNO

En este recorrido que hacemos sobre su trayectoria, destacamos que Estela sin saberlo y sin desearlo, hace 47 años entraba en las páginas de nuestra historia.

El destino desarticuló las piezas de su vida, la vida de una mujer como cualquier otra, con sus días repartidos entre su hogar y la escuela, para ubicarla en el peor de los escenarios: Ser madre de una hija desaparecida y abuela de un nieto en cuya búsqueda, tuvo que esperar que la Tierra girara 36 veces alrededor del sol para poder abrazarlo por primera vez y recién allí comenzar a reconstruir su propia historia (Folco, 2015).

Parada en ese escenario, indescriptible por lo intolerable y desgarrador, cuenta que fue su sentimiento de madre lo que la impulsó a desafiar al miedo en la noche más oscura de nuestra historia.

Así, se animó a salir de su hogar para ir junto a otras mujeres a la Plaza de Mayo, tomarse de las manos y reclamar desaparecidos, gritando de cara a la más brutal de las dictaduras militares; impuesta en nuestro país para cambiar radicalmente toda la matriz económica, política, social y cultural de nuestro pueblo; pidiendo saber dónde se encontraban sus hijos, hijas, nietas y nietos.

Desde ese momento la Plaza fue un camino sin retorno, camino que no sólo cambió su vida, sino la vida de una sociedad entera para siempre.

Caminaron juntas, subestimadas por su condición de mujer, las creían débiles, temerosas, locas, pensaban que se cansarían.... pero nada de ello ocurrió.

Con sus pasos firmes recorrieron kilómetros de rondas y desde entonces, nada ni nadie pudo detenerlas. Por el contrario, en ese andar han atravesado fronteras y hoy, gracias a ellas, la Argentina es referente en todo el mundo en materia de derechos humanos.

Sin duda, son ejemplo para nosotros/as y para todo el mundo. Ellas nos enseñaron a hacernos cargo de nuestra historia y a parir nuevamente la patria, donde los valores de libertad, igualdad y justicia social son irrenunciables. Ellas, guardianas de nuestra identidad, son ángeles reparadores de un trauma social impuesto.

Impensado para algunos, era saber que este grupo de mujeres con el pañal de sus hijos desaparecidos en la cabeza, revelarían el macabro plan sistemático de apropiación de niños y niñas impuesto por la dictadura. Impensado para algunos es que hoy, transitando su novena década, sigan de pie con la misma fuerza en sus convicciones con un sentipensar colectivo, que indica que el nieto de una, es el nieto de todas.

V - POR TODO LO REALIZADO, PERO TAMBIÉN POR SU TRABAJO HACIA EL FUTURO

Hasta el día de hoy, Estela y las Abuelas de Plaza de Mayo, con un paso tal vez más lento, pero no por ello menos firme, continúan la búsqueda para restituir a cada familia legítima, a esas pequeñas criaturas, – actualmente hombres y mujeres – tomadas como botín de guerra; sosteniendo que mientras siga existiendo una sola persona con su identidad cambiada, estará en duda la identidad de todas y todos.

En esta búsqueda, teñida del pasado, pero tan proyectada en el presente, también debemos agradecer a Estela y a la asociación que preside, por el trabajo y los aportes hacia el futuro, y en este sentido debemos reconocer que:

- Hoy el derecho a la identidad está garantizado en todo el mundo por haber sido incorporado a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Recuperar el derecho a la identidad, conlleva a un encuentro consigo mismo, con sus lazos más profundos, sus costumbres, sus raíces e implica que tal vez algunos/as puedan comprender lo que, hasta ahora parece incomprensible.

- Gracias a su lucha, existe la Ley 23.511, por la cual contamos con el Banco Nacional de Datos Genéticos, donde se almacena y se conserva la sangre de cada uno de los familiares, y a través de un examen de sangre, llamado “índice de abuelidad” se puede afirmar en un 99,9% el índice de parentesco, lo cual permite que aquellos hombres y mujeres que tengan dudas sobre su identidad puedan ser parte de la búsqueda de su propia verdad.

- También es de destacar el aporte del Equipo Argentino de Antropología Forense, que

no sólo se aboca a la tarea de identificar a los 30.000 desaparecidos, sino que además colabora en la identificación de los restos de nuestros soldados caídos en Malvinas.

Por todo lo realizado, pero también por su trabajo hacia el futuro nos inspira otorgar a Estela de Carlotto este merecido y honroso título ya que, por ser ejemplo para las futuras generaciones, por entregar su vida a la constante búsqueda de Verdad y Justicia y fundamentalmente porque su lucha y el espíritu que la sostiene, es la garantía de la Memoria del pueblo. Por todo ello: ¡ETERNAMENTE GRACIAS, ESTELA!

REFERENCIAS

FOLCO, J. (2015). *Estela. La biografía de Estela de Carlotto*. Ed. Marea.

EL VALOR DE LA CAPACITACIÓN COLABORATIVA EN LA JUNTA FEDERAL DE CORTES

Por María del Carmen Battaini¹
Junta Federal de Cortes, Argentina

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo compartir algunas reflexiones respecto a la actividad de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires en lo que hace a la capacitación constante y colaborativa, enumerando los hitos que recientemente se han desarrollado en su órbita.

I - INTRODUCCIÓN

En el último tiempo con resultados favorables, en el marco de la JUFEJUS hemos llevado a cabo diferentes acciones tendientes a permitir que quienes nos desempeñamos en el servicio de justicia nos *aggiornemos* a la realidad en la que vivimos, a la época en la que nos toca actuar y trabajemos las habilidades que el siglo presente reclama.

Para eso, primero comentaré brevemente las principales características de esta institución, sus orígenes, objetivos estatutarios y funcionamiento actual, pretendiendo brindar el marco desde el que se abordará la temática y un panorama de como trabajamos para cumplir con todo ello.

Finalizaré con breves conclusiones que aspiran a ser disparadores para las reflexiones personales posteriores de cada uno.

II - JUNTA FEDERAL DE CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS Y CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Sus fundadores la constituyeron luego de algunas reuniones previas en las que advirtieron que las distintas Cortes y Superiores Tribunales provinciales, podían dar respues-

¹ Abogada. Egresada de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Presidenta de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y CABA. Jueza del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas Del Atlántico Sur. Profesora emérita de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Nombrada "Mujer de Paz" por la Organización de Mujeres de

tas a muchas cuestiones comunes que se les presentaban.

Así la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de las provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires –JUFEJUS– se constituyó en 1994 como una institución con el propósito de perfeccionar la administración de justicia en los distintos territorios de la república.

En ese sentido se propuso como objetivos de esta institución, tal como lo indica su estatuto², preservar y consolidar la independencia de los poderes judiciales; coordinar el intercambio de experiencias, información e ideas entre los poderes judiciales; auspiciar y organizar la realización de seminarios, conferencias, cursos y reuniones sobre aspectos de interés para la administración de justicia; promover la publicación y difusión de trabajos e información específica; procurar el acceso a financiamiento; propiciar mecanismos de coordinación en materia informática; procurar el intercambio de información con personas y entidades públicas o privadas, organismos nacionales, provinciales o municipales vinculados con la administración de Justicia; promover diseños de gestión y administración; firmar convenios de cooperación y capacitación; propiciar el dictado de códigos de ética.

Asimismo, se asumió el compromiso de difundir las instituciones del derecho público provincial y municipal con defensa irrestricta del sistema federal y democrático de derecho, de defender el Estado de derecho, la división de poderes y la autarquía financiera del poder judicial para garantizar su independencia, entre otros tantos igualmente relevantes³.

Como institución consolidada cuenta con una comisión directiva integrada por una presidenta elegida por sus miembros, una vicepresidenta, un secretario, tesorero, prosecretarios, revisores de actas y de cuenta, etc.

Para cumplir sus objetivos, la JUFEJUS también cuenta con comisiones⁴ y foros especializados⁵, un Instituto de Capacitación y, más recientemente, con un Instituto de Innovación, Tecnología y Justicia⁶ (IFITEJ).

Paz, región América Latina y el Caribe. (2020) Miembro del Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público. Decreto 635/2020. (2021/2022) Miembro del Consejo Económico Social (CES). Órgano colegiado y de participación ciudadana creado por el Poder Ejecutivo Nacional para el debate informado y la búsqueda de consensos sobre prioridades estratégicas para la Argentina.

² <http://www.jufejus.org.ar/estatuto/>

³ Artículo 2°.

⁴ Las comisiones de trabajo se encuentran integradas por ministros/as y se dividen en: Acceso a Justicia, Asuntos Institucionales, Gobierno y Política Judicial, Asistencia y Coordinación, Ética Judicial, Asuntos Internacionales y Regionales, Género, Ambiente, Prensa y Métodos Alternativos de Comunicación Judicial y por último, la Comisión Asesora de Presidencia.

⁵ Los foros nuclea a operadores de las distintas áreas de acción. Son numerosos y mantienen actividad constante. Contamos con los de administradores y superintendencia, estadísticos, planificación estratégica consensuada, arquitectos, ceremonial y protocolo, relatores, biblioteca y jurisprudencia, médicos forenses, comunicación y prensa, recursos humanos, penal adolescente juvenil, informáticos, oficinas de gestión judicial y mediación.

⁶ De gran actuación, el Instituto Federal de Innovación, Tecnología y Justicia ha sido un pilar importante en los últimos años en los que las circunstancias mundiales impulsieron una notoria aceleración de los tiempos en lo que refiere a

III - SU INSTITUTO DE CAPACITACIÓN: REFLEJAR

Creado en 2008, el Instituto de capacitación de las provincias argentinas –en adelante REFLEJAR– funciona como nexo entre las escuelas judiciales argentinas y tiene un desafío muy grande y con un impacto integral en lo que se refiere a las habilidades que deben incorporarse a la función en el interior de los poderes judiciales.

Como se advierte en la propia página oficial⁷, en la búsqueda de una nueva visión superadora y exitosa, se proyectó por ese entonces la creación de una Red que permitiera construir una estrecha vía de colaboración y comunicación entre las escuelas y centros de capacitación de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De esta manera se buscó firmemente afianzar la interacción entre todas las provincias argentinas y CABA, actuando como soporte y aporte de todas ellas⁸, las que se constituyeron como integrantes y adherentes.

Por eso, sostenemos que su objetivo general implica posibilitar el intercambio de conocimientos y experiencias entre las escuelas judiciales argentinas mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

En cuanto a sus objetivos específicos, se destacan el promover la capacitación de magistrados, funcionarios y agentes judiciales, generando vías de motivación; establecer un esquema de comunicación efectivo entre las escuelas judiciales que integran el Instituto; reafirmar el federalismo argentino y promover la cooperación internacional; establecer relaciones con la RIAEJ⁹ y con Escuelas Judiciales de otros países que tengan objetivos comunes; diseñar medidas de gestión para el eficaz funcionamiento del Instituto; supervisar las acciones programadas y medir los resultados obtenidos.

En ese marco es que adquiere relevancia en todos los entornos institucionales y es requerida para diferentes objetivos.¹⁰

De esta manera, la formación y continua investigación son clave para la JUFEJUS. Sin capacitación no es viable generar los pretendidos cambios de paradigma y por eso se encaran cuantiosas actividades sobre puntos fundamentales para la correcta actuación judicial.¹¹

medidas de modernización, que promuevan la agilización de los procesos electrónicos y garanticen la seguridad de la información en los sistemas informáticos, potenciando infraestructura existente y adquiriendo lo necesario para la eficiencia del sistema.

Desde allí, mediante convenios con el Ministerio de Justicia de la Nación se trabajó de manera conjunta y colaborativa en el diseño e implementación de la Nube Judicial y Bus Justicia.

⁷<https://www.reflejar.gob.ar/quienes-somos/>

⁸El proyecto de creación fue promovido por la JUFEJUS con el apoyo de Eurosocio Justicia, programa que es iniciativa de la Cooperación Técnica de la Comisión Europea con el objetivo de promover la cohesión social en las sociedades latinoamericanas. Disponible en <https://www.reflejar.gob.ar/antecedentes-constitutivos/>

⁹Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales.

¹⁰Ver <https://www.reflejar.gob.ar/objetivos/> y <https://www.reflejar.gob.ar/reglamento/>

¹¹Como ejemplo, en ese contexto se generó el Programa de Perfeccionamiento para Jueces, cuyo eje motivador refiere a las competencias transversales y el perfil del juez. De igual manera se ha dado cumplimiento con la Ley Micaela (nro. 27.499), con la Ley Yolanda (nro. 27.592), con la Ley Lucio (nro. 27.709) y con todas aquellas capacitaciones indis-

IV - EXPERIENCIAS A DESTACAR

Es así como en los últimos años, bajo esta plataforma, entablamos un fructífero e interactivo diálogo con el Ministerio de Justicia de la Nación mediante su Secretaría de Derechos Humanos, para interactuar en capacitaciones sobre temas diversos, debido al alcance de la JUFEJUS y su labor y llegada a todos los poderes judiciales provinciales y también a sus diferentes comunidades.

Se puede citar los casos "Senem de Buzzi"¹², "Galván"¹³, "Mendoza"¹⁴. En ese marco, siguiendo las pautas del caso "Mendoza y otros vs. Argentina" y frente a la necesidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia en virtud de las responsabilidades internacionales que adquiere el Estado argentino, luego de la condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante el año 2023 la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales en materia de Derechos Humanos, dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, se solicitó colaboración a la Junta Federal para diagramar y ejecutar un programa de capacitaciones a operadores/as judiciales de las diversas jurisdicciones locales sobre los estándares interamericanos relativos al derecho al recurso, en línea con lo establecido en el artículo 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Recordemos que en el caso "Mendoza", en el año 2013 la Corte IDH declaró responsable internacionalmente al Estado argentino por la violación a tratados internacionales cometida al haber condenado a reclusión perpetua a cinco jóvenes por delitos cometidos cuando eran menores de 18 años. Entre las medidas de reparación dispuestas en consecuencia, la Corte Interamericana ordenó a nuestro país implementar programas o cursos sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y de la niñez, como parte de la formación general continua de personal que trabaja en la materia.

Posteriormente, en la resolución de supervisión de cumplimiento de septiembre de 2021, el Tribunal Interamericano consideró que la obligación de implementación de programas o cursos sobre protección de los derechos humanos y de la niñez para personal penitenciario y jueces, se encontraba pendiente de cumplimiento.

Por eso, la Comisión Directiva de la JUFEJUS aprobó la formulación de una capacitación y su instrumentalización por medio de REFLEJAR, luego de analizada la solicitud de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales en materia de DD.HH. de la Nación, con miras a dar efectivo cumplimiento al requerimiento realizado por la Corte Interamericana, como así también evitar nuevas condenas internacionales. Para el diseño

pensables para unificar criterios y a su vez para evaluar diferencias debido a las distintas integraciones regionales y provinciales.

¹² Petición: ante la CID nro. P-268-10 "María del Carmen Senem de Buzzi" (ver informe de homologación de la República Argentina 266/23)

¹³ Caso nro. 12.905 "Pablo Rafael Galván", del registro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁴ Corte IDH. Caso "Mendoza y otros vs. Argentina", sentencia del 14 de mayo de 2013.

del curso se puso foco en los estándares interamericanos relativos a los principios y normas de protección de los derechos humanos y de la niñez, como en el derecho al recurso.

El contenido de la capacitación tiende entonces a analizar todos los extremos propios del enfoque de las infancias y las implicancias específicas emergentes del caso citado y se introducen otros referidos a los alcances de las obligaciones emergentes del art. 8.2.h convencional¹⁵. Ello, en tanto conocido el proceso de negociación llevado adelante respecto del caso "Galván", se entendió provechoso incluir la temática en la currícula de esta instancia formativa ya proyectada, lo que permitirá avanzar con los fueros penales juveniles de todo el país mientras se elabora una propuesta específica para los fueros penales de adultos¹⁶.

Todo esto se formalizó por la correspondiente Acta Acuerdo con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación¹⁷, comprometiéndose la Junta, a aportar los recursos humanos y logística necesarios para garantizar la coordinación de las actividades, como así también el correcto funcionamiento de la plataforma y desarrollo del curso.

La propuesta es capacitar de manera escalonada y consecutiva en función de los roles y responsabilidades dentro de la problemática. Para llevarla adelante, se la ideó dentro de un esquema en el que las primeras cinco cohortes estuvieran dirigidas a magistrados/as penales juveniles de todo el país¹⁸; para luego desarrollar cinco cohortes dirigidas a funcionarios/as que presten funciones en el mencionado fuero. Agotadas dichas instancias, se pensó continuar con el dictado periódico del curso para magistrados/as, funcionarios/as y personal en general¹⁹.

Estamos muy entusiasmados con este proyecto²⁰ por su relevancia y futuro impacto. Dicha labor tuvo su antecedente en el primer caso al que, como Junta Federal, fuimos convocados a participar. En el caso de "Senem de Buzzi vs Argentina" la JUJEFUS firmó un acuerdo de colaboración con la Dirección de Discapacidad dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de la Nación, en el marco de la ins-

¹⁵ Como objetivos específicos se definieron los siguientes:

- Problematicar los conceptos de infancia y juventud como construcciones sociales y hacer visible los prejuicios que operan en la práctica judicial.
- Analizar los supuestos sustantivos que subyacen en la normativa respecto al tema y debatir los matices que han ido adquiriendo a lo largo del tiempo y en las distintas provincias.
- Analizar la relación entre las construcciones sociales sobre las infancias y las juventudes y la violencia institucional a la luz de las responsabilidades internacionales en la materia.
- Comprender de qué manera el Derecho Internacional de los Derechos Humanos opera como límite al funcionamiento de las agencias judiciales condicionado por entendimientos sociales forjados desde concepciones perimidas de los roles institucionales y contrarias al enfoque de derechos.

¹⁶ Ver respuesta formal enviada en fecha 27 de abril de 2023.

¹⁷ Identificada como Acta Complementaria nro. 7 al Convenio Marco de Colaboración entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁸ REFLEJAR calcula que la cantidad total de jueces y juezas penales juveniles asciende a un total de 300 personas

¹⁹ Según detalle del proyecto en cuestión.

²⁰ <https://www.reflejar.gob.ar/2023/07/31/invitacion-capacitacion-judicial-la-justicia-penal-juvenil-desde-el-enfoque-de-derechos-revisando-nuestras-practicas-a-10-anos-de-la-condena-en-mendoza-y-otros-vs-argentina/>

tancia de negociación amistosa en la que se encontraba nuestro país ante la Comisión Americana de Derechos Humanos. En fecha 6 de junio de 2022 en el Salón Puiggrós del Archivo Nacional de la Memoria, el Estado Argentino a través de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, suscribió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el Acuerdo de Solución Amistosa y reconocimiento público de responsabilidad internacional por las violaciones de derechos que sufrió la señora María del Carmen Senem de Buzzi²¹.

Uno de los puntos del acuerdo suscripto, incluye la propuesta de capacitación para magistradas/os, funcionarias/os y auxiliares de las jurisdicciones nacional, federal y provincial, sobre salud mental en general e internación involuntaria en particular.

En este sentido, es que la JUJEFUS se ha comprometido a trabajar junto a la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, en un programa de capacitación que sea asequible a los magistrados, las magistradas, los funcionarios y las funcionarias de todas las jurisdicciones de Argentina, en una primera etapa. Para la concreción de dicha tarea, se contó con la colaboración de la Corte de Justicia de San Juan, que puso a disposición el equipo de trabajo de su Escuela Judicial. Así, desde entonces, la actividad se ha dictado a través del campus virtual de la Escuela Judicial de San Juan, en forma asincrónica y autogestionada.

En ese sentido, y en la actualidad, ante la exitosa y efectiva respuesta de dichos módulos, la Secretaría de Derechos Humanos en base al convenio suscripto, requirió de nuestra intervención para evitar una segunda condena y comprometernos a la capacitación de nuestros jueces, funcionarios, empleados, etc.

En tal sentido y toda vez que en la sentencia del 14 de mayo de 2013 dictada por la Corte Interamericana en el caso "Mendoza", actualmente en etapa de supervisión de cumplimiento, se ordenó al Estado argentino que adecúe su ordenamiento jurídico interno a las obligaciones emergentes del artículo 8.2.h del tratado, y que los jueces de todo el territorio nacional ejerzan un control de convencionalidad efectivo para garantizar ese derecho en la práctica (punto resolutivo vigésimo segundo)²².

En la misma dirección, la comisión, aprobó el 9 de diciembre de 2021, su informe de fondo nro. 263/2021 en los términos del art. 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el marco del caso "Galván". En dicho informe, el órgano internacional formuló recomendaciones similares a la anteriormente descriptas, particularmente en el

²¹ La señora María del Carmen Senem de Buzzi fue internada contra su voluntad en noviembre de 1993, en virtud de un dictamen médico deficiente e irregular, y por una decisión judicial que no se ajustó a los estándares de legalidad y razonabilidad emergentes del derecho internacional de los derechos humanos, sin contar con asistencia letrada efectiva ni recibir información sobre los motivos de su internación o sobre su tratamiento médico, y con absoluta falta de control judicial. Las condiciones de su internación fueron incompatibles con su integridad personal, y el proceso judicial que entabló a fin de obtener una reparación por los daños padecidos demoró casi 14 años. María del Carmen Senem de Buzzi falleció en febrero de 2019 luego de años de luchar por el reconocimiento de sus derechos.

²² La Corte Interamericana dispuso órdenes similares en varias sentencias dictadas en las causas "Mohamed" (23 de noviembre de 2012), "Gorigoitia" (2 de septiembre de 2019) y "Del Valle Ambrosio y Domínguez Linares" (20 de julio de 2020). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Las Naciones Unidas (ONU) formuló re-

sentido de asegurar la aplicación de los estándares interamericanos en el tratamiento de los recursos contra las condenas, mediante la capacitación permanente de los magistrados/as y funcionarios/as judiciales.

Que, en vistas de lo anterior, las partes del caso "Galván" iniciaron un espacio de diálogo orientado a arribar a una solución amistosa del asunto mediante el respectivo Acuerdo de Cumplimiento de las recomendaciones, en el que se prevé una cláusula por la que el Estado se compromete a "diagramar y ejecutar un programa de capacitaciones en distintas jurisdicciones provinciales sobre los estándares interamericanos relativos al derecho al recurso, conforme el artículo 8.2.h de la CADH". La Cláusula establece que el programa de capacitaciones será el producto de la articulación entre la JUFEJUS y la Secretaría, con los aportes de la parte peticionaria

En atención a lo expuesto, se formalizó dicha articulación celebrando una nueva Acta acuerdo para el diseño y desarrollo de la misma por parte de la JUJEFUS a través de REFLEJAR en relación con los estándares interamericanos relativos al derecho al recurso, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con relación a este proyecto, se destaca la valiosa colaboración que prestó la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, a través de su director Dr. Pablo Perel, y REFLEJAR, quienes lograron detectar el perfil adecuado para capacitar. Se logró así, no solamente capacitar a todos en el esquema de los poderes judiciales, sino certificar esa capacitación y poder informar sus resultados, brindando así un mayor sustento al proceso.

Insisto en destacar este tipo de actividades con el convencimiento de que el intercambio de experiencias y la capacitación continua son una herramienta fundamental para un mejor servicio de justicia. Como podrán apreciar, el capacitar colaborativa e interactivamente nos enriquece. El aporte de cada una de las escuelas provinciales, hicieron que la red se fortalezca cada vez más. A partir de esa activa relación, han surgido espacios diferentes pero proactivos que llevan a reflexiones más allá de lo jurídico. Es allí donde se vivenciaron (y lo siguen haciendo) las diferentes perspectivas y las necesidades de capacitaciones puntuales ante las vulnerabilidades que son muchas, diversas y complejas.

Cuando incorporamos miradas múltiples, cuando empezamos a comprender que tenemos que dejar de lado los yo y pensar en el nosotros, es cuando más podremos agregar verdaderos valores a las respuestas que damos. Creo que el rol que nos compete como integrantes de Cortes y Superiores Tribunales, ya no es solamente el jurisdiccional. Por el contrario, si pretendemos dar respuesta a nuestros ciudadanos ávidos de contar con un acceso a justicia y a la justicia cada vez más transparente, eficiente y eficaz, debemos abrirnos y escuchar que nos pide esa comunidad. Esa escucha, sin dejar de

comendaciones en el mismo sentido a la República Argentina en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto (2010 y 2016, respectivamente).

cumplir con nuestras funciones, nos tiene que ir marcando el camino para dar respuestas acordes con la ley y la realidad.

V - CONCLUSIONES

Sin importar el papel que se desarrolle dentro del servicio de justicia, un buen desempeño, acorde a las demandas de la sociedad, exige capacitación continua, diseñada e implementada colaborativamente para garantizar su eficiencia y eficacia.²³ Esto requiere sin duda el compromiso de quienes definen las políticas institucionales, pero también de todos aquellos que de una u otra manera forman parte del sistema.

Desde los comienzos de mi presidencia en la JUFEJUS desde 2018, la que ya casi me encuentro concluyendo, puedo ver cómo hemos trabajado en conjunto, conformando equipos valiosos, con los generosos aportes de cada provincia que están siempre allí donde se los necesita. Hemos transversalizado nuestras comisiones, foros e institutos, en un desafío inmenso, pero con la esperanza de seguir aportando al crecimiento conjunto. Se pretende así lograr los cambios que la justicia aborda, con dificultades, pero con la meta puesta en la superación.

Siempre decimos que el ser y el hacer deben ir de la mano, así como el nosotros deja de lado al yo para lograr lo que individualmente sería imposible. Es tiempo de aprender a generar equipos transversales de trabajo, de medir impactos y, fundamentalmente, de interactuar con respeto, empatía y responsabilidad. Tiempo de generar espacios confiables de diálogo, debate, formación y reciprocidad.

En tal sentido la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por medio de su Instituto de Capacitación, como usina generadora de estas propuestas ha cumplido y cumple una función invaluable y proactiva.

Atravesar la zona de confort no es fácil, pero como nos enseña Ghandi, en una frase que generalmente me gusta citar, "si queremos un cambio en el mundo, debemos ser parte de él ". Por eso creo que, en lo que hace al ámbito de acción de cada uno, estamos obligados a abrir nuestras mentes, a sumarnos al cambio de forma generosa, aportando ideas creativas, a identificar nuestras fortalezas sin desconocer nuestras debilidades y a buscar con prudencia los cambios necesarios.

Para terminar, estoy convencida de que todo ello es más fácil si pensamos y nos comprometemos seriamente en la búsqueda conjunta de un mundo mejor, con paz, inclusión y solidaridad

²³ Como institución destacamos que son épocas de construcciones colaborativas en las que debe prevalecer el ánimo de incorporar herramientas novedosas, de promover capacitación específica, entrenamientos en gestión, planificación, liderazgo, tecnología, métodos alternativos, perspectiva y todo aquello que sea necesario para una mejora continua.

MALVINAS. LOS DOLORES QUE QUEDAN, LAS LIBERTADES QUE FALTAN¹

Por Jerónimo Guerrero Iraola²

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Resumen: El presente artículo pretende realizar un recorrido por el estado de la causa en que se investigan las torturas a soldados argentinos cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas nacionales durante la guerra de Malvinas. Asimismo, repasa el trámite del Centro de Excombatientes Islas Malvinas La Plata (en adelante CECIM) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el que solicita se declare la responsabilidad del Estado argentino por la omisión de garantizar el acceso a la justicia a los soldados conscriptos y, consecuentemente, investigar las graves violaciones a los derechos humanos denunciadas.

I - LA CAUSA

En el Juzgado Federal de Río Grande, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur tramita el expediente 1.777/07, en el que se busca echar luz sobre las torturas cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en perjuicio de los soldados conscriptos. Allí, hay más de un centenar de militares denunciados, y más de 200 testimonios que dan cuenta de los hechos.

En la causa se investigan el hambre, los estaqueamientos, la inmersión en agua helada, el enterramiento, la práctica de picana con teléfonos de campaña, los simulacros de fusilamiento, entre otros vejámenes perpetrados contra soldados. Algunos de los más de 100 hechos denunciados hasta el momento, se dieron en contexto de antisemitismo, como también de homo-odio, entre otras circunstancias que agravan aún más la cruel práctica de tortura.

"Me deforman la cara de los golpes, me golpean con el fusil FAL...", "me quiebran tres

¹ Este texto es una adaptación de otro publicado anteriormente por el autor en el portal PERFIL.COM. Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/opinion/jeronimo-guerrero-iraola-desmontar-malvinas-para-volver-a-sonarlas.phtml>

² Abogado y magíster en Derechos Humanos (UNLP). Actualmente, está en proceso de tesis del Doctorado en Ciencias de la Educación de la Facultad de Humanidades (UNLP). Integrante del equipo jurídico del Centro de Excombatientes Islas Malvinas La Plata (CECIM La Plata). Investigador de la UNLP y profesor de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Prosecretario de Derechos Humanos de la Facultad de Cs. Médicas (UNLP).

costillas y la clavícula, casi pierdo el ojo derecho", "me hacen caminar por la zona minada ida y vuelta...", "me manda a estaquear, a desvestir ...", "me pone una granada en la boca".

Este, junto con otros testimonios similares, van configurando la compleja trama de la investigación.

Dado que la causa lleva 17 años de trámite, debimos acudir a la CIDH. En función de esto, el 6 de diciembre de 2023, recibimos la noticia de que el caso fue admitido³ y por ende que el Estado argentino deberá dar explicaciones ante el organismo por la omisión del deber de investigar crímenes que son reprochados por la comunidad internacional. En su informe de admisibilidad, la CIDH ha sido contundente: hay obligaciones que estarían siendo omitidas, en forma deliberada, por la República Argentina.⁴

A su vez, aguardamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelva los nueve recursos extraordinarios que están bajo su análisis y tratamiento, muchos de ellos con dictamen a favor de la investigación de las torturas, por parte del Procurador General de la Nación. Es claro, existe una irrenunciable obligación del Estado de dar respuesta, en términos de reparación integral, a las víctimas; pero también de brindar al pueblo argentino las herramientas necesarias para comprender lo sucedido en 1982.

Para entender estos sucesos, resulta imprescindible batallar con la historia, generar las condiciones, en el orden de lo decible, lo pensable y lo escuchable, es decir, a través de una gramática idónea para reescribir la guerra de Malvinas. Hasta ahora, el relato sobreviviente es el heredado de la dictadura. Una historia que vació de sentido el contexto, que erigió las nociones de gesta y la de héroe para vanagloriar a unas Fuerzas Armadas que, en simultáneo en forma sincrónica con la sustanciación de la guerra, estaban llevando adelante un plan sistemático de exterminio, en el marco del genocidio.

La guerra nos alejó de Malvinas. En todo sentido. Si ajustamos el lente, podemos ver cómo, en 1982, el hecho bélico permitió sintetizar dos dimensiones de la dictadura. El plan sistemático de exterminio de personas, y el plan sistemático de entrega de la soberanía.

II - LA GUERRA DE MALVINAS, UN CAPÍTULO MÁS DE LA DICTADURA CÍVICO MILITAR

Con el objeto de profundizar el análisis, considero oportuno compartir la Carta del escritor Rodolfo Walsh, escrita y difundida en 1977 durante el aniversario del infausto gobierno. Considero fundamental esta pieza en el periodismo de denuncia por conjugar datos con una precisión distintiva. Se compone de dos partes y cada línea de análisis está numerada. Por un lado, del 1 al 4, narra las violaciones a los derechos humanos: el plan sistemático de exterminio que luego sería probado durante el Juicio a las Juntas. Por otro, del punto 5 en adelante, Walsh describe el plan sistemático de entrega de la soberanía.

³ REF: Excombatientes de las Malvinas y familiares. Caso nro. 15.367. Argentina.

⁴ Disponible en: <https://www.pressreader.com/argentina/la-nacion/20240114/281925957864027>

nía. ¿En qué consistió? Las Fuerzas Armadas fueron el brazo ejecutor de una pata civil, que quiso restaurar el Estado oligárquico. De esta forma, se desguazó el modelo de sustitución de importaciones, se quintuplicó la deuda externa, entre otras acciones profundamente destructivas en términos sociales, políticos, económicos y culturales ¿Y eso qué tiene que ver con Malvinas? Todo. Veamos.

En concreto, los militares argentinos tenían la misión de reprimir a lo que, regionalmente se había caracterizado como el enemigo interno. ¿Quiénes eran los/as enemigos/as internos/as? Aquellas personas que, desde su militancia, sus posicionamientos, sus organizaciones políticas o sindicales se opusieron a la idea de fondo: una Argentina conducida por unos/as pocos/as, para unos/as pocos/as. La dictadura también fue Malvinas, y nos alejó del archipiélago.

El resultado es conocido. Las conclusiones del Informe Final de la Comisión de Análisis y Evaluación de las Responsabilidades del Conflicto del Atlántico Sur (Informe Rattenbach) son implacables. Malvinas fue, según la documentación oficial, una "aventura militar". No hubo planificación táctica ni estratégica. Las Fuerzas Armadas estaban preparadas para la represión. No para la defensa. De allí que torturaran a los soldados conscriptos. A partir de esas dinámicas, se forjó el montaje de una trama político-burocrática para que los crímenes de lesa humanidad cometidos contra los conscriptos quedaran impunes.

Además, quienes a sangre y fuego intentaron tallar el relato histórico, cometieron una perversión adicional: la de intentar inscribir la guerra dentro de una dinámica soberanista y anticolonial. Nadie con honestidad intelectual, que haya estudiado la historia puede pensar que los artífices civiles y militares que gobernaron por la fuerza entre 1976 y 1983, pretendían realizar reivindicaciones de ese tenor. Alcanza con ver la destrucción de la industria nacional que, en 1977, denunció Walsh en su carta, para apreciar cómo ese relato es insostenible desde los números.

III - MALVINAS, COMO PRENDA DE UNIDAD Y HORIZONTE

En efecto, la guerra nos alejó de Malvinas. Alcanza con mirar el presente. Una base militar, la de Monte Agradable, que es la más grande de la OTAN en el Cono Sur. El hecho bélico de 1982 sirvió hasta el día de hoy como excusa (perversa, pues el colonialismo británico en las islas comenzó, al menos, en 1833) para que nuestro pueblo sintiera la amenaza armamentista del Reino Unido. Además, puso en tensión la iniciativa diplomática que se cristalizó con el "Alegato Ruda" ante el Subcomité III del Comité de Descolonización de la ONU en 1964, y la posterior adopción, un año después, de la Resolución 2.065 de Naciones Unidas que Gran Bretaña incumple sistemáticamente desde su dictado.

Con el precedente de nuestro país ante Naciones Unidas, vemos cómo se puede ser

soberanista y decolonial desde una postura de férrea diplomacia y cultura pacifista. Malvinas es mucho más que el archipiélago. Es la Argentina oceánica y bicontinental. Es la Antártida. Es un portal de desarrollo frente a la crisis de escasez que asolará al planeta en los próximos 50 años. Son los bienes naturales y la vía a la dignidad de nuestros pueblos. Es la férrea reivindicación del derecho humano a la paz, al ambiente. Es una denuncia activa a toda forma de colonialismo. Una muestra de cómo debemos cultivar la Integración Nuestroamericana, esa propuesta del Centro de Excombatientes Islas Malvinas La Plata que habla de "volver a Malvinas de la mano de América Latina".

Por estos motivos debemos proponer una agenda malvinizadora que trascienda las fechas icónicas cristalizadas en torno a la guerra. Es imprescindible que diseñemos políticas públicas en materia de pesca, de prospección oceánica, una Argentina de cara al mar, a su inmensidad bicontinental. Es hora de debatir qué postura vamos a adoptar hacia 2048, momento en que entre en revisión el protocolo ambiental por el que se rige el Tratado Antártico.

En simultáneo, las agendas de Memoria, Verdad, Justicia, Soberanía y Paz hacen sentido en el significativo Malvinas. Salir del relato de la épica militar y entender que no hay mayor acto descolonial que el ejercicio de la dignidad popular, que la construcción latinoamericanista. Malvinas, memoria, presente y futuro de una patria libre, justa y emancipada.

EL ARTE COMO REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CLAVE FEMINISTA

Por Gabriela Strucchi¹
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: El presente trabajo pretende brindar una reflexión sobre la producción artística y sus manifestaciones desde una perspectiva de género.

I - INTRODUCCIÓN

A partir de la experiencia personal que me atraviesa, en lo que a ejecución de obras artísticas se refiere, me propongo visibilizar cómo –a través del arte– se puede expresar y concientizar desde lo simbólico, sobre situaciones de injusticia, inequidad y vulneración de derechos.

En el recorrido la creatividad aparece como herramienta, como medio idóneo para poner de manifiesto aquello que se convierte en una demanda social.

II - YO, MUJER EN LUCHA

De esta manera, afirmo que mi búsqueda por contribuir al cambio social ha sido y continúa siendo a través del arte, generando conciencia y estimulando la sensibilidad de quien observa. La vida me enseñó que lo que tengo para comunicar es importante, no desde la perfección o desde verdades absolutas, sino desde lo humano que se impulsa de interrogantes que me interpelan a ir en busca de respuestas. Es así que siempre intenté transmitir aquello en lo que creo al mismo tiempo que escribo, miro y pienso sin dejar de amar las cosas, personas y momentos que hacen que sea quien soy.

La definición de arte puede considerarse que es abierta y en tanto subjetiva. No existe coincidencia sobre un concepto unánime. En relación a la percepción del arte, Gadamer menciona que

¹ Diseñadora gráfica (UBA). Autora de las muestras de arte: "Mujeres en Lucha" y "Mujeres en la Historia". Correo electrónico: gabi_stru@hotmail.com. Instagram: gabistrucchi

en lo particular de un encuentro con el arte, no es lo particular lo que se experimenta, sino la totalidad del mundo experimentable y de la posición ontológica del hombre en el mundo, y también, precisamente, su finitud frente a la trascendencia. (2005, p. 86)

El arte me atravesó y el feminismo también

Reflexiono sobre los silencios en los que se estructura el mundo y digo “¡Gritar!”. Muchos gritos fueron callados a lo largo de la historia e infinidad de mujeres silenciadas durante siglos. Más aun, aquellas rebeldes, revolucionarias, que no sólo se sobrepusieron a las condiciones de desigualdad de su tiempo, sino que fueron por más. Gracias a esa lucha, que las tuvo de protagonistas – desde lugares hasta pensados como insignificantes, a lo largo de la historia – se ha producido un gran avance que generó un profundo cambio en las costumbres y en la cultura.

En ese marco, el arte representa mi manera de gritar por quienes no pueden hacerlo, de reflejar las violencias que sufrimos y han sufrido otras mujeres, las desigualdades, la discriminación, tanto en el orden normativo como en los hechos. A su vez, la posibilidad de deconstruirnos, de desarmar y desandar para volver a pensar y decir, de visibilizar aquello que es y ha sido. La gran oportunidad de crear algo nuevo, más igualitario y justo, más bello, digno y esperanzador. Es que como manifestación cultural, el arte es un reflejo de los símbolos, normas y personas que han atravesado a nuestra sociedad global.

En ese sentido, es importante mencionar que el arte es una manifestación del ejercicio de los derechos culturales, los cuales se encuentran contemplados no sólo en nuestra Constitución Nacional (art 75)² sino también en el sistema internacional de protección de los derechos humanos mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 27) y la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de la UNESCO. Igualmente, el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales y Culturales establece en su Pre-ámbulo que

no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

En el ámbito interamericano la Declaración Americana sobre los Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica (art. 26) también receptó el compromiso de los Estados en lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos culturales.

Como bien explica Martínez Dalmau

²El art 75 de la Constitución Nacional establece la necesidad de dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

el derecho al arte apela al papel particular del Derecho en la protección de un bien jurídico, el arte, y los efectos que se desprenden de esta protección, que pueden ser reclamados por la ciudadanía haciendo uso de las garantías normativas desplegadas por el ordenamiento jurídico. (2022)

En esta dirección, con tan estrecho vínculo entre los derechos humanos y el arte, no puedo dejar de conectarlo con mi propia identidad: ser mujer.

Deconstruir para posibilitar la creación de algo nuevo: la técnica del Collage

El collage, según la Real Academia Española, se define como "técnica pictórica que consiste en componer una obra plástica uniendo imágenes, fragmentos, objetos y materiales de procedencias diversas". Mediante la combinación de imágenes y la manipulación creativa de colores, a través de esta técnica artística de fusión de mosaico, se busca realizar la deconstrucción de las diferentes partes del mundo y configurar una nueva perspectiva para habitarlo.

Así, esta técnica parte de utilizar papeles de revistas, imágenes como colores, formas, letras y palabras ya existentes, para construir otras nuevas y personales. De esta manera, las obras que se configuran a través de este proceso se comparan conceptualmente con el recorrido que, a lo largo de la historia, tuvieron que llevar adelante las mujeres y los feminismos en su lucha, produciendo algo nuevo a partir de la deconstrucción previa. En esta dirección, un político puede transformarse en una mujer golpeada, una modelo en un puño que pelea, un árbol en un pañuelo y un vestido en una boca que grita.

Con esto quiero expresar que destruyendo una imagen y viendo sólo los colores, se puede salir de una realidad, romper estructuras... y armar/llegar a otra realidad.

III - "MUJERES EN LUCHA". SI ELLAS PUDIERON, NOSOTRAS TAMBIÉN

"Mujeres en lucha" es una serie de obras de collage, que tiene por fin visibilizar las múltiples batallas que las mujeres enfrentan en todos los ámbitos de sus vidas. Se encuentra compuesta por obras de diferentes formatos que intentan reflejar situaciones, momentos, gestos, miradas de mujeres que reflejan en sus cuerpos los desafíos actuales de los feministas, teniendo en cuenta el recrudecimiento de las violencias contra las mujeres. Como plantea Rita Segato "afinidad entre el cuerpo de la mujer y el territorio".

Estas obras pretenden ser un recorrido por la lucha de las mujeres que desde distintos rincones del mundo intentan tener una vida libre y sin violencia. Mujeres que unidas en un mismo grito logran, imparables, avanzar hacia la igualdad.

Esta muestra, a su vez, cuenta con un anexo, realizado posteriormente que se titula: "Si fueses historia, ¿quién serías?" que además de constituirse como expresión de de-

nuncia tiene como fin rendir homenaje a destacadas figuras femeninas³ que han influido con su lucha para que en este presente tengamos los derechos que tenemos.

En las diversas exposiciones, en que las obras de este anexo fueron presentadas, se indagó al público espectador sobre el interrogante que plantea el título.

Si bien el arte plástico muchas veces sitúa al receptor/a en un lugar de espectador/a, la



María Remedios del Valle

propuesta de realizar esta pregunta (además de sintetizar una inquietud personal de saber a qué mujeres eligen otras personas) intento invitar a reflexionar respecto a quiénes son aquellas reivindicadas en la historia y por qué. Al mismo tiempo que visibilizaban otras historias de mujeres y las luchas que quizás hasta ese instante se desconocían, el público espectador se detuviera a pensar y se preguntara por qué antes no las conocían.

Al recibir las respuestas a ese interrogante, me sorprendí. En general, siempre tres o cuatro personajes se repetían, pero en ámbitos particulares me presentaban luchas desconocidas. Comencé entonces a investigar y descubrí TANTAS luchas que creo que no sería posible representar a todas.

Cierta vez una señora expresó: "A mí me gustaría ser Susana Trimarco"⁴, y me aclaró que, aunque le parecía que sus acciones daban cuenta de una mujer que intenta sobreponerse para dar batalla en busca de justicia frente a la dramática desaparición de una hija, no le gustaría estar en sus zapatos.

IV - EXPOSICIÓN DE LA MUESTRA

Con esta muestra se pretende inspirar y motivar, en estos tiempos de cambios, respecto del espacio que ocupamos las mujeres en la sociedad, y en la lucha por la igualdad

³ Adela Valverde Pérez, Adriana Guzmán, Angela Davis, Asia Ramazan Antar, Aurora Mardiganian, Azucena Villaflor, Bartolina Sisa, Bell Hooks, Berta Cáceres, Celia Sánchez, Claudia Pía Baudracco, Coco Chanel, Comandanta Ramona, Dolores Ibárruri, Emmeline Pankhurst, Emma Goldman, Eva Duarte, Estela de Carlotto, Florence Nightingale, Florentina Gómez Miranda, Frida Khalo, Franca Viola, Isadora Duncan, Juana Azurduy, Juana de Arco, Juana Rouco Buela, Kate Millet, Lohana Berkins, Lola Mora, Louise Michel, Macacha Güemes Malala Yousafzai, Manuela Pedraza, María Elena Walsh, María Remedios del Valle, Marie Curie, Marielle Franco, Monique Wittig, Nilde Iotti, Patti Smith, Rosa Luxemburgo, Rosa Parks, Rosalind Franklin, Salvadora Medina Onrubia, Simone de Beauvoir, Tita Merello, Violeta Parra, Virginia Woolf, Zabel Yesayan.

⁴ Activista por los derechos humanos argentina, cuyos esfuerzos se dirigen a la trata de personas. Es madre de María de los Angeles *Marita* Verón, una joven secuestrada el 3 de abril de 2002 y obligada a prostituirse según algunos testimonios recabados. Por la persistencia en la búsqueda de su hija fue premiada con diferentes distinciones, nacionales e internacionales. En 2012, fue candidata al Premio Nobel de la Paz.

de género, visibilizando a mujeres de todo el mundo y de distintas épocas (que han hecho historia, que vale la pena conocer; muchas de las cuales, se encuentran todavía ocultas, tapadas, o simplemente desconocidas). Se intentó mostrar a través del arte plástico y en especial de la técnica del collage, la oportunidad de la deconstrucción, de los cambios, del reinventarse, que es parte del legado de mujeres quienes a través de sus vidas y sus obras han ayudado a otras a empoderarse. Al mismo tiempo se consiguió recordar, reivindicar y homenajear a las que fueron calladas, a las que gritaron como las pibas, como las madres y abuelas, y a las que siguen gritando para ser escuchadas.

El conjunto de obras, en sí misma, tiene características especiales, por lo que siempre invito a verla de manera presencial en razón de que se manifiesta en dos planos: uno más próximo, al acercarse y observar cada parte que conforma un todo, y otro desde la distancia, a modo de contemplar la integralidad en su conjunto de todo aquello que la compone. Por su parte, el anexo consta de retratos collage de 40 x 55 cm con una breve reseña de la obra/historia de cada una, terminando en un retrato espejo en el cual te podés reflejar, llamado "Vos, mujer que lucha".



Berta Cáceres

Desde la primer exposición de la serie completa, al ser presentada en diversos sitios⁵ pretendió ser un círculo de retroalimentación. En ese sentido, siempre he priorizado los espacios culturales y de acceso no convencional, para quienes no circulan exclusivamente por el mundo del arte.

Realizar esta reseña para la Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Oeste, constituye una manera de favorecer la reflexión de esta colección en ámbitos casi del todo ajenos al mundo del arte. Con ello busco motivar su contemplación en tiempos donde la inclusión de la perspectiva de género en el discurso social, como expresé al principio, por momentos avanza y por otros retrocede.

Espero haber logrado mi cometido.

⁵Concejo Deliberante, Vicente López (marzo 2017); Instituto Italiano di Cultura (agosto 2017); Concejo Deliberante, San Isidro (noviembre 2017); Facultad de Medicina: XXXIII Congreso Nacional de Medicina, Equipos de Salud y Encuentros con la Comunidad (noviembre 2018); Casa de la Cultura, Adrogué (marzo 2019); Senado de la prov. de Bs. As. Premios Julieta Lanteri (2019); Espacio Arte San Telmo La Trama (2019); Espacio revista MU muestra aborto legal (2019); Casa de la Mujer, San Isidro (marzo 2020); Espacio Auditorio Kraft (marzo 2020); Casa de la cultura, Adrogué (marzo 2020); Municipalidad y Casa de la cultura, Laprida (abril 2022); Espacio el Tipográfico (agosto 2022); Casa de la cultura, Adolfo Alsina (septiembre 2022); Expo&Musica solidaria Berazategui (octubre 2022); Usina del Arte, Rivera (octubre 2022); Asociación cultural Armenia (marzo 2023); Salón cultural PJ Ciudad San Jose 181 (julio 2023); Honorable Senado de la Nación argentina (julio 2023); Legislatura CABA. Sala de exposiciones Manuel Belgrano (agosto 2023); Feria Eco-Feminista en El Galpón, Vicente López (septiembre 2023); Casa de la Cultura, Gral. La Madrid (octubre 2023); Colegio de Psicólogos de San Isidro. Muestra y charla (noviembre 2023); Declarada de interés cultural por la Municipalidad de Vicente López, (2017) y por el Municipio de Laprida (2022).

REFERENCIAS

- MARTÍNEZ DALMAU, R. (2022). El derecho al arte: definición, dimensiones y distinciones. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. LXXII (283). DOI: <http://10.22201/fder.24488933e.2023.82904>,p92.
- GADAMER, H. (2005). *La actualidad de lo bello*. Paidós

LEY MICAELA. HERRAMIENTAS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA COLEGIACIÓN

Por Débora Galán¹

Colegio de Abogados de Moreno - General Rodríguez, Argentina

Resumen: El presente artículo pretende destacar los antecedentes que dieron origen a las leyes que establecen la capacitación obligatoria en los diferentes poderes del Estado en temática de género y violencia contra las mujeres. Asimismo, convoca a reflexionar respecto a la capacitación en estas cuestiones en el ámbito de la colegiación de abogadas y abogados y la necesidad de profundizar en la formación con el objeto de contribuir a la mejora del servicio de administración de justicia actual.

I - LEY 27.499. ANTECEDENTES

La Ley 27.499, conocida en el ámbito de nuestro país como Ley Micaela, lleva el nombre de una víctima de femicidio que tuvo lugar en 2017, en la localidad de Gualaguay, provincia de Entre Ríos. Micaela García, tenía 21 años de edad, estudiaba Educación Física, era militante del Movimiento social Evita y sobre todas las cosas, era feminista.

El femicidio fue perpetrado por Sebastián José Luis Wagner, quien por ese entonces se encontraba con el beneficio de libertad condicional, producto de estar cumpliendo una condena de prisión por nueve años por haberse constatado que incurrió en el delito de abuso sexual de dos mujeres.

El juez de ejecución penal a cargo de la causa Dr. Carlos Rossi, fue considerado controvertido en su accionar, dado que pese a que en los autos constaban informes que desaconsejaban la posibilidad de concederle el beneficio a Wagner, procedió a otorgárselo. A causa de ello el magistrado fue denunciado ante el Jurado de Enjuiciamiento por las causales de mal desempeño y falta de idoneidad. En 2018, se llevó a cabo el juicio que finalmente culminó con la absolución del juez por parte del Jurado, con cuatro votos a favor y tres en contra.

¹ Consejera Titular y Protesorera del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Moreno - Gral. Rodríguez. Directora del Instituto del Derecho de la Mujer, Género y Diversidad. Especialista en Violencia por Razones de Género. Co-fundadora de la Asociación Civil Matices Psicosociales. Fue Diputada de la provincia de Buenos Aires y miembro del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires en representación del estamento del Poder Legislativo.

Respecto a Wagner fue condenado a prisión perpetua por la violación seguida de femicidio de Micaela. El hecho no sólo conmocionó a la sociedad, sino que visibilizó las fallas en los procesos de intervención estatal a causa de la falta de abordajes e intervenciones con perspectiva de género y evidenció la falta de formación en esa materia. Sobre todo, en la justicia en lo que respecta a las sentencias, resoluciones y fundamentaciones que se apartaban de las normativas y Tratados internacionales vigentes. A su vez lo acaecido instó, con urgencia, a capacitar en este sentido, a todas las personas que desempeñan funciones en el Estado, en pos de construir políticas públicas integrales tendientes a desalentar las desigualdades de género, las discriminaciones y violencia hacia las mujeres y personas LGTBI+.

Para ello, fueron necesarias no sólo reformas e implementaciones internas, sino, la sanción de leyes en el ámbito nacional y provincial con el fin de adecuar la legislación a los compromisos asumidos por el Estado argentino. Recordemos que, en la última reforma constitucional, en el artículo 75, inciso 22, se receptaron Tratados internacionales de derechos humanos y entre ellos la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer de 1979, (CEDAW) adoptada por la Argentina en 1985 y su Protocolo Facultativo en 2006. Por su parte, el artículo 75, inciso 23 de nuestra carta magna estableció que el Congreso debe sancionar leyes que garanticen la igualdad real de trato y pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales vigentes. En ese marco, también debemos mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como Convención de Belem do Pará de 1994. En el ámbito nacional, en 2009 se sancionó la Ley 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Varias fueron las reformas legislativas que se sucedieron *a posteriori* sentando precedente hasta que finalmente se sancionó la Ley Micaela.

II - SANCIÓN E IMPLEMENTACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL Y PROVINCIAL

La Ley Nacional 27.499 fue sancionada el 19 de diciembre del 2018 y publicada el 10 de enero del 2019. Establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. A la Ley Micaela adhirieron la totalidad de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Durante 2019, fue el Instituto Nacional de las Mujeres la autoridad de aplicación; a partir de la creación del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, se trasladó la competencia hasta diciembre de 2023, fecha en que fue disuelto.

En la provincia de Buenos Aires, la Ley 15.134 fue sancionada el 21 de marzo de 2019 y en idéntica línea establece la capacitación obligatoria para todas las personas que se

desempeñen en la función pública en los tres poderes del Estado provincial (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) cualquiera sea su nivel y jerarquía.

A. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

En esa línea a través de las Resoluciones 707 y 825 estableció como obligatorias las capacitaciones de Ley Micaela. Según la Acordada 3.964, se deben implementar las reglas de actuación y articulación para la adopción de medidas urgentes en causas que abordan situaciones de violencia de género en el ámbito doméstico. La Suprema Corte de Justicia, a través de la Resolución 656 designó al Instituto de Estudios Judiciales (IEJ) como órgano de implementación.

B. El Ministerio Público bonaerense

La Procuración General de la provincia de Buenos Aires mediante la Resolución "P.G. nro. 672/19 aprobó "el plan de capacitación en la temática de género y violencia contra las mujeres para las personas que se desempeñen en todos los niveles y jerarquías del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires."

Además, a través de la Resolución P.G. nro. 303/20, dispuso la designación del Centro de Capacitación de la Procuración General como órgano de implementación de la Ley provincial 15.134.

C. Implementación en el ámbito de la Colegiación

En el ámbito de las/os abogados/as que se matriculan en los Colegios de la Abogacía, y que ejercen la profesión liberal, es importante mencionar que desde la sanción de la Ley Micaela se asumió el compromiso de avanzar en esta línea y se llevó a cabo a través de resoluciones internas.

El Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (Col.Pro.BA), en el año 2019 aprobó mediante Resolución nro. 014/19 la adhesión institucional, para la capacitación obligatoria para los dirigentes colegiales en la temática de género y violencia contra las mujeres. A su vez posee una Comisión de Género y Diversidad la cual, durante el año 2019, elaboró un programa con unidades temáticas, que se pusieron en marcha a través de una capacitación llevada adelante por la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales (CIJUSO).

Dicha Fundación puso a disposición, en el año 2020, un curso de capacitación en género y violencia contra las mujeres totalmente gratuito y virtual, como compromiso asumido en el marco de la implementación de la Ley Micaela. Capacitación que fue actualizada en cuanto a contenidos en el año 2023.

Por su parte, la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), en el seno de la Comisión de los Derechos de la Mujer, impulsa reuniones, jornadas nacionales y directrices para implementar en los Colegios que la conforman hace más de una década. En

2022, desde el Instituto de Estudios Legislativos dependiente de la FACA, se realizó un documento titulado "Recomendaciones para Colegios y Asociaciones Federadas". En el punto F) de dicho texto, se insta a "Manifestar el compromiso institucional de brindar capacitación en género Ley Micaela para las y los profesionales"². En ese mismo documento, se presentaron recomendaciones especiales para los Tribunales de Ética o de Conducta.

III - CONCLUSIÓN

La implementación de la perspectiva de género en nuestro país, tuvo efectos positivos recién con la llegada de la Ley Micaela, a partir de las capacitaciones obligatorias que comenzaron a marcar un nuevo paradigma en la implementación progresiva de una mirada y posicionamiento en clave de DD.HH. y género en quienes se desempeñan en los tres poderes del Estado.

Ahora bien, pese a los avances, el cambio que debe darse es sociocultural, más allá de implementarse obligatoriamente por ley. Hoy en día, existen resoluciones y fallos que receptan estos preceptos, pero aún se debe profundizar, hasta que su implementación se dé en todos los ámbitos.

En lo que respecta a las y los abogados que ejercen la profesión de manera independiente, es inminente el esfuerzo que deben realizar los Colegios en pos de poner a disposición las herramientas necesarias. Es fundamental que se promueva de manera activa la integración e implementación de la perspectiva de género en la práctica legal y en la formación de nuevos y nuevas profesionales del Derecho. No sólo capacitar a los abogados y abogadas en cuestiones de género y violencia, sino también fomentar ámbitos laborales y académicos inclusivos que respeten la diversidad y promuevan la igualdad. En ese marco, es relevante destacar el rol ejercido por las Universidades, que comenzaron a poner a disposición la formación transversal en Género y capacitar en esta perspectiva.

Sin duda, el espíritu de la Ley Micaela, en el ejercicio de la abogacía es esencial y debe servir de inspiración para generar aquellas herramientas necesarias que tiendan a promover una sociedad más justa e inclusiva, en la que todas las personas puedan acceder a una representación legal que reconozca y respete sus derechos fundamentales.

² Instituto de Estudios Legislativos. FACA. 01/07/2022. "Recomendaciones para Colegios y Asociaciones Federadas". Fernando Díaz Cantón, presidente. Fabiana Malatesta, secretaria.

Directrices para autores



