### **ACTAS DEL**

# III Congreso Nacional de Derecho 2020

"Los retos del Sistema Jurídico Post Pandemia"

> 8 Y 9 DE OCTUBRE DE 2020 FCEYJ, UNLPAM

> > Cecilia Bertolé Lucía Colombato Helga Lell Comps.







### **ACTAS DEL**

# III Congreso Nacional de Derecho 2020

Los retos del Sistema Jurídico Post Pandemia"

8 Y 9 DE OCTUBRE DE 2020 FCEYJ, UNLPAM

> Cecilia Bertolé Lucía Colombato Helga Lell Comps.







Colombato, Lucia Carolina

Actas del III Congreso Nacional de Derecho / Lucia Carolina Colombato ; Cecilia Bertolé ; Helga Lell ; compilado por Cecilia Bertolé ; Lucia Carolina Colombato ; Helga Lell. - 1a ed compendiada. - Santa Rosa : Universidad Nacional de La Pampa, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-950-863-416-0

1. Derecho. I. Bertolé, Cecilia. II. Lell, Helga. III. Título. CDD 340.0982

Esta obra compila las ponencias presentadas en el III Congreso Nacional de Derecho con el fin de resguardar los debates que allí han tenido lugar.

Los autores son responsables por el contenido de sus trabajos. Se comprometen a respetar la propiedad intelectual y el consentimiento informado de las fuentes de información, a cumplir con las pautas éticas de publicación y manifiestan que el contenido es original.

Las compiladoras y la institución editora no son responsables por los contenidos de las partes.



### TRABAJOS INCLUIDOS EN ESTE VOLUMEN

### LEY 27.555 "TELETRABAJO, LA NUEVA MODALIDAD DE TRABAJO"

Damián Maximiliano Araya

(1)

# EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A UN PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIONES: FISONOMÍA DE UNA INCIPIENTE JURISPRUDENCIA

Cecilia Bertolé

Esteban Torroba

(15)

### VIRTUALIDAD, CORPORALIDAD Y ACCESO A LA JUSTICIA

Ana María Blanco

(44)

### PUENTES ENTRE NIVEL MEDIO Y UNIVERSIDAD:

PROPUESTA DE UN MARCO REFERENCIAL CONCEPTUAL - DIDÁCTICO PARA UNA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA INSTITUCIONAL PAMPEANA EN LOS ESTUDIANTES INGRESANTES DE ABOGACÍA

Silvana Brandan

Daniela Escobar

(55)

MEDIACIÓN, INTERINSTUCIONALIDAD E INTERDISCIPLINA: TRASPASANDO LOS LÍMITES EN BUSCA DE HERRAMIENTAS DE RESOLUCIONES GARANTISTAS DEL DERECHO DE LOS NNYA COMO EJE EN LITIGIOS FAMILIARES

Ivana Cajigal Cánepa

Ana Belén Phagouapé

(69)

### EL EMPLEO DE PLASMA CONVALECIENTE PARA TRATAR PACIENTES CON COVID-19 EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA: ALGUNAS CONSIDERACIONES BIOÉTICAS

Ivana Cajigal Cánepa

(81)

### PROYECCIÓN Y MOTIVACIÓN. DISCORDANCIAS Y DESCONEXIONES ENTRE EL GUSTO PROFESIONAL Y EL FUTURO LABORAL DE LOS ESTUDIANTES DE ABOGACÍA DE LA UNC

Diego A. Cevallos Ammiraglia

(90)

### NOTAS PRELIMINARES SOBRE LAWFARE Y REFORMA JUDICIAL: EL CASO ARGENTINO

Daniel Cieza

(105)

# EL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA. EN LA ÉTICA DE LAS PROFESIONES JURIDICAS

Paula R. Comas

Sergio Díaz

(122)

#### LAS FAKE NEWS EN EL CASO DE "LA RUTA DE DINERO K"

Ailén Victoria Díaz

(136)

# LA COMPRENSIÓN DE LA ECONOMÍA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA LEY N° 26485

Cynthia Diner

(151)

# EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA EN MATERIA UNIVERSITARIA: LEY AVELLANEDA, UN AVANCE HACIA LA PRECIADA AUTONOMÍA

Sofía Victoria Giménez Iraola Yanina F. Gimenez Iraola Marcela Verónica Iraola (164)

### SINDICALIZACIÓN POLICIAL

Ignacio Agustín Gómez Karen Tatiana Gutiérrez Piñero (175)

### EL DISTANCIAMIENTO SOCIAL COMO CAUSA DEL TELETRABAJO Y SU ADECUADA REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Andrés Jaime González Laura Méndez Guevara Cozobi García Herrera (190)

### PLURALISMO JURÍDICO COMO HERRAMIENTA NECESARIA EN EL CO-APRENDIZAJE

Edgardo Gonzalez Carolina Murga Rodrigo Palleres Balboa (201)

# CENTRO DE ATENCIÓN JURÍDICA GRATUITA PARA LA AGRICULTURA FAMILIAR: UN ESPACIO DE EXTENSIÓN Y VINCULACIÓN CON LOS TERRITORIOS

Sofía Hang Laura Camera Renata Méndez Isla (213)

### LA INFLUENCIA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL FEMINICIDIO EN MÉXICO

María de Guadalupe Huesca González

(224)

# TEORÍA DE CONFLICTOS: UN APORTE COMO SUPUESTO POSIBLE PARA LA TEORÍA DEL CASO

José María Lezcano Rodolfo Piccioni (249)

### PARTICIÓN DE HERENCIA: SUS MODALIDADES

Melanie Lirio Conte Diego José Mayordomo Luciana Savoia Altolaguirre (266)

### EL LAWFARE Y LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS

Camila V. Loggiacco (281)

### LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

Carlos Alberto Gabriel Maino

(295)

# LA GUERRA JURÍDICA ASIMÉTRICA COMO DISPOSITIVO DE PODER EN AMÉRICA LATINA

Alejandro Medici (307)

## ENSEÑAR A INVESTIGAR EN LA CARRERA DE ABOGACÍA. DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES EN EL CONTEXTO VIRTUAL

Martin Cabrera Mirassou

(322)

# CONSTRUCCION TEÓRICA Y PRACTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO: UN ETUDIO EN PROSPECTIVA ENTRE LA VALIDEZ Y LA EFICACIA JURIDICA

Alejandro Alberto Moriconi

(334)

# ESTRATEGIAS DE ADAPTACIÓN DEL PROGRAMA DE EXTENSIÓN: EL CENTRO DE ATENCIÓN JURÍDICA GRATUITA PARA LA AGRICULTURA FAMILIAR ATRAVESADO POR LA EXPERIENCIA EN LOS TIEMPOS DE PANDEMIA COVID 19

Carolina Murga Laura Camera Maria Marta Ortolani

(348)

# PRISION PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN PAMPEANA. SU COMPATIBILIDAD CON LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Andrés Aníbal Olié

(361)

# APORTES PARA PENSAR AL FENÓMENO DEL LENGUAJE JUDICIAL CLARO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SERVICIO Y ACCESO A LA JUSTICIA EN ARGENTINA

Cristian Puebla Fortunato

(376)

### ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA Y TRANSPARENCIA ACTIVA CIUDADANIA EN EL CASTILLO

Gabriela C. Tabernero

(388)

# RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LA ASIGNACIÓN UNIVERSAL POR HIJO PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL: UN ESCENARIO DE INTERPRETACIONES LESIVAS DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Esteban Torroba (402)

# ENTRE MAFIAS Y REFORMAS: EL JURY Y LAS PERSECUCIÓN MEDIÁTICA COMO MECANISMOS DE AFECTACIÓN A LA JUSTICIA LABORAL

Lucio A. Vallefín (416)

# LOS CONSULTORIOS GRATUITOS DE ORIENTACIÓN JURÍDICA EN TERRITORIO VIRTUAL

Gabriela Alejandra Gatica Mónica Vázquez Lucía Zamponi (426)

### LEY 27.555 "TELETRABAJO, LA NUEVA MODALIDAD DE TRABAJO"

Damián Maximiliano Araya

### Introducción

El 14 de agosto de 2020 se promulgó la ley 27.555 de Teletrabajo, y la sociedad laboralista se manifestó de formas muy disímiles, tanto el sector empresarial como sindical, he hicieron conocer mediáticamente posturas muy encontradas dentro de su mismo espacio, lo que tal vez nos puede llegar a hacer reflexionar que hay que seguir trabajando, porque se visualiza la necesidad de modificar absolutamente todo en materia laboral, ya sea por intermedio de una nueva legislación, o podemos opinar que introducir este tipo de parches tal vez queda escaso.

Haciendo historia cabe mencionar a Yasin (2020) quien explica muy bien en su publicación que en nuestro país el trabajo a distancia llamado "trabajo a domicilio" ya estaba regulado en la legislación argentina desde 1941 (ley 12.713), claro que las herramientas eran distintas, estaba destinado a los "talleristas" trabajadores que tenían máquinas en su casa -como por ejemplo máquinas de coser- que podían ser propias o del empleador, y que sin perjuicio de trabajar en su domicilio la ley los considera en relación de dependencia con el empleador que le proveía la materia prima y retiraba las prendas confeccionadas. Además, La ley de contrato de trabajo (LCT) de 1974 también lo aborda y denomina trabajo "a domicilio"; en el mismo sentido lo declara el Convenio 177 OIT del 4 de junio de 1996, que es receptado por Argentina en la ley 25.800 del año 2003 que establece las bases del trabajo en esa modalidad.

Cabe destacar que lo que cambió con el tiempo fue la herramienta que utiliza el trabajador, que en la actualidad es un elemento de información y tecnología, pero que, tal vez si tenían una eficaz aplicación las normas vigentes, no justificaría a priori dictar una ley al respecto que en la práctica perjudicaría una actividad que en su desarrollo no presentaba a la fecha mayores inconvenientes, por más que no tenía un respaldo normativo especifico y en muchas ocasiones llevaba a generar abusos por la parte empleadora, hecho que con la pandemia en muchos sectores se agudizo.

La visión supuestamente protectoria de la nueva ley lleva a establecer que el trabajador, cuyo contrato se inició como presencial y se pasó a teletrabajo, puede en cualquier momento de la vigencia de su contrato de trabajo exigir al empleador volver a la modalidad presencial y este debe de inmediato recibir su prestación en la sede de la

empresa bajo apercibimiento de incurrir en un incumplimiento que autoriza al trabajador a considerarse despedido y reclamar indemnización.

Hay posicionamientos que indican que, se atenta contra el poder de organización del empleador, que siempre tendrá que guardar lugar ocioso de la empresa por si algún teletrabajador exige volver a la misma presencialmente, manifestaciones que son respetadas, pero desde un punto de vista personal entiendo que apresuradas, porque hay que esperar la reglamentación que prevee la norma, y asimismo saber que el plexo normativo de la LCT, se aplicará en forma íntegra al momento de analizar por parte del jurista cualquier tipo de reclamo.

Entonces, cuando hay una parte de la doctrina que hace sus comentarios indicando que la ley -a priori- era innecesaria, es porque estas situaciones ya están resueltas por la ley de contrato de trabajo desde el año 1974 donde se recepta el principio de la "condición más beneficiosa", que dice que, si bien el empleador tiene derecho a variar condiciones laborales, si se modifica la misma (en este caso lugar de trabajo) no puede ella producir perjuicio al trabajador y alterar condiciones esenciales del contrato (artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo).

Pero es importante recordar que, objetivamente el teletrabajo mejora la condición del trabajador, por lo cual no existe inconveniente de hacerlo y si no fuera así el trabajador plantearía que le produce perjuicio y lo invocaría, por lo que ese cambio no podría hacerse, sumado a la voluntariedad que debe ser manifiesta. En otras palabras, cuesta imaginarse una situación donde a un trabajador presencial se le indique teletrabajo y ello le produzca perjuicio.

Cabe aclarar que el teletrabajo no es un nuevo contrato de trabajo (como la ley terminológicamente lleva a confundir), sino solo una modalidad en la ejecución de la prestación laboral. Otros tópicos son el derecho a la desconexión, el condicionamiento al horario en el cuidado a menores de 13 años y mayores adultos y discapacitados.

Un detalle no menor es el hecho de que quizás por la necesidad en el dictado, se olvidaron de derogar del art.175 LCT, que prohíbe a la mujer hacer una jornada mixta entre presencial y a domicilio, intención de la ley en preservar las tareas de ellas en su hogar, criterio que hoy sería controvertido y más bien de aplicación a todos los géneros.

Cabe preguntarse: ¿por qué se dictó esta ley y no empezó a regir ahora, sino a los 90 días de finalizado el aislamiento? ¿Este plazo es el de AMBA, y/o en las provincias que ya están en DISPO?

El resultado de la nueva norma nos dice que algunos empleadores entienden que se pierde la esencia de la modalidad laboral de Teletrabajo, por su parte, un sector del sindicato ve que ciertos trabajadores están aislados y eso dificulta el acceso a la sindicalización y también facilita la precarización, por ejemplo, figuras casi fraudulentas como monotributistas que facturan (evadiendo así las patronales sus cargas) y con ello además generando pérdida de afiliados y cotizantes al sistema de obra social.

Retomando la pregunta que desde el gobierno nacional no se ha respondido es: ¿si la ley entra en vigencia a los 90 (noventa) días pos ASPO, ya empezó a correr dicho plazo? Los últimos discursos del Presidente han sido más que claros al definir que ya no se está en cuarentena, sumado a que muchas provincias están en DISPO, ¿se debe inferir que culminó el aislamiento social, preventivo y obligatorio?; ¿esta es una ley nacional o para la provincia de Buenos Aires?

#### Desarrollo

### 1. El teletrabajo, Análisis y Perspectiva de la nueva Modalidad

Brons & Salas (2020) explicitan que como es de público conocimiento el Senado de la Nación sancionó la Ley 27.555 que incorpora y regula el régimen de Teletrabajo, la cual fue publicada el 14 de agosto en el Boletín Oficial.

El régimen de teletrabajo no tenía hasta la fecha una normativa legal específica, más allá de alguna resolución de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, y por tanto resultaban de aplicación las normas de la Ley de Contrato de Trabajo para cualquier trabajador.

No obstante, ello y atento a que esta Ley modifica sustancialmente algunas prácticas que resultaban de aplicación en la actualidad, emerge como imperiosa necesidad revisar su contenido y alcances, para evaluar medidas que se consideren oportunas adoptar con debida anticipación y así evitar situaciones disvaliosas.

# 1.1. La Ley 27.555 incorpora como artículo 102bis de la Ley de Contrato de Trabajo lo siguiente:

"Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distinto al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnología de la información y comunicación".

Más allá de aspectos relevantes de esta norma, se destaca que la misma aplica a los supuestos de trabajo remoto en forma total o parcial, sea que se encuentre en Argentina o en el extranjero, y las obligaciones y demás condiciones que imponen resultan para todos los empleados de la compañía sin importar su posición o antigüedad.

Esta Ley requiere de reglamentación por parte del Ministerio de Trabajo en algunos aspectos, pero igual entrará en vigencia 90 (noventa) días después que se determine el fin del aislamiento social, preventivo y obligatorio, lo que desde ya no puede ser objeto de anticipación precisa o estimada.

Esta circunstancia permite preguntarse ¿cuál es esa fecha en concreto?, caso contrario toda la Ley y su implementación es algo incierto.

### 1.2. Reseña de los Aspectos Fundamentales:

- Condiciones de Trabajo. Los trabajadores que desarrollen actividades bajo esta modalidad tienen los mismos derechos y obligaciones, tanto individuales como colectivos, que un empleado que desarrolla actividades en forma presencial, estando prohibida cualquier distinción o diferenciación por la circunstancia de ser teletrabajador.
- Jornada de Trabajo. Las partes deberán acordar por escrito la jornada de trabajo a cumplirse bajo la modalidad de teletrabajo, la cual deberá respetar los límites legales y convencionales. Del mismo modo, resultan de aplicación los recargos o reducciones por desempeño de tareas en horario nocturno, o respetarse los descansos diarios y/o semanales. [Entiendo que es redundante ya que, si es una Modalidad del Título III, la misma debe manifestarse por escrito porque es una excepción a la libertad de forma que establece el artículo 23 de la LCT y c.c.]
- Cuidado de Menores o Mayores o Discapacitados. Los empleados que tengan a su cuidado personas menores de 13 años o mayores que requieran atención y que convivan con ellas, tienen derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada de trabajo. El empleador no podrá aplicar ninguna sanción o acción por el ejercicio de este derecho, y en caso contrario se configura un acto discriminatorio.
- Desconexión. El empleado que desarrolle actividades bajo esta modalidad tiene el derecho de desconectarse al finalizar su jornada, sin que ello pueda ser entendido como un incumplimiento u objeto de sanción alguna -con excepción de supuestos de fuerza

mayor o emergencia. El empleador no podrá enviar ninguna comunicación al teletrabajador luego de finalizada la jornada de trabajo, y la plataforma o software que se utilice debe impedir la conexión fuera del horario de trabajo. [Aspecto que queda inconcluso ya que no establece ningún tipo de sanción o multa en caso de incumplimiento.]

- Voluntariedad y Reversibilidad. La incorporación al desempeño de actividades bajo esta modalidad resulta voluntaria de cada trabajador y deberá ser convenida por escrito. [Volviendo a ser redundante ya que, si es una modalidad de trabajo, la misma se debe manifestar por escrito al igual que su jornada]
- El trabajador tiene derecho en cualquier momento a solicitar volver a desarrollar actividades en forma presencial, y el empleador debe otorgarle tareas en el establecimiento donde se desempeñaba, o en el más cercano al domicilio del empleado.
   La negativa a cumplir con esta obligación dará derecho al trabajador a considerarse injuriado y despedido, o a solicitar por vía judicial el restablecimiento de las condiciones de trabajo presencial.
- Herramientas de Trabajo. Es obligación del empleador entregar al trabajador que desarrolle actividades bajo esta modalidad el equipamiento -software y hardware-herramientas de trabajo, y el soporte necesario para que el empleado desarrolle sus actividades en forma de teletrabajo, asumiendo además el costo de instalación y mantenimiento de los mismos. En el supuesto que el trabajador use elementos de su propiedad, el empleador deberá otorgar una compensación económica por tal circunstancia.
- Gastos Derivados de la Modalidad. El empleador deberá compensar los mayores gastos de conectividad y/o servicios que el teletrabajador deba asumir para desarrollar actividades bajo esta modalidad, este importe se encontrará exento del impuesto a las ganancias.
- Higiene y Seguridad. El Ministerio de Trabajo dictará normas relativas a Higiene y Seguridad en el teletrabajo, y se dispone que cualquier accidente que ocurra en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo será considerado accidente de trabajo y de aplicación las disposiciones de la Ley 24.557. La entidad sindical tiene facultad de control del cumplimiento de las disposiciones de Higiene y Seguridad de esta modalidad.

- Control e Intimidad. El empleador puede implementar sistemas de control para protección de los bienes e información de propiedad de la empresa, debiéndose salvaguardar dichos sistemas la intimidad del teletrabajador, y pudiendo la entidad sindical participar en el control de tales sistemas. Se prohíbe el uso de software de vigilancia que afecte en forma alguna la intimidad del trabajador.
- Disponibilidad Colectiva. Se conviene la posibilidad de negociar en el ámbito del Convenio Colectivo (I) regulaciones específicas de esta modalidad dependiendo la actividad; (II) condiciones de trabajo aplicables al personal que desarrolla actividades bajo la modalidad de teletrabajo y presencial; (III) pautas específicas de jornada de teletrabajo para el cuidado de menores o mayores al cuidado del teletrabajador; (IV) establecer pautas para el cambio de modalidad de teletrabajo a presencial; (V) compensación a abonar por el uso de bienes personales del empleado para el desarrollo de actividades bajo la modalidad de teletrabajo; (VI) pautas para la compensación por gastos de conectividad y/o servicios; (VII) sistemas de control de protección de datos y/o información de la empresa; (VIII) tope máximo de contratación de extranjeros no residentes para actividades bajo la modalidad de teletrabajo.
- Registro y Deber de Información. Los empleadores deberán informar al Ministerio de Trabajo si adoptan esta modalidad de trabajo, las personas afectadas al mismo, el software o plataformas que se utilizaban bajo la modalidad, y cualquier sistema de control que pudiera aplicarse, y actualizar dicha información en forma mensual.
- Inspección y Fiscalización. El Ministerio de Trabajo resulta la autoridad de aplicación de las normas de la Ley, y tiene facultad de inspección y fiscalización en el domicilio del empleado, para lo cual debe obtener el previo consentimiento del empleado.
- Trabajadores Transnacionales. En el supuesto de prestaciones fuera del territorio nacional bajo esta modalidad, la Ley determina que a dicha relación se le aplicará las normas legales del lugar de ejecución o las del domicilio del empleador, las que resulten más favorables.
- Trabajadores Extranjeros. En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación.
   Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones.

### 1.3. Concluyen:

6

Bons & Salas (2020) expresan cabalmente que independientemente de la reglamentación que pudiera dictarse, sugieren además que se debe revisar las estructuras de trabajo de cada una de las empresas, como así también las políticas o reglamentos internos que regulan la posibilidad de teletrabajo, a los fines de evaluar las adecuaciones que pudieran ser necesarias. Y del mismo modo, proponen revisar los aspectos de disponibilidad colectiva mencionados más arriba, los cuales son fundamentales a los fines de prever cualquier aspecto sobre el cual la entidad sindical pudiera solicitar al momento de celebrase la negociación colectiva. Igualmente, indican que se deberán evaluar los costos directos de instrumentación de las obligaciones mencionadas en la norma, como así también indirectos (incremento de alícuota de ART), para determinar cualquier acción a adoptar.

#### 2. Comisiones Paritarias

Sabido es, que las Comisiones Paritarias, no son asimilables a las Comisiones Negociadoras, la Ley 25.877 introdujo profundos cambios en la regulación de las comisiones paritarias que realiza la Ley 14.250; hoy los artículos 13 a 15 de la Ley 14.250 se encuentran regulados con las reformas introducidas por la Ley 25.877.

Las comisiones paritarias, son un conjunto de personas constituidas con un número igual de representantes de empleadores y de trabajadores, cuyo funcionamiento y atribuciones son establecidas en el respectivo Convenio Colectivo de Trabajo (CCT), sin perjuicio de las funciones particulares que le asigna la Ley 25.877.

La Ley actual sostiene que para su constitución las comisiones paritarias tienen que estar previstas en el CCT y ya no están presididas por un funcionario público, sino que su regulación queda librada a la autonomía colectiva. Su constitución no es obligatoria, si no está prevista por el convenio colectivo aplicable.

Sin perjuicio de ello, el Art. 15 Ley 14.250 enuncia que en el supuesto de que deba interpretarse un convenio colectivo con alcance general, y dicho convenio no prevea el funcionamiento y creación de comisiones paritarias, una de las partes está facultada a solicitar la constitución de éstas, a ese sólo efecto. En lo particular, la comisión será presidida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y deberá estar integrada por un número igual de representantes de trabajadores y empleadores.

Las Comisiones Paritarias tienen las siguientes atribuciones: Funciones Interpretativas, Conciliatorias, Normativas y Complementarias.

Dentro de las Funciones Normativas, se indica que: "procede a clasificar las nuevas tareas que se creen y reclasificar las que experimenten modificaciones por efecto de las innovaciones tecnológicas o nuevas formas de organización de la empresa. La Ley 25.877 prevé que las decisiones que adopte la Comisión en este aspecto, quedan incorporadas al convenio colectivo de trabajo, como parte integrante del mismo, sin requerir su homologación".

Dentro de las Funciones Complementarias, se debe respetar la Ley 25.674 que dispone que cada unidad de negociación colectiva debe contar con la participación proporcional de mujeres delegadas en función de la cantidad de trabajadores de dicha rama o actividad. Todo esto me hace reflexionar que, conforme lo testado en el artículo 18, Ley 27.555, si los sindicatos empiezan a convocar Comisiones Paritarias teniendo en cuenta el avance de la tecnología y sobre todo la nueva forma de organización de la empresa -porque son los DNU los que nos indican que debemos trabajar desde el hogar, realizando tareas similares o análogas dentro del marco de la Buena Fe- pueden celebrar acuerdos con los requisitos que se hacían en el PROPET por ejemplo, y una vez que entre en vigencia la Ley lo acompañarlo al Ministerio.

Por más que las comisiones paritarias no estén específicamente previstas en el convenio, el sindicato de todas maneras la puede solicitar. Otro punto a considerar es lo que indica la Ley 25.674 -algo que se debe respetar- es la cuestión de género. En definitiva, se puede ir avanzando, pero depende pura y exclusivamente de cada sindicato.

### 2.1 Primera paritaria en la que se incluye la modalidad de teletrabajo

Citando a Pablo Maradel (2020), en el presente año totalmente especial y variable, con cierres paritarios espasmódicos debido a la pandemia más cuarentena y recesión, cabe distinguir que el Sindicato de Choferes Particulares acaba de anunciar un incremento del 33% en tres tramos que alcanza no solo a los conductores, sino también a los administrativos que teletrabajan y encargados del Sector del Transporte de personas. Rige desde julio de 2020 y finalizará en junio de 2021, pero lo llamativo en este acuerdo

Rige desde julio de 2020 y finalizará en junio de 2021, pero lo llamativo en este acuerdo paritario es que en su cláusula 4° aparece la palabra "teletrabajo"; indicándose que: "Las partes acuerdan que en los casos en que la actividad se realice mediante la modalidad de teletrabajo, se respetarán, a partir de su vigencia, las normas establecidas en la Ley de Teletrabajo, en especial el pago de una compensación por los gastos de conectividad, la higiene y seguridad, el derecho de desconexión y reversibilidad, y la Representación Gremial. En cuanto a las Prestaciones Transnacionales, se establece que, en caso de

Contratación de Personas extranjeras no residentes en el país, se establece como tope máximo, el diez (10 %) por ciento de la plantilla del personal que preste Servicio para el Empleador".

Entonces, resulta por demás interesante que, aunque no se especifican montos por los gastos que implica el teletrabajo, sí en cambio se acuerda -entre las partes- que los pagará el empleador y se pone tope a la contratación de extranjeros; algo que no figura así en la Ley, pero se acordó en Paritaria y su correspondiente incorporación al Convenio Colectivo de Trabajo, no requiere homologación.

### 2.2 Que puede mejorar el teletrabajo.

Sabido es que el teletrabajo, mejora el clima laboral, contribuye a la motivación personal, a desarrollar y/o perfeccionar competencias tales como; la autogestión, responsabilidad, manejo de herramientas informáticas, orientación a resultados y planificación entre otros. Por ello, lo que deberá estar en todo convenio, es lo vinculado a la cantidad y número inicial de teletrabajadores convencionados, de ser necesario el plazo por el que desempeñaran y si su jornada será mixta.

Sumado a que, los puestos y funciones de los teletrabajadores deben ser analizados por la empresa e informados a la entidad gremial, quien deberá fiscalizar si se puede trabajar bajo esta modalidad y que el sector tenga las condiciones necesarias y la cantidad de personal que desempeñará el trabajo.

Se debe realizar un relevamiento, una vez determinados los puestos a cubrir, donde los candidatos libremente expresen su voluntad, ya sea si es la empresa quien realiza la convocatoria, debe informarla al sindicato y de ser a la inversa, esta última dar a conocer la nómina al empleador.

Unos de los requisitos que se debería poner en el llamado, es que los candidatos tengan una posición efectiva en la empresa y una antigüedad no menor a dos (2) años, por múltiples razones de conocimiento de todo el proceso productivo de cualquier sector y sus diferencias estacionales, en el desarrollo de la labor a desarrollar.

En lo relacionado a la frecuencia y disponibilidad horaria, en esta etapa de adecuación, lo aconsejable sería una jornada mixta, donde el teletrabajo no podrá ser inferior a dos días ni superar las tres jornadas semanales y el teletrabajador contará con una oficina de asiento, donde prestará servicios los días que le corresponda concurrir en forma efectiva. La disponibilidad horaria del teletrabajador deberá ser asimilada a la jornada del convenio y no se pueden permitir comunicaciones fueras de dicha jornada.

Los elementos de trabajo y seguridad, esto es, equipamiento en general desde lo informático hasta lo vinculado a higiene y seguridad, deben ser provistos por la patronal. Por lo que, repasando las atribuciones de las Comisiones Paritarias, en concreto, lo que se debe hacer es, analizar y poner en marcha todas aquellas consideraciones que resultan viables antes de que empiece a tener vigencia la Ley, en pos de ir avanzando, dado que, a estos efectos en realidad, no hace falta dicha promulgación puesto que no existen incompatibilidades y, por el contrario, el resultado es decididamente más eficaz.

### 3. El Rol de los Sindicatos

Los sindicatos poseen una mirada siempre confrontativa e incluso diferente entre ellos, lejos de ver esta nueva Ley como innecesaria, opinan que es importante por tres razones: llena un vacío legal existente, dota de certezas a las empresas que desean incorporar este tipo de tareas y consagra derechos laborales precisos.

Sostienen que, a partir de ahora, existe un piso de derechos y compensaciones definidas para los teletrabajadores que elijan esta modalidad de empleo y una obligatoriedad expresa de que empleadores y sindicatos pacten condiciones específicas para el desempeño de esta nueva modalidad -en cada actividad- mediante negociaciones entre las partes.

La importancia de la organización sindical para los teletrabajadores radica no solo en su incidencia política, sino por los cambios sociales que logre y por su fuerza organizativa; pero independientemente de ello, muchas familias no tienen el equipamiento tecnológico necesario para poder trabajar desde casa y cuando los hijos tienen que hacer sus tareas en la única computadora, es claro que se producen conflictos y estrés; ¿Qué están haciendo los Sindicatos para ayudar a sus asociados frente a esta situación?

### 4. Realidad del Teletrabajo en Argentina en y post Pandemia

El teletrabajo no es una modalidad nueva, no obstante, hasta antes de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, resultaba una forma de trabajo reservada para pocas posiciones, e incluso era resistida por muchos gerentes.

Un aspecto llamativo es que antes de la actual crisis sanitaria el Teletrabajo era muy valorado por los argentinos frente a otras posibilidades como la flexibilidad horaria o la elección de turnos de trabajo, el cuidado del medio ambiente y el traslado hacia la oficina. Específicamente el teletrabajo desafía los clásicos modelos de labor, fundamentalmente porque el empleador resigna una cuota de control y muy pocos jefes están preparados

para gestionar a través de herramientas digitales. Pero la pandemia obligó a todas las empresas a implementar o ampliar el ejercicio del teletrabajo para poder seguir operando, aunque no quisieran o no estuvieran preparadas.

En este escenario muchas Pymes encontraron una oportunidad de ser más competitivas reduciendo sus gastos en infraestructura edilicia, pero por, sobre todo, el trabajo remoto es una respuesta adecuada para complementar protocolos que permiten un regreso seguro al trabajo, manteniendo distanciamiento social y disminuyendo el riesgo de contagio.

Lamentablemente no todo son ganancias generadas, ni a través del teletrabajo, ni mucho menos a partir del Covid-19, en la actualidad la pandemia está imponiendo una enorme presión sobre el contingente de trabajadores mal remunerados que realizan pequeños encargos, a menudo vinculados a plataformas digitales -como los delivery- donde los trabajadores que carecen de acceso a los beneficios del seguro de desempleo o de licencia por enfermedad, son los más afectados.

Sin ir más lejos, la crisis del Covid-19 pone en particular a quienes dependen del trabajo por pequeños encargos como su principal fuente de ingreso en una posición extremadamente vulnerable. Caso puntual el acontecido en Santa Rosa, provincia La Pampa en julio de 2020 en el fallo del caso: G.M.N. c. Organización Courier Argentina S. A. (OCASA) sobre restablecimiento de las condiciones laborales.

Lo esencial resulta ser la necesidad de proteger a los trabajadores de los efectos adversos de la crisis -tanto empleos tradicionales como los emergentes teletrabajadores- personas cuentapropistas dependientes con ingresos inestables, trabajadores por hora sin actividad y trabajadores mal remunerados en condiciones precarias que tienen pocas chances de beneficiarse con los recientes paquetes de medidas de emergencia; pero en esto mucho tienen que ver los Sindicatos y el cónclave completo del arco político argentino, sin distinción partidaria.

Dentro de las innumerables consecuencias y repercusiones que devendrá en la era post pandemia, ¿Es esta crisis sanitaria el detonante hacia el tan esperado nuevo modelo laboral?

Se sabe que la práctica hace a la perfección y en el contexto del Teletrabajo como alternativa laboral emergente, cuánto más tiempo la pandemia fuerce la situación, mejor se desarrollarán las nuevas rutinas y por lo tanto más fácilmente se asentará el Teletrabajo una vez superada la actual crisis sanitaria. Como contraparte son varias las voces de especialistas en Recursos Humanos quienes indican que los grupos humanos de trabajo

presencial funcionan mejor que los virtuales en las tareas más creativas; me pregunto: ¿qué pasará con los millones de personas que han perdido y/o perderán su trabajo? Parafraseando a la Dra. Viviana Laura Díaz, "la proliferación de empleos temporales y menos seguros lleva a preguntarse sobre la aplicación de políticas que garanticen capacitación en competencias adecuadas a la transformación digital. Las leyes no crean empleo, pero si marcan la facilidad para generar los cambios que mejoran la

### **Conclusiones**

empleabilidad".

Esta vez no es cuestión de elección, para muchos trabajadores, el Covid 19 fue el motor impulsor del Teletrabajo no voluntario, de forma obligatoria y de cierta manera se puso en práctica un experimento de teletrabajo a escala mundial. Así entonces, el hecho de que más personas estén trabajando desde su casa en medio de la presente crisis sanitaria global, ello sin duda aportará múltiples aprendizajes que indicarán cómo llevar adelante el teletrabajo en el futuro del trabajo.

Previo a la actual crisis del Covid-19 y más a partir de ella, mucha gente trabaja desde su casa; es algo que muchos trabajadores deseaban, pero que los empleadores y sindicatos rechazaban y el quid de la cuestión resulta ser: ¿Cuán satisfechas están ahora ambas partes con la situación?

Con la aprobación de la norma se indicó que se avanzaba en una normativa que consagrara "un piso de derecho" y luego se delega las especificidades a los convenios colectivos de trabajo, quienes, mediante las convenciones, deberán regular una multiplicidad de hechos y derechos.

Teniendo en cuanta que estamos a la espera de la reglamentación por parte del Ministerio, que sin duda alguna tendrá que ir al detalle de las muchas particularidades que le fueron delegadas, tanto para la propia reglamentación, como así también en lo facultado a la convención colectiva.

Sin perjuicio de ello sabemos que, aunque variable, se puede llegar a estimar que al menos hay un 40% del trabajo en Argentina que no está registrado, sumado a la enorme cantidad de monotributistas fuera de convenios, tercerizados y además de la precarización creciente de los convenios, que son la prueba de que en muchas ocasiones se cae en la burocracia y conflictos de los sindicatos.

Continuado con la conclusión respecto de la norma, se observa que la reversibilidad no debería ser posible salvo común acuerdo de partes, cuando el contrato ha nacido bajo esa

modalidad y tampoco se podría volver a la modalidad presencial si hubiese imposibilidad fáctica sobreviniente.

En este contexto retoma validez plantearse que esta nueva Ley plantea su reglamentación y entrada en vigencia por parte del Ministerio de Trabajo en algunos aspectos, a partir de los 90 (noventa) días después que se determine el fin del aislamiento social, preventivo y obligatorio, pero la gran pregunta es: ¿cuál ciertamente es esa fecha?, se sabe que la misma es incierta; entonces la implementación de esta Ley es algo indefinido. ¿Acaso todas las Pymes y micro emprendimientos están en condiciones de modificar radicalmente sus estructuras productivas hacia el Teletrabajo?

Abordando el tópico de las nuevas configuraciones emergentes, es menester aclarar que, en el contexto argentino, la Ley de Teletrabajo no estimula la creación de empleo ni la formalidad laboral, por ende, se debe estar atento a una realidad que ya no es, máxime considerando que prácticamente todas las actividades continúan (salvo excepciones) de manera independiente a cualquier marco regulatorio. Es decir, su propia inercia del mercado las sigue impulsando y esta modalidad de contratación que se venía utilizando e incluso había sido motivo ya de regulación en convenios colectivos de trabajo y se llevó a la práctica en forma mucho más amplia con motivo del aislamiento social preventivo y obligatorio.

Es por ello y como consecuencia de todos los datos con los que cuentan las entidades sindicales y las típicas Funciones Complementarias, de la Ley 25.674 y lo que regula el artículo 18, Ley 27.555, que los sindicatos deben convocar Comisiones Paritarias, debido a que el avance de la tecnología y la nueva forma de organización de las empresas, producto de una nueva forma de desarrollar las tareas en tiempo de pandemia (que en muchos casos terminada la misma continuará, tal vez en forma mixta) debe celebrar acuerdos, en los que tan solo tomaran de guía los requisitos que fija el PROPET por ejemplo, y en consecuencia o los pueden incorporar al convenio y que tome fuerza legal, y si la comisión no está prevista, deben requerir la presencia del Estado y como ultima ratio, ese instrumento lo pueden empezar a respetar entre las parte y una vez que entre en vigencia la Ley lo acompañan al Ministerio.

En resumen, las comisiones paritarias estén específicamente previstas o no en el convenio, y la Ley 25.674, son los dos instrumentos legales para avanzar, no es necesario esperar hasta el 2021 tiendo estas herramientas legislativas para actuar, pero depende pura y exclusivamente de cada sindicato.

### Referencias bibliográficas

- Grisolia, Julio A., "Manual de Derecho Laboral", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, 14ª ed.
- Bottos Adriana. *Teletrabajo: Descripción y Análisis de du Presente y Sugerencias para una Normativa*. Biblioteca y Centro de Documentación UNTREF, Hemeoteca Digital. Rescatado de: http://www.untref.edu.ar/documentos/tesisposgrados/Bottos.pdf
- Cossetini Olga Brons & Salas Abogados. Rescatado de: <a href="http://www.brons.com.ar/nueva-ley-de-teletrabajo-n27-555/#:~:text=Como%20resulta%20de%20p%C3%BAblico%20conocimiento,p">http://www.brons.com.ar/nueva-ley-de-teletrabajo-n27-555/#:~:text=Como%20resulta%20de%20p%C3%BAblico%20conocimiento,p</a> ublicada%20en%20el%20Bolet%C3%ADn%20Oficial.
- Díaz Viviana Laura (2020). Breve Síntesis de Comentarios al Proyecto de Ley de Teletrabajo En Relación de Dependencia. Cuando la Biología Empuja y la Experiencia no Cuenta. Rescatado de: <a href="http://revista-ideides.com/comentarios-sobre-la-ley-de-teletrabajo-en-relacion-de-dependencia-cuando-la-biologia-empuja-y-la-experiencia-no-cuenta/">http://revista-ideides.com/comentarios-sobre-la-ley-de-teletrabajo-en-relacion-de-dependencia-cuando-la-biologia-empuja-y-la-experiencia-no-cuenta/</a>
- https://www.elobservatoriodeltrabajo.org/wp-content/uploads/2020/08/SINTESIS-COMENTARIOS-A-LA-LEY-DE-TELETRABAJO-BIOLOGIA-Y-EXPERIENCIA-1-2.pdf
- Maradel Pablo (2020) Primera paritaria en la que se incluye la modalidad de teletrabajo.
- Rescatado de: <a href="https://mundogremial.com/primera-paritaria-en-la-que-se-incluye-la-modalidad-de-teletrabajo/">https://mundogremial.com/primera-paritaria-en-la-que-se-incluye-la-modalidad-de-teletrabajo/</a>
- Perfil Digital. *Las ocho claves de la ley de Teletrabajo que se aprobó en el Senado*.

  Sección Política. Rescatado de: <a href="https://www.perfil.com/noticias/politica/8-claves-ley-teletrabajo-aprobacion-camara-senadores-senado.phtml">https://www.perfil.com/noticias/politica/8-claves-ley-teletrabajo-aprobacion-camara-senadores-senado.phtml</a>
- Yasin Omar Nils (2020). *Teletrabajo*, *una ley innecesaria*. Rescatado de: https://www.infobae.com/opinion/2020/08/15/teletrabajo-una-ley-innecesaria/

# EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A UN PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIONES: FISONOMÍA DE UNA INCIPIENTE JURISPRUDENCIA

Cecilia Bertolé Esteban Torroba

### I. Introducción

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011, entró en vigor el 14 de abril de 2014, tres meses después de que se hubo depositado el décimo instrumento de ratificación, de conformidad con su artículo 19.

Hasta su entrada en vigor, el Comité de los Derechos del Niño únicamente contaba con el mecanismo de informes periódicos previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 44), y al que adhirieron los dos primeros Protocolos Facultativos.

Además, partir de este evento, todos los tratados de derechos humanos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, dotados de órganos propios de supervisión, cuentan ya con un mecanismo directo de denuncia de vulneraciones de su articulado. Precisamente, la Convención de los Derechos del Niño y sus dos primeros Protocolos Facultativos eran los únicos instrumentos que no contaban con un mecanismo especializado de estas características en funcionamiento.

Este Protocolo Facultativo instaura un procedimiento de comunicaciones individuales en virtud del cual personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado, de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño o en sus dos Protocolos Facultativos sustantivos, puedan instar al Comité de los Derechos del Niño para que emita un dictamen y realice recomendaciones acerca de la violación denunciada (artículos 5 a 11).

Por otra parte, también prevé el mecanismo de comunicaciones interestatales, que posibilita la presentación de un requerimiento por un Estado que alegue el incumplimiento convencional por parte de otro Estado (artículo 12), o incluso que el

procedimiento se inicie de oficio por el propio Comité, sin que se requiera una comunicación, cuando este órgano ha tomado conocimiento de evidencias fehacientes de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de la niñez (artículos 13 y 14).

La importancia de estos mecanismos no sólo es crucial para reclamar y buscar reparación en la instancia internacional por la violación de derechos de niñas, niños y adolescentes, comprendiéndolos como verdaderos sujetos jurídicos, sino también como herramienta que contribuye significativamente a la interpretación de la Convención y sus Protocolos y al perfeccionamiento de otros mecanismos y órganos nacionales, regionales e internacionales.

Tras su entrada en vigor, el Comité empezó a recibir paulatinamente las primeras comunicaciones individuales presentadas en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, pero recién en su 77° período de sesiones, específicamente el 25 de enero de 2018, aprobó su primer Dictamen para el caso I. A. M. contra Dinamarca, en el que se determinó la existencia de violaciones convencionales en perjuicio de la niña K. Y. M.

Aunque el mecanismo se enfrenta a diversos desafíos para lograr su futura eficacia y consolidación, los pronunciamientos dan cuenta de una potente herramienta internacional de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Nos proponemos presentar los aspectos más ricos y prometedores de una incipiente jurisprudencia. El trabajo se concentra en el análisis de los estándares de fondo y reparaciones establecidos por el Comité, sin avanzar en el análisis de las cuestiones de admisibilidad, las que no dejan de resultar igualmente ricas pero desbordan los objetivos propuestos.

### II. Descripción de los Dictámenes emitidos por el Comité de los Derechos del Niño

Hasta la fecha el Comité ha emitido un total de 11 Dictámenes con conclusiones de violación de distintos derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y con recomendaciones de reparación y garantías de no repetición. Todos los casos que derivaron en un pronunciamiento de este tipo fueron presentados por una o más personas, incluidas niñas y niños, por lo que obedecen al mecanismo de comunicaciones individuales.

A continuación proponemos una descripción del contenido de esos Dictámenes, de acuerdo a un ordenamiento cronológico de emisión, el que no necesariamente coincide con la presentación de las Comunicaciones debido a las variaciones temporales en el curso de los procedimientos.

1. El caso I. A. M. contra Dinamarca (CRC/C/77/D/3/2016) fue presentado ante el Comité de los Derechos del Niño mediante la Comunicación 3/2016, a raíz de la decisión del Servicio de Inmigración y de la Junta de Apelaciones para Asuntos de Refugiados de expulsar a la peticionante a Somalia, sin especificar la región. La autora, que había entrado al país sin documentos de viaje válidos, manifestó temor de ser asesinada por su familia por haberse casado en secreto contra la voluntad familiar y expuso que su hija recién nacida corría peligro de ser sometida a mutilación genital femenina si era devuelta a Puntlandia. A pesar de los numerosos reclamos y recursos planteados, su petición fue rechazada.

El Comité emitió su Dictamen el 25 de enero de 2018 y concluyó que el Estado no tuvo en cuenta el interés superior del niño al evaluar el supuesto riesgo al que se exponía la hija de la autora de ser sometida a la mutilación genital femenina en caso de ser expulsada a Puntlandia, ni adoptó las salvaguardias debidas para garantizar el bienestar de la niña a su regreso, constituyendo una violación de los artículos 3 (interés superior del niño) y 19 (derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual) de la Convención sobre los Derechos del Niño. En base a ello, solicitó al Estado que se abstenga de expulsar a la autora y a su hija a Puntlandia, y que adopte todas las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro.

Entre los aspectos jurídicos más relevantes del pronunciamiento, se destacan: - la Observación General Nº 6 de 2005 sobre el "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen" marca que los Estados no devolverán a un niño a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de violaciones graves a sus derechos, y que esa obligación es aplicable con independencia de que los riesgos sean imputables a actores estatales o no estatales, ya sea que estén directamente premeditadas o deriven de una consecuencia indirecta de la acción o inacción (párr. 11.3); - la evaluación del riesgo de dichas violaciones graves debe efectuarse teniendo en cuenta la edad, el género y, a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por niñas y niños, con especial consideración de las normas internacionales en materia de derechos humanos y

el derecho internacional de los refugiados (párr. 11.3); - la Recomendación General Nº 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General Nº 18 del Comité de los Derechos del Niño, de 2014, adoptadas de manera conjunta, determinan que la legislación y las políticas relativas a la inmigración y el asilo deben reconocer el riesgo de verse sometido a prácticas nocivas o perseguido a consecuencia de esas prácticas como un motivo para la concesión de asilo y que debe considerarse también la posibilidad de ofrecer protección a un familiar que acompañe a la niña o la mujer (párr. 11.4); - el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en las decisiones relativas a la expulsión de un niño y esas decisiones han de asegurar —en el marco de un procedimiento con las debidas garantías— que el niño estará a salvo y en adecuadas condiciones de atención y disfrute de sus derechos (párr. 11.8); - la consideración del interés superior no puede limitarse a una referencia general sobre situaciones de riesgo, sino que debe evaluarse el contexto específico y personal al que se expulsaría a una niña, sobre todo si en el lugar de destino la mutilación genital femenina es persistentemente elevada; no puede depender de la capacidad de la madre para resistir la presión familiar y social, y corresponde que los Estados adopten medidas para proteger a la niña contra toda forma de violencia, perjuicio o maltrato, de carácter físico o psíquico, en cualquier circunstancia, aún cuando el progenitor o tutor sea incapaz de resistir la presión social; debe hacerse siguiendo el principio de precaución y, cuando existan dudas razonables de que el Estado receptor no pueda proteger al niño frente a dichas prácticas, los Estados partes deben evitar expulsar al niño (párr. 11.8).

2. El caso N. B. F. contra España (CRC/C/79/D/11/2017) tuvo origen en la Comunicación 11/2017, luego de que el peticionante ingresara, por decisión del Juzgado de Instrucción N° 3 de Motril, a un centro de internamiento de extranjeros en Barcelona por un período máximo de 60 días, pendiente de la ejecución del acuerdo de devolución. El 26 de enero de 2017, la Policía Nacional española había interceptado la patera en la que viajaba, cuando pretendía acceder ilegalmente a España.

En el momento de su detención, el autor, que se encontraba indocumentado, manifestó haber nacido el 26 de marzo de 2000 y, en consecuencia, ser menor de edad. Luego, ratificó sus dichos en el centro de internamiento. El 27 de enero de 2017, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Granada ordenó la práctica de pruebas osteométricas para determinar su edad, las que fueron practicadas ese mismo

día en el Hospital Virgen de las Nieves de Granada y consistieron en una radiografía de la mano izquierda. La conclusión médica fue que la edad ósea del autor era "superior a 19 años".

A causa de que los decretos de determinación de la edad emitidos por la Fiscalía no son impugnables en sede judicial, según lo confirmado por el Tribunal Constitucional español mediante resolución 172/2013, el autor planteó su petición directamente en la instancia internacional alegando el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna.

El Comité de los Derechos del Niño emitió su Dictamen el 27 de septiembre de 2018 y concluyó que el Estado español violó los artículos 3 (interés superior del niño) y 12 (derecho a ser escuchado) de la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo, determinó que existía responsabilidad estatal por el incumplimiento de la medida provisional que buscaba detener el traslado del autor a un centro de protección de menores mientras su caso se encontraba pendiente de examen, violando el artículo 6 del Protocolo Facultativo sobre comunicaciones individuales. El organismo requirió al Estado el cumplimiento de su obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, asegurando que todo proceso de determinación de la edad de posibles niños no acompañados sea acorde a la Convención y, en particular, que durante los procedimientos se designe rápidamente a las personas sometidas a los mismos una representación calificada y gratuita.

Para dar sustento a su decisión, el Comité se valió de los siguientes argumentos centrales: - la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional y convencional como niño o será excluido de dicha protección (párr. 12.3); - es imperativa la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como de la oportunidad de cuestionar el resultado mediante procesos de apelación, y mientras dichos procesos siguen abiertos, debe darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como una niña o niño (párr. 12.3); - ante la ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados para efectuar una estimación bien fundada de la edad, de conformidad con la Observación General conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y N° 23 del Comité de los Derechos del Niño "Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y

retorno", de 2017, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo, absteniéndose de utilizar métodos médicos basados en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, con amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios (párr. 12.4); - esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y en un idioma que puedan entender (párr. 12.4); - los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en cuenta las declaraciones de los niños y conceder el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando (párrs. 12.4 y 12.7); - en consonancia con la Observación General N° 6 de 2005 sobre el "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", la evaluación de edad debe realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, y jamás basarse exclusivamente en apariencias físicas que omitan considerar su madurez psicológica (párr. 12.7); - los Estados parte deben designar a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito (párr. 12.8); - la falta de facilitación oportuna de la representación legal para estas personas durante el proceso de determinación de su edad constituye una violación a los artículos 3 (interés superior del niño) y 12 (derecho a ser escuchado) de la Convención, porque el procedimiento de determinación de la edad es el punto de entrada para la aplicación de la normativa convencional (párr. 12.8).

A las conclusiones mayoritarias del Comité se sumó el voto particular concurrente de los miembros Benyam Dawit Mezmur, Olga A. Khazova, Ann Marie Skelton y Velina Todorova, mediante el que se profundizó la interpretación por la que debe concederse el beneficio de la duda a una persona que sostiene ser menor de edad cuando el Estado no cuenta un procedimiento adecuado y con garantías para la determinación de la edad (párr. 13).

3. El caso Y. B. y N. S. contra Bélgica (CRC/C/79/D/12/2017) tuvo su génesis en la Comunicación 12/2017, luego de que los autores vieran desestimados entre 2012 y 2016 numerosos intentos de acceder a los visados de corta y larga duración para la niña

C. E., de nacionalidad marroquí, nacida el 21 de abril de 2011 en Marrakech, sobre quien ejercían el régimen de kafala, que es una institución de derecho islámico de acogimiento legal de una niña o niño por una persona distinta de sus padres biológicos. El trámite encontró la oposición de la Oficina de Extranjería y, aunque mandó ser revisado por el Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería, la familia jamás logró obtener el visado para reunirse con la niña, con fundamento en que la kafala no genera derecho a residir en Bélgica porque es una institución que no crea lazos familiares con la pupila.

El Dictamen emitido por el Comité de los Derechos del Niño el 27 de septiembre de 2018 resolvió la existencia de violaciones por parte del Estado belga a los artículos 3 (interés superior del niño), 10 (derecho a la vida privada y familiar) y 12 (derecho a ser escuchado) de la Convención. Además, señaló al Estado la obligación de examinar nuevamente la solicitud de visado para C. E. de manera urgente y positiva, garantizando que el interés superior de la niña y su derecho a ser escuchada, lo que incluye tener en cuenta los lazos familiares forjados de facto entre C. E. y los autores. También le indicó la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro.

Las apreciaciones jurídicas más importantes del pronunciamiento son: - de conformidad con lo reconocido en la Observación General Nº 14 de 2013, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las decisiones que le afecten, y debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales (párr. 8.3); - para fundar su decisión el Estado utilizó argumentos de carácter general y que reflejan una falta de examen de la situación concreta de C. E. (párr. 8.5); - en función de lo establecido por la Observación General N° 12 de 2009 del Comité, "Relativa al derecho del niño a ser escuchado": el artículo 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan; el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto; si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece

de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior; el hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior (párr. 8.7); - no se comparte la opinión del Estado de que no es necesario tomar en consideración las opiniones de la niña en el marco de un procedimiento relativo a su permiso de residencia sino todo lo contrario, dado que el procedimiento es de suma importancia para su vida y su futuro, ya que afecta directamente a su posibilidad de vivir con los autores como una familia (párr. 8.8); - el artículo 10 de la Convención no obliga a los Estados a reconocer de manera general el derecho a la reunificación familiar de los niños acogidos en régimen de kafala, sin embargo, al evaluar y determinar el interés superior del niño a los efectos de aceptar o rechazar la solicitud de residencia de una niña o niño, está obligado a tener en cuenta los lazos de facto que se han desarrollado sobre la base de la kafala (párr. 8.11); - a la hora de valorar la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones como elemento que debe tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño, en función de lo establecido en la Observación General Nº 14 de 2013 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", el término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (párr. 8.11); - la falta de consideración de los lazos familiares establecidos de facto y el tiempo excesivo transcurrido sin dar respuestas a la solicitud de visado, lo que equivale a una solicitud de reunificación familiar, de manera positiva, humanitaria y expeditiva, constituye una vulneración del artículo 10 de la Convención (párr. 8.12).

4. El caso **D. D. contra España** (CRC/C/80/D/4/2016) fue introducido en el Comité de los Derechos del Niño mediante la Comunicación 4/2016, como consecuencia de la devolución del autor, un niño no acompañado y privado de su medio familiar, por la Guardia Civil española a Marruecos el 2 de diciembre de 2014. El peticionante había llegado a España luego de abandonar su pueblo en Malí a causa del conflicto armado y residido en Marruecos durante casi un año, donde sufrió numerosas privaciones y violencia por parte de las fuerzas de seguridad marroquíes.

El Comité emitió su Dictamen el 1 de febrero de 2019 y determinó que el Estado, al no haber sometido al autor, en su condición de niño no acompañado, a un proceso de identificación y evaluación de su situación previo a su deportación, y no haberle dado oportunidad de presentar objeciones a su eventual deportación, violó sus derechos contemplados en los artículos 3 (interés superior del niño) y 20 (derecho a la protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, resolvió que la forma en que se llevó a cabo la deportación del niño, en un contexto de migración internacional, habiendo sido detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades, constituyeron tratos prohibidos por el artículo 37 (derecho a no sufrir actos de violencia y tratos crueles, inhumanos o degradantes) de la Convención. 15. En función de ello, requirió al Estado que proporcione al autor una reparación adecuada, incluida una indemnización financiera y rehabilitación por el daño sufrido. Asimismo, le recuerda la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, en particular mediante la revisión de la legislación que permite la práctica indiscriminada del Estado parte de deportaciones automáticas en su frontera.

Entre las consideraciones más relevantes de la decisión, se incluyen: - las obligaciones del Estado de proveer protección y asistencia especiales a niños no acompañados, de acuerdo con el artículo 20 de la Convención, se aplican incluso con respecto a los menores de edad que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional (párr. 14.3); - es imperativo y necesario que, para cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 20 de la Convención y para respetar el interés superior del niño, el Estado conduzca un proceso de evaluación inicial, previo a cualquier traslado o devolución, que comprenda las siguientes etapas: a) la determinación, con carácter prioritario, de la condición de niño no acompañado de la persona en cuestión y, en caso de incertidumbre, se otorgue al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal; b) la identificación del niño tras una entrevista inicial, y c) el entendimiento de la situación concreta del niño y la evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad si los hubiere (párr. 14.3); - en cumplimiento de las obligaciones resultantes del artículo 37 de la Convención, para velar por que ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Estado no debe trasladarlo a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable

para el menor (párr. 14.4); - de acuerdo con el artículo 37 de la Convención y a la luz del principio de no devolución, el Estado tiene la obligación de realizar una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo de daño irreparable para el niño y de violaciones graves de sus derechos en el país al que será trasladado o devuelto, tomando en consideración el interés superior del niño, lo que necesariamente implica escuchar sus circunstancias personales (párr. 14.4); los artículos 3 y 37 también imponen la obligación estatal de dar al niño la oportunidad de presentar objeciones ante una eventual deportación, así como prestarle asistencia legal y de un intérprete para la defensa de sus derechos (párrs. 14.7 y 14.8).

5. El caso A. L. contra España (CRC/C/81/D/16/2017) fue presentado ante el Comité de los Derechos del Niño mediante la Comunicación 16/2017. Las circunstancias fácticas son análogas a las del caso N. B. F. contra España, pues la petición se realizó luego de que el autor fuera interceptado por la Policía Nacional española y la Cruz Roja cuando pretendía acceder ilegalmente a Almería, determinada su edad mayor a 19 años a partir de una prueba radiográfica ordenada por la Fiscalía Provincial de Almería, posteriormente ingresado en el Centro de Internamiento de Extranjeros para adultos de Aluche, Madrid, por decisión del Juzgado de Instrucción N° 5 de Almería y con orden de expulsión a Argelia.

El niño fue representado legalmente por una trabajadora de la ONG Fundación Raíces, quien pudo conseguir una partida de nacimiento de su familia en Argelia en la que se confirmaba su nacimiento el 29 de febrero del 2000. A pesar de que se introdujo un reclamo ante el Juzgado de Instrucción N° 5 de Almería para que se revisara el decreto de determinación de la edad, no existió respuesta. El niño también denunció violencia por parte del personal del centro de internamiento de extranjeros.

El Dictamen de 31 de mayo de 2019 resolvió que el Estado español es responsable por la violación de los artículos 3 (interés superior del niño), 8 (derecho a la identidad) y 12 (derecho a ser escuchado) de la Convención. Asimismo, determinó que existía responsabilidad estatal por el incumplimiento de la medida provisional que buscaba detener el traslado del autor a un centro de protección de menores mientras su caso se encontraba pendiente de examen, violando el artículo 6 del Protocolo Facultativo sobre comunicaciones individuales. Finalmente, le indicó al Estado sus obligaciones de proporcionar al autor una reparación adecuada y de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, asegurando que todo proceso de

determinación de la edad de posibles niños y niñas no acompañados sea acorde a la Convención y, en particular, que durante dichos procedimientos se les designe rápidamente una representación calificada y gratuita.

En su fundamentación jurídica, el Comité reiteró los lineamientos definidos en el caso N. B. F. contra España en relación a las garantías que deben seguirse para que los procedimientos de determinación de edad sean compatibles con la Convención. De manera complementaria, realizó consideraciones acerca del derecho a la identidad: - la edad y fecha de nacimiento de un niño forman parte de su identidad y que los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos (párr. 12.10); - ante la presentación de documentos de identidad, el Estado únicamente puede restarles valor probatorio con un examen previo formal de los datos incluidos en el acta, realizado por autoridad competente y cotejando los datos del acta con las autoridades del país de origen del autor (párr. 12.10).

**6.** El caso **J. A. B. contra España** (CRC/C/81/D/22/2017) fue iniciado ante el Comité de los Derechos del Niño mediante la Comunicación 22/2017. El autor, de origen camerunés, pasó por Nigeria, Benin, Níger, Argelia y Marruecos, antes de llegar a Ceuta, que es un enclave español en el continente africano, donde fue recibido por la Cruz Roja en 2016.

El autor fue llevado a comisaría, donde, en ausencia de traductor, no entendió lo que se decía; posteriormente, fue llevado al Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de Ceuta, donde contó con abogado y traductor. El autor permaneció en este centro para adultos cinco meses. Luego fue trasladado a un centro para adultos de la Asociación Dianova, en la Comunidad de Madrid. Dadas las condiciones en las que se encontraban allí los inmigrantes, refugiados y toxicómanos, el autor abandonó el centro. Estuvo durmiendo en parques y albergues durante tres meses.

Al poco tiempo recibió de su familia el acta original de nacimiento camerunés, donde consta que su fecha de nacimiento es el 1 de diciembre de 2000. Con el acta de nacimiento original, acudió a la Embajada del Camerún en Madrid para solicitar la expedición de un pasaporte. Además, obtuvo su tarjeta de identidad consular y su certificado de inscripción consular.

El autor entró en contacto con la organización no gubernamental Fundación Raíces, donde se le indicó la importancia de comunicar su minoría de edad a efectos de ser debidamente protegido por el Estado, y la designó como su representante ante las

autoridades españolas, manifestando asimismo que se negaría a someterse a pruebas médicas de determinación de edad al contar con documentación oficial y original acreditativa de su edad. Solicitó, asimismo, que se reconociera su minoría de edad; ser trasladado al centro de acogida de menores; que se declarara su situación de desamparo; y que la entidad de protección de menores asumiera su tutela.

A la vista de la situación de desamparo del autor, de su documentación de identidad oficial y del escrito mencionado previamente, fue trasladado al Centro de Primera Acogida de Menores de Hortaleza en Madrid. Más tarde, el autor debió ser atendido en Hospital Universitario La Paz, donde se le diagnosticó con tuberculosis, esquistosomiasis, estrongiloidiasis y malaria.

En su Dictamen de 31 de mayo de 2019, el Comité concluyó que España violó los artículos 3 (interés superior del niño), 8 (derecho a la identidad), 12 (derecho a ser escuchado), 20.1 (derecho a la protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado), 22 (derecho a obtener el estatuto de refugiado) y 24 (derecho a la salud) de la Convención. También consideró violado el artículo 6 del Protocolo Facultativo por haberse desatendido la medida precautoria que buscaba evitar el traslado del niño a un albergue o centro con otras personas adultas.

Como medida de reparación impuso al Estado las obligaciones de proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluida la oportunidad de que regularice su situación administrativa. Además, para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, indicó que el Estado debe asegurar que todo proceso de determinación de la edad de posibles niños no acompañados sea acorde a la Convención y, en particular, que durante dichos procedimientos se tome en consideración la documentación aportada por las personas sometidas a los mismos y que se les designe rápidamente una representación calificada y gratuita o se les tengan por designados los letrados libremente elegidos por ellas.

Muchos de los fundamentos expuestos reiteran la posición fijada por el Comité en los precedentes análogos, sobre todo en relación a los procedimientos de determinación de edad, las garantías convencionales que deben rodearlos y el respeto que debe tenerse por los documentos identificatorios aportados, pero algunos constituyen un complemento relevante para la consolidación de los estándares protectorios en la materia. Con respecto a la documentación de identidad recordó la Observación General N° 4 de 2017 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 de 2017 del Comité de los

Derechos del Niño, "Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno", en el sentido de que los documentos de identidad deben de considerarse auténticos salvo que se pruebe lo contrario y que no se debe declarar la mayoría de edad exclusivamente con base en la negativa de la persona de someterse a pruebas médicas (párr. 13.4).

Por otra parte, vinculó de manera conjunta el derecho a la protección y asistencia especiales con su derecho a la salud, pues le señaló al Estado la ausencia de protección hacia el autor frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser un niño, migrante, no acompañado y enfermo, así como la contradicción al reconocer al autor mayor de edad, pero al mismo tiempo exigirle un tutor para dispensarle tratamientos y vacunas (párr. 13.11).

7. El caso M. T. contra España (CRC/C/82/D/17/2017), receptado por el Comité de los Derechos del Niño mediante la Comunicación 17/2017, es otro de los tantos que ha enfrentado el Estado español por situaciones de niñas y niños migrantes no acompañados por sus familias. En esta oportunidad, el autor llegó en patera a Almería desde Marruecos, y venía huyendo de Côte d'Ivoire tras la detención de su padre por parte del Ejército Nacional y su posterior asesinato al haber sido acusado de colaborar con unas milicias del norte del país contrarias al gobierno.

El autor manifestó desde el inicio y en numerosas oportunidades ser menor de edad. También realizó numerosas gestiones y trámites para poder acceder a la figura de asilo. Primero fue trasladado al Centro de Internamiento de Extranjeros de adultos de Aluche, Madrid, y luego a un hostal dentro del Programa de Asistencia Humanitaria a Inmigrantes de la Cruz Roja, carente de las condiciones higiénicas adecuadas y de la atención que precisaba el autor, exponiéndole a numerosos riesgos al ser un lugar altamente conflictivo.

A pesar de que el peticionante fue asistido por la Fundación Raíces y presentó ante las instituciones correspondientes la documentación que poseía (acta de nacimiento, certificado de nacionalidad, certificado de identidad y, posteriormente, pasaporte), fue declarado mayor de edad por parte de la Fiscalía interviniente y no logró obtener ninguna resolución escrita de la Oficina de Atención al Refugiado que le permitiera avanzar en una solicitud de protección internacional.

El Dictamen del Comité emitido el 18 de septiembre de 2019 concluyó que España violó los artículos 3 (interés superior del niño), 8 (derecho a la identidad), 12 (derecho a ser escuchado), 20.1 (derecho a la protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado), y 22 (derecho a obtener el estatuto de refugiado) de la Convención. También consideró violado el artículo 6 del Protocolo Facultativo por haberse desatendido la medida precautoria que buscaba evitar el traslado del niño a un albergue o centro con otras personas adultas.

Como medida de reparación impuso al Estado las obligaciones de proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluida la oportunidad de que regularice su situación administrativa. Además, profundizando lo establecido en otros precedentes, realizó recomendaciones concretas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, incluyendo obligaciones de garantía y de capacitación de funcionarios de inmigración, policías, fiscales, jueces y otros profesionales competentes sobre los derechos de niñas y niños migrantes o solicitantes de asilo.

El Comité sigue la misma línea argumentativa desarrollada en casos anteriores de base fáctica similar. A los estándares ya consignados con respecto al derecho a la identidad y los procesos de determinación de edad, señaló la obligación que tienen los Estados de realizar los esfuerzos necesarios para obtener los elementos probatorios relevantes en función de una posible mejor posición para obtenerlos (párr. 13.4).

Por otra parte, con respecto a las restricciones que encontró el autor para acceder al asilo en función de su condición de niño privado de su medio familiar, el Comité sostuvo que la Observación General Nº 6 de 2005 sobre el "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen" establece que tan pronto como se determine la condición de niño no acompañado o separado de su familia, se debe nombrarle un tutor o asesor hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales. Además, cuando un niño es parte en procedimientos de asilo u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le debe asignar un representante legal. La privación de la especial protección que deben tener los niños no acompañados solicitantes de asilo, como consecuencia del desconocimiento de la documentación que acredita esa condición, y su exposición a un riesgo de daño irreparable en caso de devolución a su país de origen constituye una violación de los artículos 20.1 y 22 de la Convención. (párr. 13.8).

8. En la misma fecha, 18 de septiembre de 2019, el Comité adoptó el Dictamen del caso R.K. contra España (CRC/C/82/D/27/2017), iniciado a partir de la Comunicación 27/2017.

El autor había llegado en patera a Almería desde Nador, Marruecos, siendo rescatada su embarcación por la Cruz Roja antes de llegar a costas españolas. Huyó de Guinea donde vivía con su familia. Sus padres eran cristianos y vivían en el barrio Astadi, de mayoría musulmana. Fueron asesinados cuando el autor tenía 14 o 15 años en el contexto de los enfrentamientos existentes entre cristianos y musulmanes. El autor logró escapar de su casa pero le atraparon, le ataron y le hicieron heridas en los brazos y en el pecho con una cuchilla de afeitar. Logró escapar de nuevo y se refugió en un barrio de cristianos, donde le curaron las heridas. Al regresar, su casa estaba destruida y quemada. El autor decidió salir solo desde Conakry, atravesando Malí, Argelia y Marruecos, viaje que duró un año. En la frontera entre Malí y Argelia, los tuaregs le detuvieron y le mantuvieron atado durante tres días. Finalmente llegó a Nador, donde permaneció seis meses.

Tras su llegada a España, el autor fue trasladado a la comisaría de policía de Almería, donde le llevaron directamente a un calabozo, en el que permaneció tres días junto con adultos. Durante ese tiempo le llevaban comida pero no pudo ducharse. Al tercer día, le llamaron para tomarle las huellas. A pesar de que el autor comunicó en todo momento que tenía 17 años, le pusieron como fecha de nacimiento el 1 de enero de 1996, atribuyéndole 21 años de edad.

El Juzgado de Instrucción de Almería N° 1 ordenó su expulsión del país y su internamiento en el Centro de Internamiento de Extranjeros adultos de Aluche, Madrid. A pesar de que manifestó en reiteradas oportunidades ser menor de edad, no contó con la asistencia de un traductor ni un abogado.

La organización SOS Racismo, que atiende a las personas internas en el Centro, envió escritos al Defensor del Pueblo y al Juez de vigilancia del Centro poniendo en conocimiento la existencia de cinco menores de edad, entre ellos el autor, y el riesgo que corrían de ser deportados. El autor explicó que, de manera informal, tuvo conocimiento de que había un vuelo de deportación previsto hacia Guinea y, sin embargo, como la notificación de devolución solo se realiza con 12 horas de antelación todavía no había sido formalmente notificado.

Por otra parte, no le permitieron formalizar su solicitud de protección internacional como menor de edad, ya que no contaba con un tutor.

A pesar de haber obtenido documentación identificatoria que acreditaba su condición de niño migrante no acompañado, se le ordenó la realización de pruebas óseas de edad y se lo trasladó trasladado a un alojamiento para adultos, sin que se le nombrara un tutor y sin recibir el tratamiento ni la protección debida.

Al igual que en el caso M. T. contra España, el Comité concluyó que España violó los artículos 3 (interés superior del niño), 8 (derecho a la identidad), 12 (derecho a ser escuchado), 20.1 (derecho a la protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado), y 22 (derecho a obtener el estatuto de refugiado) de la Convención. También consideró violado el artículo 6 del Protocolo Facultativo por haberse desatendido la medida precautoria.

En la misma sintonía que el precedente referido, como medida de reparación impuso al Estado las obligaciones de proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluida la oportunidad de que regularice su situación administrativa. Además, realizó recomendaciones concretas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro.

**9.** El caso **A. D. contra España** (CRC/C/83/D/21/2017), iniciado con la Comunicación 21 de 2017, constituye otro de los antecedentes vinculados al fenómeno migratorio en Europa. En el caso, el autor era oriundo de Malí y fue detenido por la policía nacional española cuando pretendía entrar en el Estado a bordo de una patera, de forma ilegal.

A pesar de que el autor manifestó ser menor, la Fiscalía de Protección de Menores de Almería ordenó la realización de pruebas médicas, conocidas como Greulich y Pyle, para determinar su edad. Según el informe médico fechado el 10 de marzo de 2017, el autor poseía una edad ósea de entre 18 y 19 años. A partir de ello, el Juzgado de Instrucción N° 6 de Almería ordenó la devolución del autor a su país de origen y dispuso su ingreso en el Centro de Internamiento de Extranjeros para adultos de Madrid por un período máximo de 60 días para que se procediera a ejecutar la orden de devolución.

Luego de haber obtenido su certificado de nacimiento, el autor notificó a cinco autoridades estatales diferentes que, aun siendo menor de edad, había sido internado en un centro para extranjeros mayores de edad. También se presentó en la embajada de su

país para tramitar el pasaporte. Por esta razón, el Juzgado de Instrucción ordenó su traslado al Centro de Primera Acogida de Hortaleza de menores en Madrid.

La Fiscalía de Protección de Menores citó al autor para que se realice, el 9 de mayo de 2017, pruebas médicas para determinar su edad. El autor acudió a la cita con asistencia letrada de la Fundación Raíces, rehusándose a realizar dichas pruebas. Ello así, pues contaba con documentos oficiales de su país que acreditaban su edad y cuya validez podría comprobarse en la embajada correspondiente. El mismo día, la Fiscalía emitió un decreto por el cual afirmaba que el autor era mayor de edad, por haberse este negado a realizar las pruebas de determinación de la edad y por no considerar veraces los documentos de los cuales el autor disponía.

La Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid expulsó al autor del sistema de protección en virtud del decreto de la Fiscalía, dejándolo en situación de desamparo. Ante esta decisión, la Fundación Raíces presentó sin resultados dos escritos ante el Juzgado de Instrucción, notificándolo de la situación del autor y solicitando su mantenimiento en el sistema de protección de menores. Mientras tanto, el autor se encontraba en situación de calle, sin atención por parte del sistema de protección y sin posibilidad de recurrir el decreto de la Fiscalía de Protección de Menores que determinó su mayoría de edad.

Al igual que en los casos J. A. B. contra España, R.K. contra España y A. D. contra España, y con una fundamentación muy parecida, el Dictamen del Comité 4 de febrero de 2020 concluyó que España violó los artículos 3 (interés superior del niño), 8 (derecho a la identidad), 12 (derecho a ser escuchado), 20.1 (derecho a la protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado), de la Convención. También consideró violado el artículo 6 del Protocolo Facultativo por haberse desatendido la medida precautoria que buscaba evitar el traslado del niño a un albergue o centro con otras personas adultas. Por otra parte, repitió las reparaciones y garantías de no repetición que venían imponiéndose.

10. El caso M. A. B. contra España (CRC/C/83/D/24/2017) se desarrolló luego de presentarse la Comunicación 24/2017. El autor, ciudadano de Guinea, realizó la presentación internacional luego de que la Policía Nacional española interceptara en Motril, Granada, la patera en la que viajaba cuando pretendía acceder ilegalmente a España, y se resolviera su devolución a su país de origen.

A pesar de que el autor manifestó en todo momento ser menor de edad, el Juzgado de Instrucción N° 2 de Motril ordenó su ingreso en el centro de internamiento de extranjeros de Barcelona por un período máximo de 60 días, pendiente de la ejecución del acuerdo de devolución.

Si bien se ordenó que se realizaran pruebas médicas de determinación de la edad, consistentes en una radiografía de la mano y una ortopantomografia, el autor envió una copia de su certificado de nacimiento al Juzgado de Instrucción para probar su minoría de edad. Al momento de presentar su queja al Comité, el autor todavía no había recibido información alguna ni sobre las pruebas médicas ni sobre ninguna resolución adoptada por el Estado parte con respecto a la determinación de su edad.

El Dictamen del Comité de 07 de febrero de 2020 concluyó que España violó los artículos 3 (interés superior del niño), 8 (derecho a la identidad), 12 (derecho a ser escuchado) de la Convención. Los fundamentos jurídicos y las medidas de reparación no variaron con respecto a los precedentes mencionados.

11. El caso N. R. contra Paraguay (CRC/C/83/D/30/2017) tuvo origen en la Comunicación 30/2017, impulsada por un progenitor argentino a raíz de los obstáculos e impedimentos que encontró para tener comunicación y contacto con su hija menor de edad residente en Paraguay.

Durante un tiempo indeterminado, el autor mantuvo una relación con L.R.R., de nacionalidad paraguaya, fruto de la cual nació su hija C.R. en La Plata, Argentina. En junio de 2009, 11 días después del nacimiento de su hija, L.R.R. partió con ella a su ciudad natal, Asunción, Paraguay, donde fijaron su residencia. El autor viajó ocasionalmente al Paraguay mientras que la niña era pequeña para visitarla, pero con el transcurrir del tiempo se vio impedido de mantener con ella comunicación y contacto regulares.

Si bien el autor promovió un juicio de régimen de relacionamiento en el año 2015 en Paraguay y el Juzgado dictó sentencia definitiva estableciendo las pautas para la comunicación y las visitas con su hija, debió denunciar su incumplimiento en reiteradas oportunidades y planteó varias veces recursos judiciales por retardo de justicia. El Estado, sin embargo, no adoptó ninguna medida para el cumplimiento de la sentencia y no atendió sus solicitudes para garantizar su participación.

En su Dictamen de 03 de febrero de 2020 el Comité opinó que el Estado paraguayo violó los artículos 3 (interés superior del niño), 9.3 (derecho a mantener

relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular), y 10.1 (derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores que viven en distintos Estados de modo regular) de la Convención.

Por consiguiente, consideró que el Estado debía proporcionar a la hija del autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, en particular mediante la adopción de medidas eficaces para garantizar la ejecución de la sentencia de relacionamiento, incluido mediante el asesoramiento y otros servicios de apoyo apropiados y proactivos para tratar de reconstruir la relación entre la niña y su padre teniendo debidamente en cuenta una evaluación del interés superior en el momento actual.

También señaló la obligación de prevenir que se cometan violaciones similares en el futuro. Al respecto, el Comité recomendó al Estado: a) adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución inmediata y efectiva de las decisiones judiciales de manera amigable para los niños, con el fin de restablecer y mantener el contacto entre el niño o niña y sus padres; b) capacitar a los jueces, los miembros de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia y otros profesionales competentes sobre el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular y, en particular, sobre la Observación General N° 14 del Comité.

Entre los fundamentos más relevantes el Comité señaló: - de conformidad con los artículos 9.3 y 10.1 de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes. Por consiguiente, las autoridades del Estado deben adoptar medidas eficaces para garantizar la preservación de las relaciones personales y el contacto entre el autor y su hija (párr. 8.4); - la falta de medidas efectivas adoptadas por el Estado para garantizar el derecho de la hija del autor a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores de manera regular, priva a la niña o niño del disfrute de sus derechos en virtud de la Convención (párr. 8.8); - los procedimientos judiciales que determinan los derechos de visita entre una niña o niño y una madre o padre del que está separado requieren una tramitación expedita, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en las relaciones entre ellos. Ello incluye la rápida ejecución de las decisiones resultantes de esos procedimientos (párr. 8.7).

#### III. Análisis de estándares y lineamientos jurisprudenciales

La lectura de los Dictámenes permite evaluar en forma dinámica el modo en que se fueron gestando algunos estándares y lineamientos a partir del contenido normativo de la Convención sobre los Derechos del Niño pero también en base a los criterios propios del Comité.

Lo primero que cabe advertir es que de los 11 casos arribados a la instancia final del mecanismo de comunicaciones individuales, 8 involucran a España y los 3 restantes a Dinamarca, Bélgica y Paraguay.

Por otra parte, salvo el caso presentado contra Paraguay, todos los demás se vinculan con el profundo y complejo proceso migratorio que viene dándose hace algunas décadas desde el continente africano al europeo, sobre todo con personas que huyen de condiciones indignas de vida, persecuciones étnicas o religiosas, conflictos armados y otras violaciones graves de los derechos humanos.

En particular, los casos que involucran a España responden a presentaciones realizadas por niñas y niños migrantes no acompañados por sus familias que han cruzado el Mar Mediterráneo luego de enormes y riesgosas peripecias. Al arribar al país europeo se encuentran sometidos a una situación de vulnerabilidad extrema y enfrentan procesos sumarios de expulsión que no cuentan con las garantías que deberían respetarse por su condición especial. A pesar de los compromisos internacionales asumidos por el Estado español en materia de niñez, se advierte una política pública diseñada en base instancias administrativas y judiciales orquestadas para lograr la exclusión de la protección convencional. El sometimiento de los jóvenes a estudios médicos de determinación de edad poco fiables y con elevados márgenes de error, así como el desconocimiento de la documentación oficial de sus respectivos países que acredita su minoría de edad, sirven como base para desconocer la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, imponerles un traslado coactivo a centros de internamiento de extranjeros adultos y resolver su expulsión en plazos brevísimos.

Los casos seguidos contra Dinamarca y Bélgica presentan otras particularidades pues, si bien derivan del fenómeno migratorio descripto, involucran la figura de una o más personas adultas, progenitores o representantes legales, que debieron recurrir a diferentes formas de protección institucional. En ambos el Comité intimó a los Estados a analizar soluciones de visado o asilo, en el caso de Dinamarca evitando una expulsión

con fundamento en el riesgo de sometimiento a mutilación genital femenina y en el de Bélgica garantizando el derecho de reunificación familiar en base al reconocimiento de los lazos afectivos generados a partir de la institución islámica de la kafala.

En el caso seguido contra Paraguay, en cambio, se debatía el derecho de una niña a mantener relaciones personales y contacto directo con su progenitor residente en Argentina.

Cambiando el enfoque hacia los derechos que se declararon violados, en los casos impulsados contra España, de acuerdo a algunas circunstancias fácticas concretas y diferenciales, se incluyeron los artículos 3 (interés superior del niño), 8 (derecho a la identidad), 12 (derecho a ser escuchado), 20.1 (derecho a la protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado), 22 (derecho a obtener el estatuto de refugiado) y 24 (derecho a la salud) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El caso contra Dinamarca comprendió el artículo 3 (interés superior del niño) y, como consecuencia del riesgo de exposición a mutilación genital femenina, el 19 (derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual) de la Convención. En el caso que involucró a Bélgica se declararon violados el artículo 3 (interés superior del niño) y, como consecuencia del desconocimiento de los lazos y vínculos concretos generados por el régimen de la kafala como base para lograr la reunificación familiar y la falta de escucha activa de la niña involucrada, se incluyeron los artículos 10 (derecho a la vida privada y familiar) y 12 (derecho a ser escuchado) de la Convención.

Por último, en el caso seguido contra Paraguay el Comité concluyó que existieron violaciones a los artículos 3 (interés superior del niño), 9.3 (derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular), y 10.1 (derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores que viven en distintos Estados de modo regular) de la Convención.

Los estándares y lineamientos en los casos de niñas o niños migrantes no acompañados por sus familias y solicitantes de asilo pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Los Estados deben garantizar que todo proceso de determinación de la edad de jóvenes que afirman ser niños o niñas sea acorde con la Convención y, en particular, que en el curso de dichos procesos: 1. los documentos presentados deben ser tomados

en consideración, y en el caso de que hayan sido emitidos o confirmados por los Estados que los expidieron o por las embajadas o consulados, deben ser aceptados como auténticos; 2. la autenticidad de los documentos oficiales no pueden ser desconocida a menos que se lleve adelante un proceso judicial de redargución de falsedad; 3. en caso de ausencia de documentos identificatorios, en función de una mejor posición probatoria, los Estados receptores deben realizar su máximo esfuerzo para esclarecer la situación de la persona que invoca ser menor de edad a partir de la comunicación y el contacto con el Estado de origen; 4. en ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados, para efectuar una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico de la niña o niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para la niña o niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, garantizando su escucha activa y en un idioma que pueda entender; 5. los procesos de determinación de edad no deben sustentarse en base a apariencias físicas exteriores o estudios oseométricos poco precisos o dotados de elevados márgenes de error, sino siguiendo criterios científicos, seguros, imparciales y que atiendan el contexto concreto de cada niña o niño; 6. en cualquier caso, los Estados tener en cuenta las declaraciones de la niña o niño y conceder el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando, de manera que, en la hipótesis de que resulte menor de edad, se la trate como tal.

- b) Los Estados deben garantizar, tan pronto como se invoque la condición de niña o niño no acompañado o separado de su familia, que se les asigne sin demora un tutor o asesor competente hasta que llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente su territorio o jurisdicción de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales. Esa figura debe estar capacitada para procurar lograr el asilo, incluso cuando el proceso de determinación de la edad de la niña o niño esté aún pendiente.
- c) En paralelo, cuando la niña o niño enfrente procedimientos administrativos o judiciales los Estados deben garantizar en forma complementaria la designación de un representante legal cualificado, gratuito, autorizado y que pueda comunicarse en el idioma de su representado.
- d) Los Estados deben desarrollar un mecanismo de reparación efectivo y accesible para los jóvenes migrantes no acompañados que afirman ser menores de 18

años, para que puedan solicitar una revisión de los decretos de mayoría de edad por parte de las autoridades en aquellas situaciones donde la determinación de su edad se realizó sin las garantías necesarias para proteger el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado.

e) Los Estados deben capacitar a los funcionarios de inmigración, policías, fiscales, jueces y otros profesionales competentes sobre los derechos de niñas y niños migrantes, no acompañados por sus familias y solicitantes de asilo, y en particular sobre las Observaciones Generales N° 6, 22 y 23 del Comité de los Derechos del Niño.

Los correspondientes a casos de niñas o niños migrantes cuya devolución o expulsión a otro Estado encierra riesgos de violencia, maltrato, descuido, explotación u otras formas graves de violación de sus derechos, pueden exponerse del siguiente modo:

- a) Los Estados tienen prohibido devolver a una niña o niño a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de violaciones graves a sus derechos, y que esa obligación es aplicable con independencia de que los riesgos sean imputables a actores estatales o no estatales, o responda a conductas activas u omisivas.
- b) Los Estados deben realizar la evaluación del riesgo de dichas violaciones graves teniendo en cuenta la edad, el género y, a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por niñas y niños, con especial consideración de las normas internacionales en materia de derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.
- c) Los Estados deben avanzar en la concreción de legislación y políticas que habiliten el asilo para caso de personas migrantes que corren riesgo de verse sometidas a prácticas nocivas o perseguidas a consecuencia de esas prácticas, especialmente mujeres y niñas, y que consideren el contexto familiar concreto.
- d) Los Estados deben garantizar que el interés superior del niño sea una consideración primordial en las decisiones relativas a una posible expulsión y esas decisiones han de asegurar que la niña o niño estará a salvo y en adecuadas condiciones de atención y disfrute de sus derechos. La consideración del interés superior no puede limitarse a una referencia general sobre situaciones de riesgo, sino que debe evaluarse el contexto específico y personal al que se expulsaría a la niña o niño.

- e) Los Estados, en el análisis de decisiones de expulsión de una niña o niño, no pueden hacerlas depender de la capacidad de uno o ambos progenitores de resistir la presión familiar y social.
- f) Cualquier devolución de una niña o niño debe hacerse siguiendo el principio de precaución y, cuando existan dudas razonables de que el Estado receptor no se encuentra en condiciones de protegerlo frente a prácticas violatorias de sus derechos, los Estados receptores deben evitar expulsar al niño.

## Los atinentes a casos de niñas y niños que persiguen la reunificación familiar en base a instituciones jurídicas que no establecen vínculos filiatorios formales por adopción, pueden resumirse así:

- a) La Convención no obliga a los Estados a reconocer de manera general el derecho a la reunificación familiar de niñas y niños acogidos a instituciones de protección no implican vínculos filiatorios formales por adopción, sin embargo, al evaluar y determinar el interés superior a los efectos de aceptar o rechazar su solicitud de residencia, están obligado a tener en cuenta los lazos afectivos y vinculares concretos que se han generado en base a esas instituciones.
- b) Los Estados poseen la obligación de concretar una evaluación y determinación del interés superior, de forma individual, con arreglo a la situación concreta de la niña o niño afectado y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. Tienen vedado fundar decisiones en base a argumentos de carácter general y que reflejan una falta de examen de la situación concreta de la niña o niño involucrado.
- c) Los Estados, en los marcos del proceso de evaluación y determinación del interés superior, deben garantizar que la niña o niño sea escuchado en forma activa, sobre todo cuando la decisión a tomar resulta de suma importancia para su vida y su futuro, como lo es su posibilidad de vivir con su familia. La Convención no impone ningún límite de edad para el ejercicio de este derecho y desaconseja a los Estados que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que lo restrinjan. La niña o niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto, y el hecho de que la niña o niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable no le priva del derecho a

expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior.

- d) A la hora de valorar la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones como elemento que debe tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño, el término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.
- e) Los Estados poseen la obligación de tramitar las solicitudes de reunificación familiar de manera positiva, humanitaria y expeditiva.

Finalmente, los vinculados a casos de derechos de niñas o niños a mantener contacto y comunicación regulares con ambos progenitores cuando se encuentran separados, y en particular viviendo en diferentes Estados, se exponen del siguiente modo:

- a) Los Estados tienen la obligación de respetar el derecho de la niña o niño que esté separado de uno o de ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones en un sentido amplio, las que son particularmente importantes cuando los progenitores están separados y viven en lugares diferentes, frente a lo que deben adoptarse medidas eficaces para garantizarlas.
- b) Los Estados poseen la obligación de garantizar que los procedimientos judiciales que determinan el derecho de comunicación y contacto de la niña o niño con uno o ambos progenitores reciban una tramitación expedita, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en las relaciones entre ellos. Ello incluye la rápida ejecución de las decisiones resultantes de esos procedimientos, y en un sentido amigable para la niña o niño.
- c) Los Estados deben capacitar a jueces, funcionarios y otros profesionales competentes sobre el derecho de niñas y niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de manera regular y, en particular, sobre la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño.

#### IV. Conclusiones

La entrada en vigor del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones constituye, sin duda alguna, un hito en la dinámica evolutiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La posibilidad de presentar comunicaciones individuales se reconoció por vez primera en el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. Paralelamente, también trató de incorporarse idéntica previsión en el articulado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, pero fruto de los profundos desacuerdos surgidos al respecto, se optó por desarrollar el mecanismo en un tratado separado, bajo el formato de Protocolo Facultativo.

Progresivamente, los diferentes instrumentos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos siguieron estos pasos. La Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos Protocolos Facultativos resultaban ser los últimos instrumentos pendientes en la incorporación de este mecanismo, y lo lograron en el año 2014.

Sin embargo, a pesar de la riqueza innegable que poseen los Dictámenes emitidos hasta la fecha por el Comité de los Derechos del Niño en los marcos del procedimiento de comunicaciones individuales, se avizoran desafíos que ponen bajo cuestionamiento la consolidación del mecanismo.

En primer término, se advierte que a la fecha únicamente 46 Estados han ratificado el Protocolo. Llamativamente, entre los ausentes se incluyen la mayoría de los que poseen índices elevados de incumplimiento convencional, lo que implica que buen número de vulneraciones sufridas por niñas, niños y adolescentes quedan fuera del ámbito de actuación del Comité de los Derechos del Niño, al menos a través de este mecanismo.

Por otra parte, se advierte una fuerte monotonía temática en las denuncias individuales que se han presentado ante el Comité, las que tienen que ver casi exclusivamente con asuntos de niñas y niños migrantes no acompañados por sus familias. En particular, la mayoría de las presentaciones han sido realizadas contra España, pero ello dista de constituir un fiel reflejo de una problemática que involucra a varios otros países europeos. Esta situación no hace más que confirmar las consecuencias de bajos índices de ratificación del Protocolo y una escasa difusión del mecanismo en la población.

La efectividad del mecanismo también pende de la rapidez y agilidad de los procedimientos, sobre todo porque en la mayoría de los casos su duración ha sido excesiva y, tal como se desprende de los Dictámenes emitidos por el Comité, los Estados no han cumplido con las medidas provisionales aprobadas en los términos del artículo 6 del Protocolo.

Sí es pertinente valorar positivamente una evolución en los formatos de reparación y garantías de no repetición. El Comité ha ido siendo cada vez más preciso al señalar los términos en los que los Estados deben reparar a las víctimas y evitar que en el futuro se cometan similares violaciones, indicando las medidas y obligaciones concretas que deben seguir.

Finalmente, al margen de los méritos con que pueda contar el mecanismo para traer justicia a los casos individuales, dado que el acceso a la jurisdicción internacional siempre es acotado, también debe ser pensado como una herramienta de construcción de mejores estándares interpretativos de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos primeros Protocolos Facultativos. Por esta razón, la emisión de dictámenes es sumamente relevante en un contexto integral de evolución jurisprudencial.

#### Bibliografía

#### a) Instrumentos internacionales

- Convención sobre los Derechos del Niño. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al Procedimiento de Comunicaciones Individuales. Abierto a la firma y ratificación por la

Asamblea General en su resolución A/RES/66/138, de 19 de diciembre de 2011. Entrada en vigor: 14 de abril de 2014.

#### b) Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño

- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6 sobre el "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 relativa al "Derecho del niño a ser escuchado", CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.
- Comité de los Derechos del Niño, Recomendación General N° 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General N° 18 del Comité de los Derechos del Niño, conjunta, "Sobre las prácticas nocivas", CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 14 de noviembre de 2014.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y N° 23 del Comité de los Derechos del Niño, conjunta, "Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno", CMW/C/GC/4/CRC/C/GC/23, 16 de noviembre de 2017.

### c) Dictámenes del Comité de los Derechos del Niño emitidos en virtud del mecanismo de comunicaciones individuales

- Comité de los Derechos del Niño, caso I. A. M. contra Dinamarca, CRC/C/77/D/3/2016.
- Comité de los Derechos del Niño, caso N. B. F. contra España, CRC/C/79/D/11/2017.
- Comité de los Derechos del Niño, caso Y. B. y N. S. contra Bélgica, CRC/C/79/D/12/2017.
- Comité de los Derechos del Niño, caso D. D. contra España, CRC/C/80/D/4/2016.
- Comité de los Derechos del Niño, caso A. L. contra España, CRC/C/81/D/16/2017.
- Comité de los Derechos del Niño, caso J. A. B. contra España, CRC/C/81/D/22/2017.
- Comité de los Derechos del Niño, caso M. T. contra España, CRC/C/82/D/17/2017.

- Comité de los Derechos del Niño, caso R.K. contra España, CRC/C/82/D/27/2017.
- Comité de los Derechos del Niño, caso A. D. contra España, CRC/C/83/D/21/2017.
- Comité de los Derechos del Niño, caso M. A. B. contra España, CRC/C/83/D/24/2017.
- Comité de los Derechos del Niño, caso N. R. contra Paraguay, CRC/C/83/D/30/2017.

#### VIRTUALIDAD, CORPORALIDAD Y ACCESO A LA JUSTICIA

Ana María Blanco

#### Introducción

Hablar acerca de los retos de la post pandemia nos obliga a pensar desde lo que ya sabemos: nada. Sin embargo, puede esbozarse alguna respuesta si partimos de la idea de acceso a la justicia y de tres afirmaciones.

La primera, es la conceptualización de nuestro sistema de justicia como un servicio público. El mismo debe asegurar un efectivo acceso a la justicia y resolver los conflictos penales en forma eficiente.

La segunda, es que la pandemia trajo al sistema de justicia penal una cantidad de herramientas tecnológicas que permitieron resolver en forma rápida y adecuada las urgencias que se presentaron.

Y la tercera, es que nuestro actual sistema penal nos propone, y hasta nos desafía, con la obligación de gestionar los conflictos. Éstos, más allá de la trilogía imputado-juez-fiscal, exigen la presencia de las víctimas para su solución.

Con estas afirmaciones, quizá, podemos aproximarnos a un escenario post pandemia y, frente a la necesidad de gestionar los conflictos penales en forma no represiva, comenzar a preguntarnos acerca de la capacidad de los medios telemáticos como una herramienta adecuada para conseguir ese fin.

#### Desarrollo

#### 1. Acceso a la Justicia

Todo análisis de cualquier escenario del sistema judicial post pandemia debe contemplar la noción de acceso a la justicia. Entendido éste, junto con Bernales Rojas (2019, p 280) como el acceso a los tribunales de justicia, por un lado, y la necesidad de materializar o ejecutar lo que en el ámbito jurisdiccional se dictamine, por otro. El mismo autor distingue tres etapas "el acceso, el proceso con todas las garantías, y el cumplimiento fiel y oportuno de la sentencia".

También lo vincula a las ideas de "búsqueda de una justicia eficiente y oportuna, especialmente respecto de los llamados grupos en situación de vulnerabilidad, lo que

implica generar las condiciones necesarias para la obtención de una justicia material, una justicia efectiva, eliminando las barreras de acceso" (p. 279).

Cançado Trindade (citado en Bernales, 2019, p 281), por su parte, indica que el derecho de acceso a la justicia

"no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia".

En el mismo sentido, la Corteidh lo considera un derecho independiente al del debido proceso y, a través de una creación pretoriana, le reconoce fundamento en la interpretación de los artículos 8.1 y 25, con relación al artículo 1.1 de la CADH.

Esta noción de acceso a la justicia también es base de las tres ideas que se expusieran en la introducción y que se desarrollarán a continuación.

#### 1.1. La noción de servicio público.

En primer témino podemos conceptualizar a la administración de justicia como un servicio público. El mismo debe asegurar un efectivo acceso a la justicia y resolver los conflictos penales en forma eficiente.

De conformidad con lo dispuesto por nuestra Constitución Federal, las provincias dictarán las suyas asegurando su administración de justicia (art. 5) e, incluso, son autorizadas a celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia [...] con conocimiento del Congreso Federal (art. 125). La actividad de administrar justicia es vista, entonces, como un servicio público brindado por el Estado. Ello a fin de asegurar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y las personas que habitan bajo su jurisdicción (art. 75 inc 22 CF, art. 1.1 CADH)

Esta idea también es afirmada en la exposición de motivos de las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad,

"El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad.

Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho".

El destinatario final del servicio de administración de justicia es, sin dudas, toda persona que habita en nuestro país (art. 1.1 CADH).

#### 1.2. Las herramientas tecnológicas.

En segundo lugar, podemos sostener que la pandemia trajo al sistema de justicia penal una cantidad de herramientas tecnológicas que permitieron solucionar las urgencias que se presentaron. Así, se utilizaron en forma inmediata a fin de resolver las medidas de coerción personal. Su uso ha demostrado ser efectivo tanto a fines judiciales, por ejemplo en los casos de celebración de audiencias virtuales, como en la etapa de ejecución de la pena. Tanto las autoridades judiciales como las penitenciarias, comenzaron a utilizar medios tecnológicos los cuales implicaban, por su parte, una importante optimización en recursos humanos y económicos.

Entre los medios tecnológicos que se implementaron podemos mencionar los teléfonos celulares, oficiales y particulares; la firma digital; las plataformas para llevar adelante las audiencias; las mesas de entradas virtuales; la videoconferencia; el email; el whatsapp e incluso las redes sociales, para realizar notificaciones, los medios de geoposicionamiento monitoreado (tobilleras), etc. Ya instalados, de esta manera, estos instrumentos demostraron responder con eficiencia a los requerimientos impuestos por las necesidades diarias tanto de operadores como de usuarios del sistema de justicia penal, debido a la inconveniencia e incluso la prohibición de concurrir a los lugares habituales de realización de tareas.

#### 1.3. La gestión de conflictos penales.

Por último, y en tercer lugar, debemos considerar que nuestro actual sistema penal nos propone la obligación de gestionar los conflictos. La presencia de la víctima en este caso resulta fundamental y viene a participar en la vieja trilogía imputado-juez-fiscal.

Siguiendo a Silva Sánchez (2017) puede sostenerse que la solución del conflicto a través de medios altenativos a la aplicación de una pena de prisión no solo está pensada para lograr un mejoramiento de la posición del imputado sino también, y primordialmente,

para lograr la armonía social a través de la restauración de ambos sujetos intervinientes en el mismo, es decir, la víctima y el infractor.

Esto debido a su idea de que el delito niega el ser personal de la víctima, la cosifica, incluso la destruye para convertirla en un medio para la consecución de los fines propios del autor. Si bien el enjuiciamiento, la condena y la pena resuelven el conflicto jurídico-público, esto no alcanza para la solución del conflicto que exige la consecución de la paz interpersonal -de la reconciliación-.

Considera, asimismo, que es el Estado el que debe hacer todo lo posible para restablecer el Derecho sin impedir la superación existencial del delito. En este sentido su concepción de víctima nos habla de una persona que pide ser "levantada o reincluida" debido a que experimenta un daño material y un daño emocional (ira, resentimiento, rencor) derivado del delito. También nos habla de un autor que sufre un daño moral y/o emocional, "se embrutece como producto de negar la humanidad de la víctima" y, a la par, experimenta el remordimiento, la vergüenza y el aislamiento, por ello la superación de las secuelas del delito se convierte también en tarea para él. Ambos daños impactan, finalmente, en el conjunto de la sociedad.

A fin de superar el delito como "fenómeno existencial", coloca al Estado como sujeto obligado a favorecer la adopción de mecanismos que ayuden a la superación de la dimensión emocional (de víctima y sociedad) que se plasma en el resentimiento.

Todo esto por cuanto si bien el derecho penal canaliza el conflicto entre el autor, por un lado, y la víctima y la sociedad, por el otro, de un modo que tiende a producir distancia, la cual debe ser reducida por el propio Estado a los fines de hacer posible la reconciliación. Allí aparece la necesidad de que la intervención estatal se limite a la "declaración comunicativa del injusto culpable" lograda a través del proceso penal, el cual comunica al autor imputado que su comportamiento desviado es culpa suya; y a la víctima, que ella no tiene responsabilidad alguna en lo sucedido. Y otro tanto se le manifiesta a la sociedad. Todo ello, además, refuerza la vigencia de la norma.

Además, existe un deber positivo a cargo del Estado en la promoción de mecanismos institucionales orientados a la reconciliación entre autor y víctima, fundado en varios factores que exceden los límites de este trabajo. Pero, como esta reconciliación no se puede forzar, el Estado debe crear las condiciones que la hagan posible y que favorezcan la superación del hecho delictivo por la víctima y el autor. Así, "el objetivo de las

instituciones sociales que se orienten a la superación del delito debe ser, pues, la restauración de la comunicación. Solo así puede tener lugar la rehumanización de la víctima (superadora de su cosificación) y del autor (superadora de su embrutecimiento)". Esta comunicación debe partir de un reconocimiento del hecho como "comportamiento responsable defectuoso-lesivo".

Solo cuando se habla del hecho en estos términos y el autor solicita el perdón por él, cabe que continúe la vida, pese a que el hecho subsista: se abre la vía de la superación del hecho. Para conseguir esta superación, es necesario sin embargo que la víctima, a su vez, otorgue voluntariamente el perdón. No es solo la norma jurídico-penal la que queda reestabilizada, sino la totalidad de la relación interpersonal y social. El autor, distanciado de su hecho y no reducido a él, es acogido por sus iguales en su humanidad doliente –que también es la de éstos—. La vida en común "en una comunidad de seres imperfectos, como son los seres humanos" puede continuar (Silva Sánchez, 2017).

#### 2. La gestión de conflictos y la tecnología

Por todo lo expuesto puede sostenerse que la restauración del daño a través de una gestión de conflictos entre víctima e infractor resulta ser la forma más eficiente a la hora de restablecer la armonía social. Sin embargo, esto puede lograrse no en forma forzada u obligatoria, sino a través de la creación de condiciones propicias para ello. Esta actividad creadora de condiciones que generen los acercamientos es una obligación estatal. Se encuentra en cabeza del Estado como garante del mantenimiento y, en los casos de ruptura, de la restauración de la paz social.

Por lo dicho y ya hablando de la restauración en el ámbito penal, es claro que este tipo de gestión penal nos exige la cercanía, la corporalidad, la empatía. En fin, nos exige la presencia física o, en su defecto, la creación de un ambiente tal que pueda emularla. Y aquí la pregunta, ya que los medios telemáticos llegaron para quedarse, ¿podemos sostener que los mismos serán de utilidad a la hora de crear esa cercanía y empatía que este tipo de solución requiere?

#### 2.1. La ausencia de símbolos

Es claro que llegados a una audiencia fijada en forma presencial todos reconocemos con rapidez y facilidad objetos que representan al Estado, y lo hacen, en el sentido de hacer presente lo que no lo está. Podemos ver una bandera, por ejemplo, representando el poder estatal<sup>1</sup> del acto llevado a cabo, y muchos otros símbolos que, por zoom o por meet o por skype, no es posible ver.

Nadie tiene en su casa símbolos nacionales como banderas o escudos. Quizá tengan, en el mejor de los casos, alguna biblioteca de fondo mientras la audiencia se lleva adelante. Esta ausencia impacta, ciertamente, en el acto que se realiza y en el mensaje enviado a los intervinientes del mismo, sean éstos operadores judiciales, víctimas o imputados.

Esta falta de elementos representativos puede indicarse como una posible falencia o desventaja de los medios telemáticos en esta instancia de gestión del conflicto, si consideramos que la solución debe darse en el ámbito creado por el propio Estado.

Esto por cuanto, como sostenía Moscovici (1979,)

"Se comprueba que la representación expresa de golpe una relación con el objeto y que desempeña un papel en la génesis de esta relación. Uno de sus aspectos, el aspecto perceptivo, implica la presencia del objeto; el otro, el espíritu conceptual, su ausencia. Desde el punto de vista del concepto, la presencia del objeto, incluso su existencia, es inútil; desde el punto de vista de la percepción, su ausencia o su inexistencia es una imposibilidad. La representación mantiene esta oposición y se desarrolla a partir de ella: re-presenta un ser, una cualidad, a la conciencia, es decir, las presenta una vez más, las actualiza a pesar de su ausencia y aun de su no existencia eventual. Al mismo tiempo, las aleja suficientemente de su contexto material para que el concepto pueda intervenir y modelarlas a su modo. Por un lado, la representación sigue las huellas de un pensamiento conceptual, puesto que la condición de su aparición es la desaparición del objeto o de la entidad concreta: pero, por otra parte, esta desaparición no puede ser total y, a instancias de la actividad perceptiva, debe recuperar el objeto o la entidad y hacerlos "tangibles". Del concepto, retiene el poder de organizar, de relacionar y de filtrar lo que va a ser retomado, reintroducido en el campo sensorial. De la percepción, conserva la aptitud de recorrer, de registrar lo inorgánico, lo no conformado, lo discontinuo, la variedad de caminos y el desplazamiento que suponen entre lo que se "toma" y lo que se "reenvía" a lo real. Se deja entrever que la representación de un objeto es una re-presentación diferente del objeto. La

<sup>1</sup> En el caso, tomo nota de la amable y acertada observación del Prof. Olié (UNLPAM) respecto a la actual controversia que puede plantearse a la hora de escoger cuáles son los elementos que, en definitiva, pueden representar al Estado pero advirtiendo también que, en el caso de la presente ponencia, se trata necesariamente de una gestión del conflicto que debe favorecer el mismo, conforme al marco teórico utilizado.

percepción engendrada por el concepto se distinguirá necesariamente de la percepción que al comienzo ha sobrentendido el concepto" (p. 38)

En el caso de los objetos que representan el poder estatal su ausencia es clara por cuanto las audiencias se realizan, como se dijo en el ámbito de los hogares de los distintos operadores e, incluso, de las víctimas. No se trata de salas o cuartos adaptados y preparados para llevar adelante una instancia de encuentro entre las partes del conflicto a fin de favorecer su restauración.

En este sentido, Pitkin (1985) nos habla de la "representación simbólica", cuando sostiene que "aunque es una suplencia no es lo mismo que la representación descriptiva [...] Decir que algo simboliza otra cosa es decir que la tiene en cuenta e incluso, además que evoca emociones o actitudes apropiadas de la cosa ausente" (pp.105-106). También resalta la diferencia entre simbolizar y representar, aún cuando pueden ser encontradas en el mismo objeto en forma simultánea. Así, y parafraseando a la autora, en el ejemplo de nuestra bandera o escudo, puede decirse que representa (sustituye, se refiere) al estado nacional porque simboliza (despierta sentimientos, evoca) el poder estatal en el ámbito penal. Esta ausencia, entendemos, resulta relevante a la hora de resolver el conflicto en esta instancia.

#### 2.3. La ausencia del cuerpo y del convivio

Pero existe otra dificultad, tanto o más importante, que podemos llamar la ausencia de corporalidad. Respecto de la idea cuerpo y tecnología, podemos seguir a Gomez y Antonietti (2018, p. 584) cuando afirman que "el cuerpo como unidad, como cuerpo disciplinado y dócil ha quedado obsoleto frente a la nueva era digital, por lo cual la tecnociencia sumerge al cuerpo en el sistema de procesamiento de datos y códigos cifrados". Puede, incluso, citarse a Sánchez Martínez (2010, p. 243) cuando sostiene que la virtualidad es una dimensión de la realidad física por ello "los planos del mundo físico tienen una continuidad simbólica en lo virtual, con variaciones que podríamos señalar en el uso de medios, en este caso los ordenadores y los medios digitales (software)". De allí parte este último autor para afirmar que son "posibles nuevas presencialidades y nuevos interaccionismos guiados por la representación del cuerpo".

Sin embargo, que algo pueda hacerse o implementarse no implica, necesariamente, que deba hacerse. Así puestos en una audiencia virtual, ¿cómo advertir, por ejemplo, si a una

persona le tiemblan las manos al momento de expresar su arrepentimiento? o la indignación de una víctima a quien le robaron la bicicleta que había comprado para su primer nieto?

¿Podemos decir que vemos las reacciones de todos los intervinientes cuando la cámara nos fija una "política de mirada", habitualmente enfocada en los rostros, impidiendo ver el contexto? ¿cómo lograr empatía en este ambiente condicionado?

El dramaturgo Jorge Dubatti (2020) sostiene que las tecnologías "colaboran con el acontecimiento teatral pero no constituyen la experiencia teatral". Coincidimos con esta afirmación si la llevamos a nuestro ámbito que tiene mucho de ritual.

Así las audiencias, vistas como un rito en el cual todos los intervinientes representan y actúan un rol, ahora deben ser vistas con una política de mirada impuesta desde afuera y que no es posible, individualmente, modificar. Por ello, podemos decir que el convivio que se daba en las audiencias se ha perdido. Estamos viendo, sí, pero es claro que no podemos decir que "vemos" las reacciones de todos los sujetos cuando la misma cámara nos indica qué debemos mirar, habitualmente rostros. Es, claramente, una política de mirada que nos impide ver el contexto. Entonces, ¿cómo lograr empatía en este ambiente así condicionado? Cómo lograr ese reconocimiento del otro (Lévinas, 1987), el entender esa "otredad" al punto tal de poder reparar su dolor, su angustia, su sufrimiento. He aquí la otra desventaja advertida.

A raíz de esta forma de realización de audiencias, y siguiendo a Dubatti, podemos sostener que la tecnología aquí colabora pero no constituyen la experiencia de convivio que el encuentro genera. Debido a varios factores pero, en particular, a la política de mirada que el propio medio telemático nos impone, como se dijo.

Por otro lado, aún cuando no sea tema de esta ponencia, si bien es claro que las tecnologías pueden contribuir a mejorar los estándares en materia de acceso a la justicia y la relación entre las instituciones del sistema de justicia y los ciudadanos (Lillo, 2010, 137), debe tenerse en cuenta que pueden, a su vez, convertirse en una barrera de entrada para quienes no posean los recursos necesarios atento a nuestras propias realidades socio económicas.

#### Conclusión

No se trata aquí de negar la utilización de medios telemáticos en la forma de llevar adelante el servicio de administración de justicia ni tampoco pretender la utilización o no

de éstos dependiendo de la complejidad del hecho investigado o de la gravedad del mismo.

Se trata, antes bien, de la necesidad de advertir algunas de sus falencias como la de no quedarnos con ese registro corporal de la situación vivida y de la trascendencia que ésta tiene para lograr la solución personal y la armonía social. De la necesidad de que exista el convivio, la reunión del cuerpo presente. Este registro se logra, no sólo estando presente en la experiencia real sino también a través de la comunicación de la experiencia como un todo, esto es, llevada adelante desde la representación y lo simbólico.

Si damos continuidad a estas prácticas virtuales a la hora de pretender una gestión de conflictos no represiva, debemos extremar nuestra sensibilidad y compromiso como operadores y usuarios del sistema penal para lograr ese necesario registro corporal. Ya lo dice el refrán: ojos que no ven (o que ven solo parcialmente), corazón que no siente.

#### Referencias y bibliografía

- Aguirre García, J. C. & Jaramillo Echeverri, L. G. (2006). El otro en Lévinas: Una salida a la encrucijada sujeto-objeto y su pertinencia en las ciencias sociales. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 4(2), 47-71. Recuperado el 14 de diciembre de 2020, from <a href="http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1692-715X2006000200003&lng=en&tlng=es">http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1692-715X2006000200003&lng=en&tlng=es</a>.
- Bernales Rojas, G. (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 25(3), 277-306.
- CIDH, Informe El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericana de Derehos Humanos. Disponible en <a href="https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300277">https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300277</a>
- Chardon, M. C. (2020), Denise Jodelet, orfebre de las representaciones sociales, *Red Sociales*, Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Vol. 07, N° 01: 76-84.
- Dubatti, J. (2020), *El video teatro en tiempos de pandemia*. Puede verse online dos partes: <a href="https://www.youtube.com/watch?v=KxwSKqji-JQ">https://www.youtube.com/watch?v=IJ0kTRs-eus.</a>

- Gómez, A., y Antonietti, A. (2018), Cuerpo Virtual-Cuerpo Real, en la Virtualizacion de las Organizaciones. *Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología*. II Congreso Internacional de Psicología V Congreso Nacional de Psicología "Ciencia y Profesión", Vol. 3, N°3, 580-598 ISSN 1853-0354. Disponible en www.revistas.unc.edu.ar/index.php/aifp
- Jodelet, D. (1986) La representación social: fenómenos, concepto y teoría. En Moscovici, S. (comp.) *Psicología Social*. Barcelona: Paidós.
- Jodelet, D. (2006) Representaciones Sociales. En Mesure, S.; Savidan, P. (eds.) *Le Dictionnaire des Ciencias Humaines*. París: PUF. p. 1003-1005.
- Jodelet, D. (2008). El movimiento de retorno al sujeto y el enfoque de las representaciones sociales. *Cultura y Representaciones Sociales*, 3, 5, pp. 32-63 Disponible en: http://www.culturayrs.org.mx/revista/num5/
- Lévinas, E. (1977). *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*. 1ra edición. Salamanca: Ed. Sígueme. ISBN: 978-84-301-1820-5
- Lévinas, E. (1987). *De Otro modo que ser, o más allá de la esencia*. 1ra edición Salamanca: Ed. Sígueme. ISBN: 978-84-301-1023-0
- Lillo Lobos, R. (2010), El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: experiencias y precauciones (págs. 2-13). Brasilia: *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*. Recuperado el 12 de diciembre 2020 de <a href="https://sistemamid.com.ar/panel/uploads/biblioteca/2015-04-05\_11-47-21118822.pdf">https://sistemamid.com.ar/panel/uploads/biblioteca/2015-04-05\_11-47-21118822.pdf</a>
- Moscovici, S. (1979) *El Psicoanálisis, su imagen y su público*. Ed. Huemul, Buenos Aires, 2da. Edición. Trad. Nilda Maria Finetti
- Pitkin, H. F. (1985) *El concepto de representación*. Madrid. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. ISBN 84-259-0723-3
- Sánchez Martínez, José Alberto. (2010). Cuerpo y tecnología. La virtualidad como espacio de acción contemporánea. *Argumentos (México, D.F.)*, 23(62), 227-244. Recuperado en 14 de diciembre de 2020, de <a href="http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0187-57952010000100010&lng=es&tlng=es">http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0187-57952010000100010&lng=es&tlng=es</a>.
- Silva Sánchez, J. M. (1992), Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Bosch.

- Silva Sánchez, J. M. (2007), ¿Crisis del sistema dogmático del delito? Cuadernos de Conferencias y Artículos Nro 40. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho
- Silva Sánchez, J. M. (2008), ¿nullum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". Derecho Penal y Criminologia, No. 86-87, 2008. Disponible at SSRN: <a href="https://ssrn.com/abstract=1501203">https://ssrn.com/abstract=1501203</a>
- Silva Sánchez, J. M. (2017), *Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 47(127), 495-510. Disponible en <a href="https://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v47n127.a010">https://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v47n127.a010</a>

# PUENTES ENTRE NIVEL MEDIO Y UNIVERSIDAD: PROPUESTA DE UN MARCO REFERENCIAL CONCEPTUAL - DIDÁCTICO PARA UNA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA INSTITUCIONAL PAMPEANA EN LOS ESTUDIANTES INGRESANTES DE ABOGACÍA

Silvana Brandan Daniela Escobar

#### 1. Introducción

La ponencia se desprende del proyecto de investigación que analiza la cuestión de la enseñanza de la Historia Institucional pampeana en el nivel medio y sus incidencias en los estudiantes ingresantes de la carrera de Abogacía y Procuración de la UNLPam. El objetivo central fue rescatar las cualidades de la enseñanza de la historia institucional pampeana en el nivel medio (contenidos y metodologías) para construir un marco referencial que ayudará en la elaboración de estrategias didácticas en la materia de Historia Constitucional<sup>2</sup>.

La investigación se inició a causa del panorama complejo de los aprendizajes en los estudiantes ingresantes, cuyas dificultades comprometen los resultados finales de las cursadas durante los últimos años<sup>3</sup>. Por tal motivo, se prestó atención en las características generales de formación (competencias y saberes) en las ciencias sociales; y de manera especial, en los aprendizajes previos sobre el pasado histórico argentino y el devenir institucional pampeano.

<sup>-</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>El proyecto de investigación se denomina *La Historia Institucional de La Pampa y su enseñanza en la escuela secundaria en Santa Rosa, La Pampa*. 2018-2020, bajo la dirección de la Mg. Edith Alvarellos. (Res. CD N° 252/18).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>El proyecto de investigación se encuentra contextualizado en un momento de transición del espacio curricular debido al cambio del plan de estudio de la carrera de Abogacía (Res CS N°20/20). La materia Historia Constitucional modificó su denominación por Historia de las Instituciones incorporando contenidos del espacio Derecho Romano. Por otra parte, otra modificación fue el sistema de acreditación, hasta el 2019 solamente se establecía el régimen por promoción directa, pero desde el 2020, se incorporó la instancia del estudiante regular. De esta manera, se ampliaron las posibilidades de aprobación de la materia además de la instancia de libre.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup>Los datos cuantitativos recuperados son desde el año 2017, permitiendo reconstruir los niveles de aprobación (por promoción hasta 2019, y promoción y regularidad desde 2020), desaprobación, abandono y ausentes. La fuente de información fue la plataforma virtual SIU de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

Por otra parte, el panorama aumenta su complejidad porque la materia presenta una exigencia considerable al tener el sistema de promoción para acreditar el espacio junto a otras dos materias más: Introducción al Derecho e Introducción a la Sociología, durante el primer cuatrimestre del primer año de las carreras. En este contexto de cursada, exige a los estudiantes ingresantes una adaptación e integración rápida a la vida académica universitaria. Es el momento en el que las competencias provenientes del nivel medio son determinantes para su aprendizaje. A su vez, se evidenciaron las diversas falencias que influyen en el rendimiento académico y en las posibilidades de permanecer en las carreras.

A partir de lo comentado, el proyecto de investigación buscó recaudar información que permitirá elaborar un marco referencial de saberes (históricos e institucionales) con que cuentan los estudiantes ingresantes. Con este marco referencial, se establecerán un conjunto de estrategias para la enseñanza que permitirán acompañar y guiar a los estudiantes en su proceso de aprendizaje.

La labor indagatoria se compuso de varias etapas, en la primera (desde finales del 2018) se realizó una revisión bibliográfica en torno a la temática de la enseñanza de la Historia y del Derecho para su análisis historiográfico posterior y tomar una postura que enmarcó a la investigación. Por otra parte, se identificaron las distintas documentaciones ministeriales de educación correspondiente a las jurisdicciones de La Pampa y Nación.

En la segunda etapa, se iniciaron las tareas de campo para la recaudación de datos cuantitativos como cualitativos. Las primeras indagaciones transcurrieron en el año 2019, realizándose las encuestas semiestructuradas a estudiantes del nivel secundario (5to y 6to año) y a los ingresantes de la carrera de Abogacía y Procuración de la UNLPam<sup>4</sup>.

En una tercera etapa, año 2020 enmarcado dentro de un contexto de pandemia y ASPO, se realizaron encuestas virtuales a varios los docentes del nivel medio de la ciudad de Santa Rosa para recuperar los distintos factores que condicionan la práctica de la enseñanza de la Historia en las aulas. A su vez, se elaboraron entrevistas virtuales a docentes que fueron seleccionados por haber participado en antiguos proyectos educativos relacionados con la enseñanza de la Historia Institucional de La Pampa.

-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Los primeros avances de investigación fueron presentados y publicados en el II Congreso Nacional de Derecho (2018), I Jornada Nacional sobre Enseñanza del Derecho (2019) y en el XX Congreso Nacional y X Latinoamericano de Sociología Jurídica (2019).

En esta ponencia, se presentarán los resultados parciales del análisis de las encuestas virtuales y de las entrevistas de los docentes, junto con un adelanto preliminar del marco referencial de saberes y competencias que ha sido posible reconstruir en la investigación.

#### 2. Desentrañando la realidad de la enseñanza de la Historia institucional pampeana en las escuelas secundarias

En la tarea para reconstruir un marco referencial de saberes y competencias de los estudiantes ingresantes en las carreras de Abogacía y Procuración de la UNLPam, fue necesario explorar las prácticas de la enseñanza de la historia en las escuelas secundarias de la ciudad de Santa Rosa.

Se realizaron encuestas a los estudiantes secundarios y a los ingresantes para revisar los saberes de sus formaciones generales. De los resultados obtenidos se triangularon con los datos recabados en los docentes de nivel medio a través de las encuestas virtuales. De esta manera, se analizó el panorama de aprendizaje complejo de los estudiantes ingresantes desde una visión más integral y dinámica, recuperando las irrupciones y continuidades entre los ámbitos del nivel medio y universitario. A su vez, se recobraron las distintas posiciones, demandas y prácticas de los protagonistas: los estudiantes (secundarios e ingresantes) por un lado y los docentes, tanto del secundario como universitario.

Por tal motivo, se realizaron encuestas abiertas en formato virtual (en contexto de ASPO) a docentes de la ciudad, con una estructura de cinco preguntas generales donde se requería justificar sus respuestas.

La mayoría de los docentes que participaron son profesores en Historia y recibidos en la Facultad de Ciencias Humanas de la UNLPam. Este dato no es menor porque en las últimas reformas del plan de estudio de la carrera de Historia<sup>5</sup> (profesorado como licenciatura) y los posgrados ofrecidos por esta Facultad, han realizado un fuerte énfasis en la Historia Regional y de La Pampa en todas sus etapas institucionales.

Los espacios curriculares donde se ejerce la enseñanza son: Historia y Construcción de la Ciudadanía, abarcando los ciclos básicos (formación general de saberes y competencias)

-

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>Se recomienda la lectura de Zink y Cornelis (2018), quienes realizaron una investigación sobre la enseñanza de la historia indígena en las escuelas secundarias. En su relato, describen brevemente los principales cambios en los planes de estudio de la carrera de Historia en la Facultad de Ciencias Humanas de la UNLPam.

y los orientados (presentan una profundización en saberes y competencias centrados en áreas de conocimientos y actividades<sup>6</sup>).

A continuación, compartimos la información de los docentes de nivel medio en cuanto a los saberes relacionados con el devenir institucional de La Pampa que se trabajan en las aulas, los momentos del año escolar y posiciones frente a las dificultades.

Es importante señalar que, a través de los relatos de los docentes del nivel medio, se evidenciaron las distintas problemáticas que condicionan a la enseñanza de la Historia. De Amézola (2008:72) remarcó el abismo entre la Historia académica y la Historia en la escuela. Por otra parte, y junto a Cañueto (2014) y Finocchio (2009), los autores definen a la enseñanza de la Historia como una actividad social, constituyendo un espacio donde confluyen distintas legislaciones educativas (nacional y provincial). Los diseños curriculares y los marcos pedagógicos de enseñanza (escuelas primarias, secundarias, terciarios o universitarios) son elaboraciones temporales que reflejan ideologías e intereses. Y finalmente con la importancia de no olvidar, son los contextos pedagógicos sociales y particulares, es decir, las realidades educativas y familiares de los estudiantes y de los docentes.

#### 2.a. Saberes trabajados en las aulas

De las encuestas se desprende una constante pero marginal actividad de enseñanza en torno a los saberes institucionales del devenir pampeano. Es decir, no se reconoce una enseñanza regular ni tiene una contemplación explícita en las planificaciones en la mayoría de los casos, aunque se puede observar una voluntad constante para aprovechar "de esos momentos" (actos escolares, inicio del año escolar, disparador de tema) para impartirlos, aunque sea una breve presentación.

Las temáticas abordadas están encuadradas en los marcos generales de los NAP (núcleos de aprendizajes prioritarios de Nación) y de los Materiales Curriculares a partir de los ejes de saberes establecidos para los distintos años escolares.

Por ende, se reconocen dos estrategias de enseñanzas, la primera consiste en usar los actos escolares, especialmente las fechas de gran valor simbólico para la sociedad, quienes los

\_

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup>En la provincia de La Pampa, el Ministerio de Educación Secundaria ofrece diez orientaciones: Agrario, Arte (visual, danza, música y teatro), Ciencias Naturales, Ciencias Sociales y Humanidades, Comunicación, Economía y Administración (única orientación que ofrecen las materias de Derecho y Derecho económico), Educación Física, Informática, Lengua y Turismo. Se pueden consultar en el repositorio del Ministerio de Educación de La Pampa, en los Materiales Curriculares, en ciclos orientados: https://repositorio.lapampa.edu.ar/index.php/materiales/secundaria/orientado

historiadores denominan momentos de conciencia histórica (De Amézola y Cerri, 2018; Ovalle Paster, 2019). La segunda estrategia es usar ciertos saberes del devenir institucional pampeano para ser disparadores de un saber general y/o para consolidar ese aprendizaje.

Para la primera estrategia de las fechas empleadas es el 24 de marzo: Dia de la Memoria por la verdad y la Justicia, con el objetivo de relacionar el proceso de dictadura cívico-militar a nivel nacional con La Pampa y terminar con los imaginarios sociales de una provincia tranquila. También, se lo vincula con el primer golpe de facto sucedido en la provincia, remontándose al proceso de la provincialización y los sucesos del 9 de junio de 1956 en La Pampa.

Otra de las fechas mencionadas es el 12 de octubre: Día del Respeto a la Diversidad Cultural arribando a los temas de las poblaciones originarias locales y los momentos de avance de la frontera, del Ejército nacional sobre territorio indígena a fines del siglo XIX conocida como "Conquista del Desierto".

En cuanto a la segunda estrategia, se debe reconocer el esfuerzo y voluntad del docente para desplegar el tema dentro de un tiempo muy limitado con respeto a la planificación diseñada. De manera muy decisivo para el aprendizaje del estudiante, es emplear la historia del "Parque Luro" como una manera de consolidar el proceso de inserción de la Argentina en la economía mundial a fines del siglo XIX. La aplicación del concepto teórico del modelo agroexportador lo vincula con el avance de la frontera del interior, la problemática de la cuestión indígena y la incorporación de los nuevos territorios al Estado Nación, trayendo al aula el concepto histórico - jurídico de Territorio Nacional. Otros docentes han vinculado este proceso con las consecuencias en el presente revelando a los estudiantes los orígenes de la problemática del Rio Atuel en tiempos en que la Pampa era un Territorio Nacional y Mendoza una provincia.

Otros saberes abordados durante el ciclo básico se enuncian durante el segundo año, en el eje que corresponde al proceso de conquista y colonización europea en América (Materiales Curriculares de Historia CB, 2009:10), donde se remarca las consecuencias a nivel social, cultural y jurídico de las comunidades originarias, como también las distintas interacciones con la sociedad española y criolla.

En el tercer año, a través de los ejes: La construcción y consolidación del Estado argentino y de las nuevas relaciones económicas a nivel mundial y La construcción de la ciudadanía

política en el proceso de la democratización (Materiales Curriculares de Historia CB, 2009:15), se estudian los procesos de los avances de la frontera, la etapa territoriana pampeana con su incidencia en la diferencia entre los conceptos habitantes y ciudadanos. En cuanto al ciclo orientado, en el quinto año o sexto año (esto lo determina la orientación del secundario) se puede trabajar desde el eje: La crisis del liberalismo y las transformaciones sociales y políticas en el marco de los populismos (Materiales Curriculares de Historia CO, 2013:7), los procesos de provincialización y las constituciones provinciales. Se suman las indagaciones en torno al concepto Territorio Nacional y la participación ciudadana, se incluyen los cambios de nombre de la provincia y el voto femenino. A su vez, se enlazan los procesos de facto nacionales con sus consecuencias a nivel local. Por lo general, los docentes (y debido a la cuestión del tiempo) se centran en la última dictadura cívico-militar para explicar las consecuencias que llegan al tiempo presente bajo una perspectiva de los Derechos Humanos. En los últimos años, se ha establecido la interacción con el desarrollo de los procesos judiciales de la Sub-zona 1.4.

#### 2. b. Las dificultades pedagógicas en la enseñanza institucional de La Pampa

Los docentes encuestados señalaron dos grandes dificultades: el material y el tiempo escolar estando obligados a establecer prioridades en el arribo de los saberes.

La carencia de material bibliográfico a la que se refieren los docentes es por la falta o escasa bibliografía adaptada al nivel medio. La bibliografía escolar existente corresponde para el nivel primario<sup>7</sup>, cuarto grado, la misma ya es obsoleta y superada por las nuevas investigaciones provenientes de la Facultad de Ciencias Humanas<sup>8</sup>, de la UNLPam o de las producciones independientes de historiadores locales<sup>9</sup>; quienes tienen el reconocimiento desde los ámbitos gubernamentales y culturales.

-

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup>La bibliografía referida en las encuestas son dos manuales para el nivel primario, que son suplementos de las principales editoriales escolares como Estada y Puertos de Palos, y cuyas producciones son de 1987 y 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup>En cuanto al nivel universitario, están las obras Historia de la Pampa, compuesta de dos volúmenes. El primero recorre desde los poblamientos iniciales hasta el proceso de provincialización. El segundo volumen retoma desde los años '30, profundizando en diversas vertientes del devenir, terminando en el presente del siglo XXI. Por otra parte, si bien son obras dedicadas a un público general, es imperioso realizar su adaptación para el nivel secundario, especialmente pensando en el ciclo básico.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup>En cuanto a las producciones de historiadores pampeanos, se puede mencionar a modo de ejemplos a Fernando Aráoz (1988) La Pampa central entre dos mundos. Producciones más actuales son las obras de Roberto Asquini con El Informe 14. La represión ilegal en La Pampa, 1975-1983 (2008 y en coautoría con Juan Carlos Pumilla) y Días de Odio, de la libertadora a la revolución del 56 en La Pampa (2011). También, Jorge Ferrari con su libro El 9 de junio de 1954 en La Pampa.

Frente a esta realidad del material de estudio, conllevó a buscar bibliografías pertenecientes a otros ámbitos (nivel superior o de difusión general) que exigió en los docentes un trabajo aislado para adaptar (transposiciones didácticas) estas producciones al nivel medio.

En cuanto a las producciones particulares se presenta el obstáculo de su poca o nula difusión, quedando en el desconocimiento para la mayoría de los docentes ya que, en muchos casos, son publicaciones en pocas cantidades y circunscritas a contextos muy pequeños.

De manera similar, existen producciones provenientes de otras reparticiones gubernamentales, sin vínculo funcional con educación (y a pesar de estar elaborados por educadores), quedan en el anonimato por su desconexión con los mecanismos de difusión del Ministerio. Esto será explicado en el próximo apartado.

En síntesis, junto al tema bibliográfico se suma la limitación del tiempo, el cual se encuentra especificado en las planificaciones y se genera un conflicto con el resto de los saberes al quererse trabajar los contenidos de La Pampa. Esta situación se produce por la posición marginal o implícita de los contenidos institucionales y políticos pampeanos a través de los ejes establecidos en los materiales curriculares del Ministerio de educación, quedando en la voluntad de cada docente su abordaje o no. Al mismo tiempo se advierte en los mismos la necesidad, no solo de contar con material teórico, sino también con propuestas didácticas que los guíen en la enseñanza de la Historia de nuestra provincia.

#### 3. El devenir en la enseñanza de la Historia institucional de La Pampa

A partir de las encuestas y entrevistas realizadas a los docentes, surgió un hecho clave en el devenir educativo pampeano que influyó profundamente en la enseñanza de la historia institucional pampeana en las escuelas secundarias. Además, explica por qué tienen una posición marginal los contenidos relacionados con el devenir pampeano dentro de los Materiales Curriculares del Ministerio de Educación de la provincia. A su vez, estas consecuencias históricas influyen en el marco referencial de saberes y competencias de los estudiantes ingresantes en las carreras de Abogacía y Procuración. Por otra parte, es importante aclarar que esta idea no involucra a los estudiantes provenientes de otras provincias.

Tal como lo recuperaron las autoras Zink y Cornelis (2018:111) en el año 1987 el gobierno provincial desplegó nuevos lineamientos políticos en educación, en especial, en

el nivel medio dentro de un contexto de apertura democrática. Se realizaron previamente consultas a distintos sectores sociales relacionados con educación y se conformó una comisión especial, integrada por delegados del gobierno y el gremio docente. El objetivo fue elaborar un proyecto que modernizara la educación del secundario. En primer lugar, democratizar los espacios escolares por medio de la desformalización de las relaciones sociales entre los estudiantes y los docentes. En segundo lugar, los contenidos fueron organizados por disciplinas y enfatizando en la regionalización, la integración con el plano nacional y su actualización con el saber académico.

El proyecto para la disciplina histórica estableció un cambio de mirada en la historia para enseñar, los estudiantes comprendían primero sus alrededores para conocer después lo general, en palabras de De Amézola (2008) se trabajó y modificó el "código disciplinar".

En una de las encuestas, el o la docente señaló como quedó establecida la currícula a partir de este proyecto. Para el primer año del secundario los alumnos estudiaban la historia de La Pampa, en el segundo año la historia de Argentina y en tercero la americana y así sucesivamente.

También se mencionó sobre la problemática del material bibliográfico, porque las principales editoriales escolares nacionales de la época no contemplaban estas modificaciones. La situación fue subsanada por sucesivas capacitaciones del Ministerio de Educación.

Lamentablemente el proyecto quedó anulado por la sanción de la nueva Ley Federal de Educación en 1993 y finalizó la orientación local como regional de la educación pampeana. Por otra parte, son oportunas las palabras de De Amézola (2008) y Romero (2007), quienes definieron a estas instancias reformadoras como un proceso verticalista por imperar las decisiones técnicas ministeriales quedando excluidos las propuestas y recomendaciones de los especialistas y sin la participación de los docentes en la Ley Federal de Educación.

En consecuencia, se instaló una nueva estructura educativa compuesta por los ciclos EGB1 y EGB2 para la primaria, y la EGB3 correspondiente al ciclo básico del

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> El código disciplinar es un concepto desarrollado por Cuesta Fernández (1997) que define a un conjunto de ideas, valores, reglamentaciones que influyen y dan formas a las practicas escolares y de enseñanza, formando discursos legitimadores que formatean a la práctica de la enseñanza de la Historia en las escuelas.

secundario, siendo la última fase de la educación obligatoria. Los años superiores del polimodal (últimos años del secundario) no estaban incluidos en la obligatoriedad.

Los saberes históricos (y de las ciencias sociales en general) sufrieron un gran retroceso, volviéndose al antiguo código disciplinar donde primó una enseñanza de la historia eurocentrista con fuerte fragmentación que propició al aprendizaje memorístico y alejado del interés de los estudiantes.

La enseñanza de los contenidos históricos de La Pampa quedó centralizada en el cuarto grado del nivel primario, pero con una orientación también indirecta (no tanto en comparación con el nivel secundario) desde el eje: Construcción social de los territorios, y del saber: El conocimiento de la división política de la República Argentina, la localización de la provincia de La Pampa en el contexto nacional y su representación cartográfica. Entre las recomendaciones didácticas se agrega:

"Comparar las diversas organizaciones territoriales de la Argentina y La Pampa a lo largo de la historia, teniendo en consideración cómo se modificó la configuración territorial en las distintas etapas (época colonial, etapa independiente, etapa indígena, etapa territoriana, actualidad, entre otras). Se sugiere trabajar a partir de la comparación de distintas cartografías" (Materiales curriculares. Nivel primario. 2015:42)

## 4. Una propuesta didáctica para la enseñanza de la historia institucional de La Pampa

A mediados del año 2009, dentro de las circunstancias de organización celebratorias del bicentenario de la Revolución de Mayo y del vigésimo quinto aniversario del retorno democrático, desde la legislatura pampeana se conformó un grupo de trabajo para elaborar un proyecto que reforzara los espacios representativos como expresión de una democracia participativa. El proyecto finalizó con la presentación de un libro referido a la Constitución provincial y dedicado a las escuelas secundarias. El ideal del proyecto puede resumirse en la siguiente frase: "reivindicar el funcionamiento del Poder Legislativo, como la única institución que desaparece cuando se interrumpe el sistema democrático y el rol protagónico de los partidos políticos" (Antonio y Girotti, 2010:4)

El proyecto dirigido por las profesoras Stella Maris Antonio y Norma Girotti centraron su investigación en recuperar el devenir histórico institucional de La Pampa a través de las constituciones provinciales. Se recuperó la etapa territoriana y un conjunto de conceptos históricos jurídicos tales como: habitantes, ciudadanos, territorio nacional, autonomía provincial, convención y constitución entre otros. También generaron un relato interconectado con los procesos nacionales y las consecuencias en el territorio pampeano, siendo clave los dos primeros gobiernos peronistas, las interrupciones institucionales de la revolución libertadora (1955) y argentina (1966) y finalizando con los procesos de reformas constitucionales en 1960, 1994 y 1999.

Por otra parte, se atendieron a conceptos jurídicos en torno a la constitución, sistema de reformas, intervención federal, sentencias, fuero, indagación, habeas corpus, derechos, declaraciones y garantías por medio de un diseño estratégico en la diagramación del libro. En los bordes de las hojas, desplegaron un interesante glosario de los conceptos que iban apareciendo en el relato.

La integración de los saberes históricos y jurídicos del proyecto se logró por la labor del equipo interdisciplinario proveniente de las letras, la historia y el derecho 11. A partir del trabajo en conjunto, se establecieron explicaciones en un lenguaje sencillo siendo clave la construcción del discurso accesible para todo tipo de estudiante que pudiera leer el libro. Por eso, era importante no solo la presentación de la Constitución provincial con sus reformas, sino también, el relato histórico con sus actividades de aprendizaje para fomentar un aprendizaje relacional y crítico. De esta manera fue fundamental el uso de las fuentes primarias (leyes, disposiciones y fotografías) y de las bibliografías históricas como jurídicas para contextualizar y argumentar los distintos procesos.

Sin embargo, el libro tuvo una difusión limitada no sólo en las escuelas y entre los estudiantes por su escasa cantidad de ejemplares, sino también entre los docentes que ejercían la enseñanza de la Historia.

A partir de la entrevista de uno de los integrantes del equipo, la Prof. Mabel Rivas <sup>12</sup>, nos comentó que la difusión de la obra quedó más en el plano de la legislatura y no

1

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup>El equipo de colaboradores fue conformado por la Prof. en Historia Mabel Rivas y Rita Ríos, y los abogados Juan Carlos Nogueira y Carlos Flores.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup>La entrevista con la Profesora Mabel Rivas se realizó en los primeros días del mes de octubre del presente año

llegó a las escuelas. Por otra parte, se pensaba que, por medio de los programas de participación para las escuelas vigentes, tales como, por ejemplo: educación para la democracia, se socializaría el material.

#### 5. A modo de cierre: propuesta preliminar del marco referencial

La propuesta de construcción de un marco referencial que incluya un conjunto de saberes y competencias posibles en los estudiantes ingresantes fue para atender al complejo panorama de aprendizaje. Tal marco referencial será empleado para diagnosticar las falencias de formación general y propiciar de estrategias de enseñanzas que guíen a un buen aprendizaje como estudiantes universitarios.

El proceso de encuestas a los estudiantes secundarios y a los ingresantes universitarios nos sirvió para recopilar la siguiente información.

Los saberes referidos al devenir institucional tanto nacional como provincial son fragmentados con escasa interpretación relacional. En las encuestas se revelaron dificultad para comprender las relaciones entre los hechos y los procesos históricos jurídicos. En muchos casos, adujeron conocer los términos o fechas, aunque no pueden dar una explicación simple porque carecen de la etapa de consolidación del saber cómo proceso. Un ejemplo concreto fueron las fechas patrias centrales (el 25 de mayo y el 9 de julio), las identifican y pueden diferenciar los hechos, no así establecer sus relaciones dentro del proceso de formación de Estado. Situación semejante con la distinción entre habitantes de los Territorios Nacionales y los ciudadanos de las provincias históricas. Es decir, los saberes pueden definirse como un aprendizaje en proceso, pero no aprehendidos, faltando la consolidación relacional y crítica para su integración significativa, comprometiendo sus competencias de aprendizajes en las ciencias sociales. En lo referido a la integración de los saberes del devenir institucional pampeano en los materiales curriculares de la provincia, la evidente posición marginal y subordinación a los ejes de temáticas más generales, generan consecuencias negativas en el aprendizaje de los estudiantes (tanto del secundario y los ingresantes) por mantenerse un código disciplinar que propicia no sólo una enseñanza enciclopedista, sectorizada y memorística sino vaciado de interés para los estudiantes, al no arribar a una comprensión integral de los temas. (De Améloza, 2008)

Por otra parte, el propio devenir de la enseñanza de la Historia institucional en La Pampa nos ha mostrado experiencias valiosas que pueden considerarse intentos muy beneficiosos para modificar el código disciplinar hegemónico y realizar un giro en la perspectiva de la enseñanza. A su vez, este momento previo a los '90, se recuperó el accionar de un Estado comprometido en la concertación de nuevas propuestas educativas en concordancia a los valores democráticos participativos. En la actualidad, se requiere de un accionar gubernamental no solo en el fomento de las producciones bibliográficas con su correspondiente difusión en todos los ámbitos sociales y accesibilidad. También, tiene que propiciar las vinculaciones requeridas entre el espacio universitario y el Ministerio de Educación para poder ser empleadas en los establecimientos educativos de todos los niveles.

Para finalizar, el marco referencial de saberes y competencias propuesto a reconstruir nos dirigió en realidad a reflexionar sobre el contexto sociohistórico de la práctica de la enseñanza de la Historia institucional pampeana, como también de recuperar una nueva visión del proceso de enseñanza porque no tiene que ser estudiada ni interpretada por niveles cerrados, por lo contrario, estos niveles educativos deben tener una fluida comunicación y accionar en conjunto.

#### Bibliografía

- Antonio S. M. y Girotti, N. (2010) Constitución de La Pampa con propuestas de actividades para alumnos de nivel secundario. Cámara de Diputados. Provincia de La Pampa.
- Asquini, N. (2011). Días de odio. De la Libertadora a la revolución del 56 en La Pampa. Ed. CPE. Santa Rosa La Pampa.
- Asquini, N. y Pumilla, J. C. (2008) El Informe 14. La represión ilegal en La Pampa, 1975-1983. Ed. CPE. Santa Rosa La Pampa.
- Cañueto, G. N. (2014). "La enseñanza de la Historia en las aulas de la escuela secundaria. Un estado de la cuestión". Ponencia, en 2da Jornadas: Investigadores, grupos, proyectos, educación. Facultad de Humanidades. UNMP.
- De Amézola, G. A. (2008). Esquizohistoria: la historia que se enseña en la escuela, la que preocupa a los historiadores y una renovación posible de la historia escolar. Bs. As. Libros del Zorzal.
- De Amézola, G. y Cerri, L. F. (2019). Los jóvenes frente a la Historia. Aprendizaje y Enseñanza en escuelas secundarias. Ed. FaHCE, UNLP.

- Diez, V; Marini de Diaz Zorita, M. y Benitez, N. (1987). Manual Esttrada. Suplemento para la provincia de La Pampa. Ed. Estrada. Bs. As.
- Ferrari, J. (2011) El 9 de junio de 1956 en La Pampa. Ed. Biebel. Bs. As.
- Feauerschvenger, M. C.; González, J. H., Labey, C. y Smith S. M. (2007). Activa. La Pampa. Ed. Puertos de Palos. Bs. As.
- Finocchio, S. (2009). La escuela en la historia Argentina. Ed. Edhasa. Bs. As.
- Lluch, A. y Salomón Tarquini, C. (Ed) (2008). Historia de La Pampa. Sociedad, política, económica. Desde los poblamientos iniciales hasta la provincialización (ca. 8000 AP a 1952). Ed UNLPam. Santa Rosa La Pampa.
- Lluch, A y Di Liscia M. S. (Ed.) (2011) Historia de La Pampa II. Sociedad, política y eocnomia de la crisis del treinta al inicio de un nuevo siglo. Ed. UNLPam. Santa Rosa La Pampa.
- Ovalle Pasten, D. (2019) "Teoría de la Historia, conciencia histórica e historia conceptual: una conversación con Javier Fernández Sebastián", en Historiografías, 18 (Julio-Diciembre). Pp. 112-121.
- Romero, L. A. (2007). Volver a la Historia. Ed. Aique Educación. Bs. As.
- Zink, M y Cornelis, S. (2018) "Historia indígena regional: de la investigación a la enseñanza", en Cuaderno de Etnohistoria. Memoria Americana. Pp.:105-124.

DOI: 10.34096/mace.v26i1.6206

#### **Documentos educativos**

Nivel Nacional

Núcleos de aprendizajes prioritarios. Educación Secundaria. Ciclo básico. Ciencias Sociales. (1ero, 2do y 3er año). (2011) Consejo Federal de Educación. Ministerio de Educación. Presidencia de la Nación. Buenos Aires. Recuperado en:

https://repositorio.lapampa.edu.ar/repositorio/repositorio/materiales\_curriculares/nap/Secundaria/CB/NAP\_Secundaria\_CB-CienciasSociales.pdf

Núcleos de aprendizajes prioritarios. Educación Secundaria. Ciclo orientado. Ciencias Sociales. (4to., 5to y 6to año). (2013) Consejo Federal de Educación. Ministerio de Educación. Presidencia de la Nación. Buenos Aires. Recuperado en:

https://repositorio.lapampa.edu.ar/repositorio/repositorio/materiales\_curriculares/nap/Secundaria/CO/NAP\_Secundaria\_CO-CienciasSociales.pdf

#### **Nivel Provincial**

Materiales curriculares. Educación Primaria. Ciencias sociales (1° - 2° - 3° - 4° - 5° - 6°) (2015)Ministerio de Cultura y Educación. Gobierno de La Pampa. Recuperado de: https://repositorio.lapampa.edu.ar/index.php/materiales/primaria/item/ciencias-sociales-primaria

Materiales curriculares. Educación Secundaria. Ciclo básico. Historia (1ro., 2do. y 3er. Año). (2009) Ministerio de Cultura y Educación. Gobierno de La Pampa. Recuperado de:

https://repositorio.lapampa.edu.ar/index.php/materiales/secundaria/basico/item/historia

Materiales curriculares. Educación Secundaria. Ciclo Orientado. Historia (4to, 5to. y 6to.Año). (2013) Ministerio de Cultura y Educación. Gobierno de La Pampa.

Recuperado de:

https://repositorio.lapampa.edu.ar/index.php/materiales/secundaria/orientado/item/orient acion-ciencias-sociales-y-humanidades

# MEDIACIÓN, INTERINSTUCIONALIDAD E INTERDISCIPLINA: TRASPASANDO LOS LÍMITES EN BUSCA DE HERRAMIENTAS DE RESOLUCIONES GARANTISTAS DEL DERECHO DE LOS NNYA COMO EJE EN LITIGIOS FAMILIARES

Ivana Cajigal Cánepa Ana Belén Phagouapé

#### Introducción

Cada vez con mayor frecuencia, advertimos la existencia de conflictos familiares de alta complejidad, respecto a los que una ciencia o institución individualmente no puede dar respuesta. Se trata de situaciones que ameritan necesariamente un abordaje transdisciplinario e interinstitucional, en el que desde cada operador pueda efectuar un aporte diverso.

Si bien la complejidad aludida no se circunscribe a casos en los que se encuentren involucrados derechos de niñas, niños y adolescentes —en adelante NNyA-, el presente trabajo se limita a abordar aquellos conflictos familiares que redundan en el derecho de este grupo etario a mantener contacto con sus progenitores no convivientes y con terceros u otros miembros de la familia ampliada con quienes puedan existir lazos afectivos significativos.

Las situaciones aludidas, se reflejan en diversos ámbitos, tanto extrajudiciales, judiciales como prejudiciales.

Tradicionalmente, las cuestiones vinculadas a las entonces "visitas" –hoy sistemas o regímenes comunicacionales- eran ventiladas en el ámbito de los Juzgados de Familia, donde el abordaje interdisciplinario se presenta prima facie garantizado por la intervención de los equipos técnicos.

Desde 2014 a la fecha, la Ley Provincial de Mediación N° 2699 propone –y a la vez exige- que con carácter previo a la judicialización del conflicto, estas cuestiones sean sometidas al proceso de mediación prejudicial obligatoria, contexto en el cual no se cuenta con un equipo interdisciplinario de apoyo al trabajo que allí se desarrolla. En consecuencia, y dada la complejidad que el tema en muchas ocasiones trae aparejada, se volvió necesario coordinar con otras instituciones y organismos.

Sin dudas, el organismo con el que, particularmente en el último tiempo, se ha venido sosteniendo un trabajo fructífero en la temática, es la Defensoría de los Derechos de los

Niños, Niñas y Adolescentes, la que si bien en un inicio fue convocada a efectos de emitir una opinión garantista de los derechos de los NNyA, constituye hoy un eslabón fundamental a los fines de facilitar las revinculaciones de este grupo etario con el/la progenitor/a no conviviente u otro miembro de la familia ampliada.

En este marco, nos proponemos en el presente trabajo trazar algunas líneas significativas del trabajo que se ha venido desarrollando desde esta perspectiva en red, procurando ofrecer colaborativamente con eficacia un servicio a la comunidad.

## Los sistemas regímenes comunicacionales como cuestiones mediables en el marco de la mediación prejudicial obligatoria

Conforme introducíamos en los párrafos que anteceden, que en el marco de la Ley de Mediación Integral N° 2699, reglamentada por Acuerdo N°3277 del Superior Tribunal de Justicia del 30 de mayo de 2014, la mediación prejudicial obligatoria rige en la provincia de La Pampa desde noviembre de 2014, primero como un proyecto piloto y desde el año siguiente con todos los alcances previstos.

Sin perjuicio de que dicha normativa denomina a la instancia de mediación como "judicial", por nuestra parte preferimos referir como "prejudicial", en el entendimiento de que propiamente no se trata de un primer paso en el proceso judicial, sino, tal como el artículo 37 de la ley expresa, de una instancia "previa a todo proceso judicial".

De todos modos, lo cierto es que a partir de la implementación del sistema, ningún proceso judicial referido a la fijación de un régimen o sistema comunicacional podrá tramitar si previamente no se ha cumplimentado con la mediación<sup>1</sup>.

El proceso ha venido desarrollándose fundamentalmente de manera presencial en las Oficinas de Mediación ubicadas en las ciudades de Santa Rosa, General Pico, Victorica y General Acha y en algunas ocasiones de forma virtual o remota, acudiendo para ello al auxilio de la tecnología y procurando siempre una comunicación sincrónica entre las partes del proceso<sup>2</sup>.

En cualquiera de las citadas modalidades, el proceso de mediación discurre entre mediador/a, parte requirente y requerida y sus respectivos letrado/as patrocinantes, y eventualmente un/a comediador/a.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Conforme el artículo 6 y 39 inc. b) de la Ley N° 2699.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ello sin perjuicio de que en el marco de los sucesos consecuencia de COVID-19, transitoriamente se haya dispuesto que las audiencias sólo se realizarán de manera remota desde agosto de 2020.

En alguna oportunidad fueron convocados a la mesa NNyA, cuando la cuestión tratada involucraba directa o indirectamente sus derechos o intereses, práctica de carácter excepcional pese a que por nuestra parte ya hemos dejado en claro nuestra convicción respecto a la necesidad de escuchar de manera empática y subjetivante lo que ellos tuvieran para decirnos sobre sus deseos, inquietudes, sentimientos, etc<sup>3</sup>.

En este sentido, si su participación personal se vuelve necesaria en todo proceso que de alguna u otra manera los involucre como única respuesta convencionalmente aceptable a fin de garantizar el respeto de sus derechos, si la cuestión redunda en la posibilidad de un eventual contacto con un/a progenitor/a no conviviente o con otro miembro de la familia ampliada con quien por diversas razones se ha perdido el trato frecuente, especial relevancia tendría la posibilidad de poder coordinar con ellos la forma en que dicha vinculación o revinculación se llevará a cabo.

De todos modos, y aun cuando en la actualidad sólo con carácter excepcional se convoque a los NNyA cuando se ventilan en un proceso de mediación estas problemáticas familiares, esta es una cuestión que excede el objeto del presente trabajo, en el que la atención se focaliza en que la complejidad de los conflictos suele requerir de un abordaje integral de la situación, que propicien ámbitos de reencuentros y encuentros progresivos, y –sobre todo- cuidados, a fin de garantizar el respeto de los derechos de todos los involucrados, en especial, de los más vulnerables.

En este contexto, y ante la aludida carencia de equipos técnicos en el ámbito del proceso de mediación, se fue gestando la necesidad de procurar un trabajo en red con otros organismos públicos que pudieran dar auxilio cuando la complejidad de la problemática planteada así lo requiriese.

Los conflictos familiares son complejos por naturaleza, y por lo tanto, exigen respuestas de idéntico tenor, situadas y a la vez que contemplen "el todo y sus componentes". Un gran desafío es sin dudas poder contemplar "(...) la situación de toda la familia como grupo y no de los individuos tomados aisladamente" (Bustelo Eliçabe-Urriol, 1995, p.22)

A menudo, en casos en los que se verificaba la inexistencia o ruptura hacía algún tiempo del vínculo entre un NNoA y un adulto/a, uno de los principales obstáculos con los que se encontraba el/la mediador/a era la imposibilidad de brindar un ámbito físico que

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Ver Cajigal Cánepa, I., Phagouapé, A. B., "Del discurso al efectivo reconocimiento del derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes", I Congreso Nacional de Derecho", (2016) FCEyJ, UNLPam.

otorgara a las partes ciertas seguridades mínimas sobre la forma y el contexto en que se podría desarrollar la vinculación o revinculación que era objeto de la mediación. Y ello, en general generaba una resistencia irreversible en la parte requerida, que en definitiva redundaba en la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes y en la consecuente habilitación de la vía judicial.

Nos referimos a situaciones que se ventilan en la mesa de mediación, en las cuales, a la posición de "no quiero permitir el encuentro" subyace un reconocimiento del derecho a establecer el vínculo comunicacional, pero temores en relación a cómo reaccionar lo/as NNyA luego de quizás muchos años sin contacto, la posible irrupción en el momento del encuentro de terceros, una eventual situación violenta, entre otros, terminaban ocasionando que la parte se enquistara en una posición reticente, ya que poco podía hacerse en el acotado espacio de la mediación para poder brindar las garantías que las personas requerían.

No basta, pues, que las partes concurran a la instancia de mediación confiadas en las "supuestas" bondades del sistema, sino que esa confianza permanezca durante todo el proceso. Al respecto, Serrano (2008) reconoce que:

Sin duda el que los usuarios de la mediación tengan confianza en la misma, acudan con convicción y estén motivados es muy importante para un resultado positivo. Pero la motivación y la confianza no deben darse solo al comienzo del proceso: por supuesto, si este es el punto de partida las cosas se facilitan. Pero no es menos importante el mantenimiento de la confianza a lo largo de todo el proceso (p.57).

El proceso de mediación no permite circunscribirlo a un único encuentro, sino a todos aquellos que hagan falta y aún cuando las circunstancias de la cuestión mediada ameriten fijar en el tiempo una o varias audiencias de contralor, o bien cuando sea necesario generar encuentros dentro y fuera de la sala de mediación.

En este marco, como adelantábamos, comenzó a gestarse la necesidad de pensar estrategias que excedieran el proceso de mediación tal como se encuentra previsto en los términos de la normativa vigente, procurando que a través de un trabajo en red que desde un enfoque transdisciplinario e interinstitucional aportara estrategias, herramientas y espacios diversos que de algún modo complementen, faciliten y en definitiva permitan efectivizar los acuerdos "cuidados" –como solemos llamarlos- que puedan arribarse en la instancia de mediación.

Reconocer los límites de la formación profesional de cada uno y las ventajas de un abordaje en el que confluyan diferentes miradas es el primer desafío. Atreverse a llevarlo a cabo, el segundo.

Significa enriquecer la mirada no sólo con información sobre las otras disciplinas sino con una formación, que pasando por el cuerpo, por las emociones y sentimientos nos permita afrontar la tarea no sólo desde el plano de lo intelectual sino desde la integridad del sentir, pensar, hacer y decir (Bustelo Eliçabe-Urriol, 1995, p.85).

Desde esta perspectiva, se ofrece un servicio que garantiza a las partes la circunstancia de conservar su facultad de decisión en un adecuado equilibrio que permita garantizar los derechos e intereses de todos los involucrados en el conflicto familiar mediado, en particular, los NNyA.

### Sobre los Procesos de Vinculaciones Familiares y la articulación interinstitucional. Hacia un tratamiento subjetivante de los conflictos de familia.

En lo que respecta a la participación del Equipo Técnico de la Defensoría de los Derechos de los NNyA tal como consta anteriormente en un principio fuimos convocados tanto por la instancia judicial como prejudicial a emitir opiniones y sugerencias sobre la manera más adecuada y garantista de resolver los litigios, en instancia judicial y prejudicial, en clave de respeto por los derechos de los NNyA involucrados. El Equipo Técnico se conforma por una profesional psicóloga, una profesional del Trabajo Social y una abogada, de este modo se busca sostener una mirada, interpretación y accionar interdisciplinario, necesario para el abordaje de las complejidades familiares para las cuales nos convocan. Con el tiempo aquella primera consulta de opinión a nuestra institución derivó en que nos convocaran para una intervención más directa. Así comenzó a gestarse lo que hoy llamamos Procesos de Vinculaciones Familiares.

Nos sumamos para complejizar lo que por si es complejo, pero entendemos que es el camino propicio para encaminar una resolución que involucra intereses e inquietudes de más de una actor, pero de uno/a singular que nos ocupa, que son los NNyA, quienes per se merecen un trato diferencial. Un trato diferencial por ser sujetos de derecho en pleno desarrollo, con al menos un doble entendimiento de ello. Hay que visualizar una tendencia cuasi natural del adulto de darle al niño un tratamiento objetalizado, que

debemos advertir y modificar, en pos de desarrollar un tratamiento subjetivante de derechos con respecto a los NNyA. Será sobre la propulsión de ese mismo movimiento y sobre la base del propio desarrollo individual de los NNyA que llevará a que aquel trato subjetivante que le ofrece el adulto/a comience a ejercerle por sí mismo y por otros de su grupo etario, el NNyA.

Para dar formalidad y ofrecer un trabajo cuidado fuimos necesitando darle forma a nuestro trabajo, es así que fuimos delineando un diseño y una sistematización del proceso. El cual hemos de llamar Procesos de Vinculaciones Familiares. La nominación en plural deriva de que entendemos, y nuestra práctica se sostiene en, que cada situación familiar es particular y singular. Partimos de la idea que un vínculo es una construcción, es un efecto, un resultado; sobre todo vivencial y afectivo. Los NNyA por sus orígenes o por el linaje no está atado/a, o sujetado/a a aquel adulto/a que los proclama, más bien el lazo es afectivo y lo sostiene mayormente el respeto y el buen trato.

Es un Proceso porque lleva tiempo, una fracción temporal que se va delimitando con el transcurrir del desarrollo de los encuentros. No hay tiempos prefijados, sí lineamientos de intervención y avance, siendo nuestra premisa el transcurrir que nos marque, y el tiempo que necesite el NNyA.

Actualmente los Procesos -siempre en revisión y actualización- cuentan de cinco etapas: A) Encuadre de Trabajo; B) Entrevistas con los adultos/as involucrados; C)Entrevistas con los NNyA; D) Encuentros de Vinculación Familiar Propiamente dichos; E) Cierre del proceso: Valoración y Sugerencias.

A) Encuadre de trabajo: Consideramos éste el momento inaugural de nuestra intervención. En ésta primera instancia damos a conocer nuestro modo de trabajo y buscamos, para continuar, contar con la conformidad de nuestras condiciones y la colaboración activa y predispuesta de las partes.

Acordar con nuestra modalidad de trabajo es requerimiento indispensable para avanzar. Entre nuestras condiciones preexisten: estar disponibles ante nuestras citaciones y llamados, denotar flexibilidad con los tiempos, compartir que los mismos los regula el/la NNoA y no los tiempos institucionales o subjetivos del adulto/a, ser permeables a nuestras sugerencias y registrar apertura para la reflexión acerca de la historia vincular y el proceso por devenir.

En un principio el Encuadre de Trabajo lo debimos comunicar tanto a la instancia judicial/prejudicial como a las partes, cada vez. Sin embargo en éste

tiempo, cuando hemos instalado con otros actores un modo de trabajar y participar, descontamos que la instancia prejudicial y judicial conoce nuestra modalidad de trabajo y acuerda con la misma, colaborando con la delimitación del Encuadre desde que toman nuestra alternativa como una solución a la conflictiva que buscan resolver en el marco de una Audiencia de Mediación.

B) Encuentros con los/as adulto/as: Pautamos encuentros individuales con cada uno/a de los adultos/as involucrados/as. Mantenemos con los mismos entrevistas interdisciplinarias, del tipo individuales y semidirigidas. En éstos primeros encuentros buscamos reconstruir la historia personal de los acontecimientos que dieron lugar a la interrupción del vínculo con el niño/a, en post de conocer la perspectiva de cada involucrado/a, y delinear nuestro trabajo singular con cada uno/a. Al tiempo que intentamos arribar a una primera impresión diagnóstica acerca del tipo de vínculo -saludable o no-, del lugar que ocupa el NNy/oA - sujeto u objeto-, de la calidad de los deseos, intereses y expectativas, entre otros elementos de análisis. La duración y tipo de encuentros varía según cada situación, pudiendo reducirse a un encuentro o varios. De contar el/la adulto/a con espacio terapeútico, con su conocimiento, iniciamos contacto con los/as profesionales para un trabajo conjunto e integral, dado que no sustituimos los trabajos subjetivos y de reflexión que en lo singular probablemente requiera cada involucrado/a del proceso.

Estos encuentros pueden arrojar una valoración negativa con respecto a alguno de los adulto/as, lo cual de no poder trabajarse, como ser una mirada perjudicial del NNy/oA, malos tratos subyacentes, desacuerdo o falta de adherencia a la modalidad de trabajo, baja disponibilidad para la autoreflexión, entre otros, consideramos que no están dadas las condiciones en los adultos/as y determinamos no avanzar en el proceso de vinculación familiar; informando a quien corresponda.

C) Encuentros con el NNyA: Invitamos a las NNyA a explorar nuestro espacio físico de trabajo y comenzar a conocernos. De acuerdo a sus edades y entendimiento les explicamos quiénes somos y cuál es nuestra tarea. Intentamos presentarnos de una manera accesible, amena y amigable para ellos, creando un clima de confianza y escucha activa. Partimos del respeto por la subjetividad del

NNyA y buscamos conocer desde sus vivencias la historia familiar, sus sentimientos, pensamientos y deseos. Son éstos los elementos de análisis que principalmente guían el proceso en cada caso en particular.

Los encuentros con los niños pueden ser tantos como consideremos necesarios para alcanzar nuestro objetivo de delinear una aproximación diagnóstica de la situación en general y de las características de personalidad del NNyA. En los mismo implementamos diferentes técnicas de acercamiento y exploración: diálogo, juegos, dibujos, actividades con material artístico, fotografías personales/familiares, música, libros, entre otros. Buscamos conocer la realidad interna del NNoA, la modalidad de interacción con los otros/as significativo/as y los lazos que lo une a éstos/as.

Complementamos ésta fase de conocimiento y acercamiento a la subjetividad del NNyA con intercambios con las instituciones o profesionales que tienen contacto con el/la mismo/a, como puede ser: Escuela, Centro de Salud, Institución Social/Deportiva, profesionales privados, entre otras. Tal como consignamos y sugerimos para con los/as adultos/as, consideramos que es cuidadoso el hecho de que el NNoA cuente con un espacio terapéutico para ser contenido en lo que pudiese movilizar el proceso, y exceda a nuestra intervención e interpretación.

D) Encuentros de Vinculación Familiar Propiamente Dichos: Coordinamos los encuentros siempre que en las etapas previas hayamos arribado a la conclusión de que están dadas las condiciones tanto en los/las adultos/as involucrados como en los NNyA. En un principio los encuentros son supervisados y guiados de manera directa permaneciendo presentes los profesionales del Equipo para luego, de manera gradual, irnos retirando.

Con el NNyA, en base a sus gustos y recuerdos, prediseñamos los primeros encuentros, anticipando el momento e imaginándonos la actividad que compartiremos. Al mismo tiempo con el/la adulto/a mantenemos entrevistas previas para transmitir la esencia del encuentro y trabajar sobre el manejo de sentimientos, información, pensamientos, obsequios ante la presencia del NNoA.

De aquí en más los sucesivos encuentros que se fueran programando dependen de las valoraciones permanentes que vamos haciendo acerca de lo beneficioso o no que le resulte al NNoA. En este punto valoramos en el NNoA: su estado anímico, sus sentimientos durante y posterior al encuentro, manifestaciones verbales y comportamentales, la presencia de deseo y expectativa en futuros encuentros, entre otros.

En el adulto acompañamos para encontrar templanza, capacidad de espera, respeto por lo que diga, haga, necesite y quiera el NNoA, tolerancia a la frustración, entre otros elementos que hacen a las habilidades y herramientas para ejercer un rol adulto de protección y cuidado para con los NNyA.

E) Valoración y sugerencias: Avanzando el proceso, hasta el punto que así fuera considerado beneficioso para el NNoA elaboramos y elevamos el Informe correspondiente al organismo que nos solicitó intervención.

De haber avanzado positivamente y considerar que acompañamos en la construcción de un vínculo saludable para el NNoA, el cual ya no requiera supervisión y guía de nuestra institución, sugerimos, y en ocasionamos colaboramos en diseñar, un Régimen Comunicacional acorde a la realidad familiar y personal de los involucrados, en tiempos y espacios que respeten la cotidianidad del NNoA, para así de éste modo restituir el derecho de estos/as a ampliar su entorno familiar, de protección y contención.

Durante todo el Proceso de Vinculación procuramos que los NNyA sean reconocidos como sujetos/as de Derecho, sean escuchados/as, contenidos/as, respetados/as en sus sentimientos y pensamientos, tanto por la instancia prejudicial, judicial como administrativa, como por el/la adulto/a que lo/la cuida diariamente y por quien pretende vincularse con el/la mismo/a.

Entendemos que la salida a ciertos conflictos familiares puede darse desde la luz que puede aportarnos los NNyA siempre que podamos escucharlos y considerarlos como sujetos de derechos. Escucharlos implica hacerlo con respeto, suponiéndoles un sentir, un pensar y un saber, de la medida del desarrollo y madurez alcanzado por ellos/as, al cual contribuimos si lo hacemos de manera cuidadosa. Una intervención que a su vez pensamos, junto a lo operadores judiciales y de niñez en general, que es para cuidar a todos/as, también a los adulto/as involucrados, los cuales no desconocemos que pueden estar sufriendo y tener inquietudes valideras. Pero aquellos NNyA que por vulnerables ameritan un trato diferencial, puede ser ellos quienes nos guíen en el modo de trazar

líneas de abordaje respetuosa de los derechos de todos/as. Se trata a la vez de romper con la idea de intereses contrapuestos, la idea de intervenir y resolver en familia debería ser de la de cuidar a todos/as, sobre todo claro a los NNyA, pero también a los adultos/as que cuidan de éstos, sin ellos saludables, seguros y fortalecidos el NNyA puede dejar de contar con un entorno contenedor, necesario para un desarrollo integral, otro de los derechos que los asisten.

De esto modo nos entrelazamos, nos interresponsabilizamos y de a poco, paso a paso, encuentro a encuentro con los operadores, con los adulto/as y con los NNyA. Vamos instalando un paradigma de pensamiento y de trabajo de los NNyA como sujetos de derecho.

Los NNyA están en pleno desarrollo en ellos incide no solo su entorno cotidiano, nosotros según como hagamos nuestro trabajo también podemos incidir en los procesos de desarrollo, de estructuración y reestructuración que permanentemente se encuentran, y más cuando atraviesan alguna situación familiar pasible de ser traumática. Pues, "si se escucha y no se objetiva, los niños/a que "cuentan con armas para sustraerse de la escala racional de los mayores" son una voz absolutamente indispensable en la articulación entre acciones, disciplinas y saberes que implica el cuidado" (Sotolkiner, p. 39)

Desde esta perspectiva, entendemos que debe enmarcarse la tarea del operador de niñez, siempre desde una mirada multidisciplinar, pensando que nuestro trabajo, si bien se focaliza en la atención de un conflicto familiar que debe ser mirado en su integralidad, nuestra atención siempre deberá promover la defensa de los derechos de los NNyA. Pues, sólo cuando uno verdaderamente los escucha

(...) y se ofrece como espacio de confianza para acompañar, se generan efectos, en primer lugar, para el niño que se siente tomado en cuenta, y también para los adultos. La presencia de la voz del niño, enmarcada jurídicamente, les otorga a los procesos otra dinámica; en general, con resultados favorables. (Granica, p. 137)

#### Conclusión

Promover los derechos humanos de NNyA exige la implementación de políticas públicas que permitan brindar respuestas eficaces, no solo en su contenido sino temporalmente acordes a la satisfacción de tales derechos.

La mediación se presenta como un ámbito propicio para abordar problemáticas familiares complejas, las que muchas veces ameritan un abordaje que trasciende el ámbito de la sala de mediación, volviéndose necesario un trabajo en red con instituciones u organismos que desde un enfoque transdisciplinario aporten herramientas de intervención acordes.

La Defensoría de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes desde sus funciones fue convocada a emitir una opinión garantista de los derechos de las infancias que con el tiempo traspasó también los límites de las recomendaciones para ofrecer una intervención directa en las conflictivas donde se supone vulnerado el derecho de NNyA a mantener contacto con el/la progenitor/a no conviviente u otro miembro de la familia que reclame derechos e intereses.

Si bien el trabajo de este modo se complejiza, se extiende en el tiempo. La solución puede no ser inmediata, pero entendemos es el camino: ante conflictivas complejas se exigen intervenciones complejizantes. Los conflictos familiares que se buscan resolver llevan tiempo de gestación y necesitan de tiempo y un trabajo artesanal y multifocal para aproximar una solución garantista de los derechos de todos/as pero por sobre todo de los N,NyA. No perdiendo de guía que sus intereses deben ser la guía de resolución de los litigios familiares, primando sobre los intereses de los demás actores, tanto familiares, estatales o particulares.

Las soluciones pueden ser parciales, pueden coincidir con los intereses de todos o de pocos, pueden acercarse o alejarse de los intereses de cada involucrado pero comenzamos a encontrar la convicción que si miramos, pensamos e ideamos junto a los NNyA encontraremos la mejor solución, en un tiempo y en un momento determinado para cada conflictiva familiar, siempre compleja, siempre única, siempre dinámica.

Por lo antedicho y por el proceso pensado e integral que entendemos debe diseñarse en lo general y aplicarse en lo particular de cada situación y en lo singular de cada uno de los involucrados entendemos que esto que empezó como una colaboración de la Defensoría debería ser inspirador para crear un organismo que se especialice en tal tarea.

A partir de este trabajo interinstitucional detectamos la necesidad de que se piense en políticas públicas que de origen a una entidad que tenga tales funciones como respuesta a una necesidad puntual, bajo la perspectiva de restitución de derechos de NNyA y de respuestas estatales eficaces y eficientes.

#### Bibliografía

- Bustelo Eliçabe-Urriol, D. J. (1995): *La mediación familiar interdisciplinaria*. Madrid: Ensayo.
- Cajigal Cánepa, I., Phagouapé, A. B., "Del discurso al efectivo reconocimiento del derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes", I Congreso Nacional de Derecho", (2016) FCEyJ, UNLPam.
- Granica, A., Escuchar niños. *Miradas y concepciones disciplinares sobre el rol del abogado del niño desde la Convención hasta nuestros días*, en Tollo, M. E. (comp.) (2019): Escuchar las infancias. Buenos Aires: Noveduc
- Serracino, J., "Infancia Institucionalizada: narrativa de las experiencia de familias del programa de "Reparación, acompañamiento y vinculación familiar". Disponible en https://silo.tips/download/infancia-institucionalizada-narrativas-de-la-experiencia-de-familias-del-program
- Serrano, G.: "Eficacia y Mediación Familiar". Boletín de Psicología, No. 92 (marzo 2008): 51-63. Disponible en <a href="https://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N92-3.pdf">https://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N92-3.pdf</a>
- Quiroga, S. et al, "Terapia de Revinculación. Una Experiencia Clínica". Disponible: http://www.aacademiaca.org/000-054/229
- Visir, P., "Revinculaciones en casos de abuso sexual infantil: Posibilidades y limitaciones".

  Disponible en <a href="http://maltratoyabusoinfantil/2009/03/revinculaciones en caso de aguos.html">http://maltratoyabusoinfantil/2009/03/revinculaciones en caso de aguos.html</a>
- Tesone, S., (2013): Revinculación. Una mirada desde la complejidad. Chile: Ispcan.

EL EMPLEO DE PLASMA CONVALECIENTE PARA TRATAR PACIENTES CON COVID-19 EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA: ALGUNAS CONSIDERACIONES BIOÉTICAS

Ivana Cajigal Cánepa

Introducción

La irrupción a nivel mundial del COVID-19 sin dudas ha constituido un hito no sólo en el ámbito de las ciencias de la salud, sino en la historia de la humanidad.

Desde las primeras noticias que se conocieron de la existencia de este virus, los científicos se han visto en la necesidad de focalizar su atención en dos vertientes diferentes: el hallazgo, por un lado, de una vacuna, y por otro -y entretanto- el de un tratamiento susceptible de ser indicado a los pacientes que padecen la enfermedad.

Dentro de esta segunda línea de acción, se presenta el plasma de convaleciente como una alternativa de tratamiento en determinados pacientes en estado grave, que siendo aún experimental, a la fecha ha venido mostrando algunos resultados que parecen alentadores.

En este marco, recientemente La Pampa se enfrentaba a la difícil decisión de evaluar el protocolo de su implementación a fin de admitir, o bien rechazar, su empleo en el ámbito provincial. A tal fin, el Ministerio de Salud local remitió dicho protocolo para su análisis al Consejo Provincial de Bioética.

El tiempo apremiaba, en virtud de que ya había pacientes internados a quienes podría serles de utilidad el tratamiento, pero los interrogantes de tinte bioético no eran pocos, y el debate, si bien acotado en el tiempo, exigía un análisis de la conveniencia/inconveniencia de admitir como política pública este tratamiento para la población pampeana.

En el presente trabajo nos proponemos realizar un análisis que, partiendo de la consideración del derecho a la salud como derecho humano, focalice en los principios bioéticos involucrados en la adopción de un tratamiento que se encuentra en fase experimental como alternativa terapéutica en pacientes que padecen COVID-19, y cómo ello repercute en términos de política pública en materia de salud.

El Consejo Provincial de Bioética de la Provincia de La Pampa

En diciembre de 2018, por Resolución N° 3101/18 del Ministro de Salud de la Provincia de la Pampa, se creó en el ámbito de dicho Ministerio el Consejo Provincial de Bioética conformándose su integración inicial por Resolución N° 4948. De este modo, nuestra

81

provincia dejaba de ser una de las pocas en el país que no contaba con un Consejo o Comité – conforme la denominación de la jurisdicción de que se trate- destinado a abordar las problemáticas bioéticas de su territorio.

Al comenzar sus actividades, este Consejo dictó a principios de 2019 su reglamento interno, y se concibió formado por dos Comisiones: la de Ética en Investigación y la de Bioética, las que inmediatamente comenzaron a funcionar.

Ambas comisiones tienen como finalidad principal establecer las directrices y recaudos para regular, acreditar y –a futuro- reacreditar los diferentes Comités existentes y los nuevos por crearse dentro del ámbito provincial, garantizando el cumplimiento de las disposiciones provinciales, nacionales e internacionales en la materia, respectivamente, con incumbencia en investigación y bioética. Por otra parte, también funciona como un órgano de revisión de las decisiones de los Comités acreditados, pudiendo emitir dictámenes respecto de la aprobación de investigaciones a realizarse en nuestra provincia como respecto de cuestiones bioéticas cuando no existe un Comité que pudiera tratar el tema.

Las reuniones ordinarias se llevan a cabo cada quince días, habiéndose realizado la primera el día 2 de enero de 2019.

Desde aquel momento a la actualidad, ha venido desarrollando las funciones mencionadas en un trabajo conjunto y coordinado con los diversos Comités existentes como así también con diversas instituciones y organismos, como CONICET, la UNLPam y diversos centros hospitalarios de la provincia, persiguiendo siempre como norte fomentar "la cconciencia" bioética en la provincia.

## El funcionamiento del Consejo en el contexto de pandemia: el uso de plasma de convaleciente para tratar pacientes con COVID 19

#### A) La solicitud de aprobación del protocolo

La pandemia de COVID 19 ha producido cambios en la forma de trabajo a nivel mundial, y el Consejo Provincial de Bioética no fue la excepción. Como gran parte de las instituciones, ha procurado mantener la actividad sesionando de manera virtual, y –cuando las condiciones sanitarias lo han permitido- presencialmente.

En esta contexto, en julio de 2020 el Ministerio de Salud Provincial remitió al Consejo para su aprobación el "Protocolo de Acceso Extendido para banco de sangre que provean plasma de donante convaleciente de COVID-19"/ Protocolo Operativo Estándar —en adelante POE-.

Se requería así el análisis y dictamen urgente del mencionado protocolo, atento a que a la fecha en el que tema iniciaba su tratamiento en el Consejo había dos pacientes internados en la provincia, respecto a los cuales se requería el empleo de plasma de pacientes recuperados. Al menos, la opinión médica de los profesionales de la salud que atendían estos pacientes, entendían que era este el tratamiento más apropiado para el tratamiento abordar la enfermedad, de algún modo avalados por noticias que evidenciaban la evolución favorable de pacientes en similares condiciones.

El POE era un protocolo que había sido elaborado bajo las Directrices para Banco de Sangre Intrahospitalarios (BSI) y Centros Regionales de Hemoterapia (CRH) que provean plasma convaleciente Covid 19 a Instituciones Sanitarias Asistenciales, bajo el amparo de la Resolución 783/2020, mediante la cual el 17 de abril el Ministerio de Salud de la Nación creó el "PLAN ESTRATEGICO PARA REGULAR EL USO DE PLASMA DE PACIENTES RECUPERADOS DE COVID-19 CON FINES TERAPEUTICOS".

El desarrollo del POE se llevaría cabo en el establecimiento asistencial "Dr. Lucio Molas" de la ciudad de Santa Rosa, a través del Servicio de Hemoterapia, de dicha institución, sometiéndose a consideración del Consejo Provincial de Bioética las diferentes etapas o "pasos" del protocolo: convocatoria de donante, selección del mismo, colecta de PCC19, etiquetado, cadena de frío del plasma, liberación de la unidad, trazabilidad y finalmente el procesamiento.

Se imponía así al Consejo un gran desafío, que "en épocas ideales" hubiera merecido una discusión y análisis en profundidad, pero que en esta ocasión la premura de los tiempos para dictaminar sobre su admisibilidad, no permitía. Sea en sentido favorable, sea en una opinión contraria, lo cierto es que el Consejo de Bioética debía expedirse, y hacerlo lo antes posible. Pacientes atravesando la enfermedad esperaban una respuesta.

De inmediato, los Consejeros se dispusieron a trabajar, mediante reuniones virtuales. Desde el punto de vista bioético, la cuestión medular redundaba en determinar si el protocolo sometido a consideración cumplía con los principios bioéticos que podrían ameritar un dictamen favorable, en un contexto en el que –además- la ciencia a nivel mundial aún no había publicado resultados concluyentes respecto de los resultados del empleo de plasma de pacientes recuperados, si bien los primeros ensayos realizados en otros puntos del país y en el extranjero, parecían demostrar resultados alentadores en el tratamiento de la enfermedad COVID19.

#### B) Los principios bioéticos involucrados

El respeto a la dignidad y a la inviolabilidad de la persona humana ha sido el eje central que ha enmarcado la actuación del Consejo Provincial de Bioética desde su creación hasta nuestros días, casi parafraseando el artículo 51 del Código Civil y Comercial<sup>1</sup>, que como norma de inicio del Capítulo referido a los hechos y actos personalísimos constituye un principio de tinte constitucional y convencional.

La necesidad de brindar una respuesta a planteos dilemáticos en el plano bioético, fundamentalmente vinculado al medio ambiente y a las ciencias de la salud -como el que en esta oportunidad se requería al Consejo- cada vez más frecuentes en la sociedad contemporánea, fueron propiciando un desarrollo teórico de esta disciplina, que poco a poco ha ido conquistando espacios desde los inicios de la bioética en la posguerra hasta nuestros días. En este contexto, se han planteado diversas teorías, sin perjuicio de lo cual es frecuente recurrir al "principalismo" como marco de referencia, especialmente cuando debe someterse al tamiz bioético alguna cuestión vinculada la "clínica" en materia de salud, es decir cuando las propuestas hechos científicos e investigaciones en la medida en que provocan un impacto sobre la vida humana (Molina Ramírez, 2013, p.26).

De allí, la importancia que tiene, en nuestra opinión, plantear las eventuales soluciones a los dilemas bioéticos, en el campo médico, en términos de principios.

En la actualidad, existe cierto consenso en reconocer la existencia de cuatro principios bioéticos fundamentales - inclusivos de otros que se han esbozado tanto en el plano normativo como doctrinario<sup>2</sup>-, que en 1979 fueron señalados por primera vez y luego revisados en cuatro

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Artículo 51 C.C.C.: "Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad"

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Además, se pueden señalar otros documentos y estudios doctrinarios de importancia teórica y práctica, en el ámbito de la bioética médica. Entre los primeros, cabe citar: 1) El decálogo conocido como los "Principios de Núremberg" publicado en 1947, resultado de las deliberaciones enmarcadas en el juicio al que fueron sometidos luego de la culminación de la II Guerra Mundial los médicos acusados de realizar experimentos en violación a derechos humanos, y en el que constituye uno de los documentos de ética en la investigación clínica más relevantes, en él se basarían los códigos subsiguientes (http://www.leloir.org.ar/cbfil/wpcontent/uploads/sites/57/2016/07/TRIBUNAL-DE-NUREMBERG\_C%C3%B3digo-de-Nuremberg\_1947.pdf) 2) La Declaración de principios éticos comunes a quienes configuran y prestan la asistencia sanitaria, conocida como "los seis principios de Tavistock", que adquirieron su nombre de la plaza donde se encuentra la sede de la British Medical Association, y que fueron elaborados por un grupo de especialistas en bioética con el objetivo de adaptar a los tiempos actuales los principios básicos de aplicación en el sistema sanitario (https://es.scribd.com/doc/54896966/Principios-de-Tavistock); 3) La Declaración Universal sobre Bioética y derechos humanos que en los artículos 3 al 17, definió los 15 principios de la bioética, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, -(http://portal.unesco.org/es/ev.phpe1 2005. URL ID=31058&URL DO=DO TOPIC&URL SECTION=201.html)

Entre los aportes doctrinarios, cabe mencionar: 1) Hottois (2007) agregó a los cuatro principios clásicos los siguientes: dignidad del ser humano, sacralidad de la vida, cientificidad, seguridad, proporcionalidad entre ventajas y riesgos, protección al vulnerable, precaución y desarrollo sostenible; 2) Luego, Maliandi y Thüer (2008), en el marco del desarrollo de su teoría de la ética convergente plantean en parejas cuatro principios:

oportunidades por Beauchamps y Childress (1999): la autonomía, la no maleficencia, la beneficencia y la justicia. A parir de ellos, se propuso analizar el protocolo POE:

- 1) La autonomía: especial consideración se tuvo en que ambas "partes" que tienen intervención en el procedimiento presten su consentimiento previo, informado y libre, tanto en relación al paciente ya recuperado que consiente la extracción del plasma como respecto a quien manifiesta su voluntad afirmativa para recibir su transferencia. La cuestión exigía prestar especial atención a la información sanitaria que se brindaría a todas las personas involucradas, en particular en relación a si, siempre de acuerdo a la información científica con que se contara al momento de realizarse cada práctica, el protocolo ofrecía garantías suficientes tendientes a asegurar que todas recibirían información clara, adecuada y pertinente de los profesionales de la salud actuante, evitando la posibilidad de que pudiere realizarse alguna práctica en la cual el consentimiento prestado se redujere a cumplir con un requisito formal volcado en un papel "preimpreso". En este punto, el Consejo entendió que ambos aspectos se encontraban satisfechos.
- 2) No maleficencia: este principio, al igual que el siguiente, exigían ser analizados en un contexto de escasa información científica, en la cual –y sin perjuicio de considerar que había opiniones contrarias- la mayor parte de los estudios de laboratorio y clínicos evidenciaban que –al menos- la práctica propuesta no representaba riesgos significativos en desmedro de la salud ni de quien donaba el plasma ni de quien lo recibía. En función de ello, el Consejo se pronunció entendiendo que este principio bioético también se encontraba satisfecho.
- 3) Beneficencia: como anticipábamos, los estudios a nivel mundial del tema eran recientes, y si bien mostraban una perspectiva favorable a la recuperación de quienes padecían la enfermedad, eran ensayos clínicos que no superaban aún los estándares de cantidad de casos que permitieran obtener resultados que pudieran tenerse como respuestas científicas acabadas. Si bien quizás era el punto neurálgico de la discusión bioética, en relación a la escasa evidencia científica de los beneficios esperables de la práctica, este principio conjugado con la nula evidencia de eventuales riesgos para la vida o la salud tanto del donante como del receptor,

-

universalidad/individualidad y conservación/realización, los que se corresponden con de justicia, no maleficencia, autonomía y beneficencia, de la teoría clásica. De acuerdo a los citados autores, la universalidad y la conservación poseen una dimensión fundamentadora; en tanto que la individualidad y la realización detentan una dimensión crítica.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Nos referimos tanto al donante de plasma como al receptor.

- expuestos anteriormente, llevaron al Consejo a sostener que al momento no parecía estar afectado este estándar.
- 4) Justicia: finalmente, cabía preguntarse si este ella, que podría ser explicada recurriendo a la conocida máxima de Ulpinano "ius suum unicuique tribuens", la cual traducida expresa "dar a cada uno aquello que le corresponde". Como materialización de la idea aristotélica de justicia distributiva, la "justicia" como principio bioético redunda en la consideración del derecho a la salud en tanto derecho humano insoslayable, a la vez que implica asegurar una adecuada distribución equitativa de recursos materiales y humanos, a fin de brindar a cada paciente la atención que sea apropiada según el caso y en los tiempos que las circunstancias exijan. Analizado el POE, y teniendo en cuenta de la naturaleza finita de ambos recursos, el Consejo entendió que dicho protocolo cumplía con los estándares mínimos en la materia. En definitiva, la aprobación del protocolo se presentaba como la herramienta que materializaba la posibilidad de brindar a la población pampeana el acceso a un avance científico que parecía mostrar resultados alentadores, en un contexto mundial pandémico donde las opiniones de los profesionales de la salud y la publicaciones científicas se emitían "contrareloj" y con conclusiones muchas veces contradictorias.

#### C) La aprobación del protocolo

Por los argumentos vertidos, finalmente, el 30 de Julio de 2020 el Consejo Provincial de Bioética y luego de un arduo debate interno, emitió dictamen por unanimidad avalando la factibilidad operativa, instrumental y técnica del POE, con fundamento "en la necesidad de satisfacer la búsqueda de alternativas terapéuticas para paliar los efectos de la pandemia COVI19", considerando especialmente "la disponibilidad de los recursos técnicos y capacitación del recurso humano para desarrollar la propuesta autorizada a nivel Nacional", pero subrayando especialmente la necesidad de que "la instrumentación terapéutica deberá ser analizada en el marco institucional asistencial de aplicación habida cuenta de su carácter experimental".

Inmediatamente a la recepción de la aprobación aludida, el Servicio de Hemoterapia del Hospital comenzó a trabajar en el tema. Otra vez, ante la premura de tiempos y que complejidad del estado de salud de dos de los pacientes internados que requerían la aplicación del plasma de convaleciente y la inexistencia al momento de un banco, personal del

Ministerio de Salud se dirigió a la localidad de Bahía Blanca en procura de dicho material, que fue luego empleado en los pacientes mencionados. A partir de allí, la totalidad del proceso conforme los ocho "pasos" o "etapas" del protocolo comenzaron a realizarse en la Provincia.

#### Investigación y avances

Pero las investigaciones científicas en la materia –lógicamente- no se agotaron en los avances conocidos en julio de 2020. Quizás en tiempos históricos podamos decir que apenas pasaron poco más de dos meses.

Recientemente, ha sido publicado un informe del Hospital Italiano de Buenos Aires, que da cuenta de un estudio realizado en 334 pacientes por doce instituciones de salud de distintas localidades del país y coordinado por el Hospital Italiano de Buenos Aires bajo el título "Ensayo Pasm-ar: primer estudio en evaluar la eficiencia de tratamiento de plasma de convalecientes para la neumonía severa con COVID-19".

Sintéticamente, en este estudio que procuraba demostrar la eficacia del empleo de plasma de convalecientes, la metodología empleada fue de doble ciego y consistió en dividir a los pacientes enfermos en dos grupos, y por cada dos pacientes que efectivamente recibieron plasma, uno recibió una solución salina (placebo).

Los resultados del mencionado trabajo de investigación, conforme lo publicado, demostraron que "entre los pacientes hospitalizados con neumonía por COVID-19 con criterios de gravedad, el uso de plasma de convalecientes no produjo un beneficio clínico significativo a los 7, 14 o 30 días de seguimiento en comparación con el uso de placebo. Con respecto al perfil de seguridad, no hubo diferencias estadísticas en términos de efectos adversos comparadas con el placebo".

Este informe, y si bien es el único trabajo en nuestro país publicado a la fecha, amerita que como Consejo estemos alertas a los avances científicos en la materia. La circunstancia de que —pese a la dudosa efectividad del tratamiento en la recuperación de los pacientes que se relata-el estudio sea contundente respecto a que no se evidencias factores que hubieran agravado el estado de salud del paciente por haber recibido plasma como así tampoco que ello hubiera dificultado una evolución favorable, permiten continuar admitiendo en la Provincia del práctica, siempre al atento seguimiento de lo que la experiencia científica y clínica vayan

\_

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Dichos pasos son: convocatoria del donante, selección del donante, colecta de PCC19, etiquetado, cadena de frío Covid-19, liberación de la unidad, trazabilidad y procesamiento.

demostrando, máxime tratándose de un tratamiento que se encontraba —y aún hoy lo están- en fase experimental.

#### Palabras finales

La pandemia de Covid-19 provocó un cimbronazo que afectó a toda la población a nivel mundial. Rutinas, hábitos, costumbres, en definitiva, "maneras de vivir", repentinamente de vieron modificados.

Repentinamente, debieron diseñarse estrategias en el ámbito sanitario, tendientes a poder brindar atención a un sinnúmero de pacientes que se estaban viendo afectados por la enfermedad.

Uno de los mayores desafíos que presentaba la pandemia, era diseñar políticas públicas sanitarias de manera inmediata, en un contexto donde el fuerte avance de la enfermedad exigía respuestas urgentes.

La existencia de un Consejo Provincial de Bioética, que si bien hasta el momento había tenido escasa difusión pública, constituyó una herramienta fundamental para poder ponerse al servicio de la población en la necesidad de admitir determinadas prácticas que pudieran contribuir al tratamiento de pacientes infectados de Covid-19.

Las investigaciones a desarrollarse en el tiempo continuarán sin dudas avanzando hacia estrategias eficaces en el abordaje de la enfermedad. Pero lo cierto es que, la aprobación oportuna del protocolo que autorizó el empleo de plasma de convaleciente en el territorio provincial, permitió a la población poder acceder en tiempo oportuno a una práctica que -ante la inexistencia de efectos adversos significativos y superando los estándares bioéticos de acuerdo a la información científica con la que se contaba- desde la ciencias de la salud se proponía como una herramienta eficaz en el tratamiento de la enfermedad.

#### Bibliografía:

Beauchamp TL& Childress JF. (1999). *Principios de Ética Biomédica*. Barcelona: Masson Hottois, G. (2007) La *ciencia: entre valores modernos y posmodernidad*. Bogotá: Kimpres, Maliani R. & Thüer O. (2008). *Teoría y praxis de los principios bioéticos*. Remedios de Escalada: Universidad Nacional de Lanús

Molina Ramírez, N.: "La bioética: sus principios y propósitos, para un mundo tecnocientífico, multicultural y diverso". *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 8, núm. 2, (juliodiciembre 2013): 18-37.

#### PROYECCIÓN Y MOTIVACIÓN. DISCORDANCIAS Y DESCONEXIONES ENTRE EL GUSTO PROFESIONAL Y EL FUTURO LABORAL DE LOS ESTUDIANTES DE ABOGACÍA DE LA UNC

Diego A. Cevallos Ammiraglia

#### Introducción

El presente trabajo se inscribe en una línea de investigación sobre educación jurídica y profesiones del derecho, la cual encuentra asidero y desarrollo en la Cátedra B de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC)<sup>1</sup>.

El trabajo presenta avances de una idea más amplia, y se focaliza en las relaciones existentes entre las motivaciones laborales y la proyección en el campo laboral de algunos estudiantes de abogacía de la Facultad de Derecho (UNC).

A partir de la lectura de antecedentes (Begala y Manzo, 2019; Manzo, 2008; Manzo, 2008b; entre otros) conocemos el perfil de abogado y abogada hegemónico de la Facultad de Derecho (UNC): el/la abogado/a tradicional. Consiste en ese modelo de abogado/a independiente que opta por trabajar profesionalmente en un estudio jurídico propio o ajeno. Ahora bien, una mirada preliminar de los datos, nos permitió ver que había supuestos en donde el futuro de algunos estudiantes encuestados apuntaba a un perfil profesional de abogado tradicional y los gustos no. Es por ello que nos interesa analizar las relaciones entre las motivaciones y el futuro profesional.

Mediante la aplicación de encuestas, recolectamos 243 casos de estudiantes de abogacía de la Facultad de Derecho (UNC), en donde los alumnos dan cuenta de sus gustos profesionales y ponen de manifiesto su proyección laboral. Cabe aclarar que si bien es cierto que los estudiantes podían expresar hasta cuatro posibles futuros (en orden de jerarquía) y hasta tres gustos (en orden de importancia) tomamos solamente la primera opción en ambas dimensiones.

El trabajo se estructura en cuatro apartados. En el primero de ellos, nos encargamos de poner de relieve los mojones teóricos. En un segundo momento, presentamos algunos

-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> El Proyecto actual es: "La enseñanza para la práctica profesional de abogacía: procesos de adquisición de conocimientos, habilidades y destrezas en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y La Plata". SECYT. Lugar de trabajo: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Directora del proyecto: Mgter. Silvana Begala.

rasgos del código de la Facultad. En tercer lugar, realizamos el análisis, mientras que en una cuarta y última instancia, plasmamos algunas consideraciones finales.

#### 1. Nuestro encuadre teórico

El artículo utiliza como insumos algunos aportes teóricos de Basil Bernstein y de Pierre Bourdieu, así como las producciones realizadas por científicos del equipo de investigación.

A partir de antecedentes, conocemos que las competencias "apuntan a la producción de un perfil profesional determinado" (Begala y Manzo, 2019: 2). En el caso de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho (UNC), conforme los antecedentes analizados (Begala y Manzo, 2019; Manzo, 2008; Lista, 2006b; entre otros), el perfil profesional dominante es el abogado tradicional. La construcción de este perfil profesional tiene como escenografía un modelo jurídico dominante, que es el positivismo jurídico (Lista y Brígido, 2002). Este modelo jurídico dominante se asimila en el *código* de la institución. El código "es un principio que regula las experiencias del sujeto" (Bernstein, 1990:50). Conforme la mirada teórica del autor inglés, el código puede ser analizado en distintos niveles: macro, micro y en la subjetividad. La cultura institucional propia de cada agencia educativa puede explicarse a partir del *código* (Lista *et al*, 2009: 56). Al estar "expuesto" a un código determinado durante varios años que dura la carrera universitaria, los estudiantes han incorporado el código de la institución, haciéndolo suyo. Cuando es adquirido por el sujeto, el código se torna un "dispositivo de posicionamiento del sujeto" (Lista y Brígido, 2002).

En un antecedente (Lista *et al*, 2009) se reconstruye las motivaciones iniciales<sup>2</sup> de los/as estudiantes, que eligen a la abogacía como profesión, y se advierte, entre otras razones, que la idea de justicia, el círculo próximo –capital social- y motivos instrumentales, están presentes en la elección de la profesión. Ahora bien, cuando el proceso socializador ya es avanzado, por lo general los ideales de justicia quedan relativizados (Begala, 2006). En consecuencia, tanto la proyección como la motivación personal sufren mutaciones, una suerte de "metamorfosis" (Lista *et al*, 2009).

La proyección a futuro supone lo que se imaginan los estudiantes en el porvenir en el campo laboral (Gianquinta y Viqueira, 2014). Ahora bien, la proyección responde,

91

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Si bien en este trabajo no tendremos en cuenta de manera principal a las motivaciones iniciales, son significativas para interpretar algunos procesos.

apoyándonos en lo conceptualizado hasta aquí, al menos, a dos cuestiones. La primera de ellas, la accesibilidad a ciertos puestos de trabajos. Las razones de la accesibilidad, pueden ser varias, por ejemplo, parentesco con abogados (Lista *et al*, 2019).

La segunda reside en la propia conformación del perfil profesional, de la socialización que ha experimentado el estudiante bajo el código dominante de la agencia educativa. La conformación del *habitus* jurídico (Bourdieu, 2000) responde a los significados relevantes (Brígido y Lista, 2002), en consecuencia, el estudiante no puede pensarse por fuera de lo establecido como *pensable*, ni por fuera de las disposiciones que han sido construidas desde el punto de vista del código institucional. Esta "hipnosis" es denominada por Bourdieu como *violencia simbólica* (Bourdieu, 2000).

La motivación, por su parte, responde a los interrogantes ¿qué perfil de abogado deseo? ¿En qué me quiero desempeñar? Guerra Bilbao y Lobato Fraile (2015:332) señalan que las motivaciones son factores que "inciden en la configuración de la identidad". Las motivaciones, pueden ser abordadas con las ideas de *habitus* primarios y secundarios (Corcuff, 2005) que implican la socialización del estudiante con su familia y luego, con otros submundos.

#### 2. Algunas pautas del código de la Facultad de Derecho de la UNC

En el *código* de la Facultad de Derecho (UNC) habita con presencia el principio clasificatorio (Lista *et al*, 2009). Recordemos que este principio está asociado al poder y, por ende, permite regular las relaciones *entre* categorías. Este principio, permite dar cuenta de la jerarquización de las cátedras y, por lo tanto, del rango de los contenidos "legales" por encima de los llamados "extralegales" (Lista *et al*, 2009).

A nivel de comunicación, la "clase magistral" es el formato predilecto (Begala, 2006). El docente se coloca en rol de conferencista, conduce el ritmo, la secuencia, la pausa, los timbres de la comunicación (Begala, 2006). Los significados relevantes se orientan hacia las normas jurídicas (Lista y Brígido, 2002).

La clase se vertebra vertical y jerárquicamente entre docente y alumnos, e instrumental y escasamente entre compañeros (Begala, 2006 y Lista *et al*, 2009). La jerarquía pesa en la subjetividad de quienes están debajo en el desnivel constitutivo de la relación educativa, es por eso que una vez aprendidas las reglas de juego, queda planificar las estrategias para llegar a los objetivos: aprobar las materias y recibirse (Lista y Brígido, 2004).

El discurso pedagógico tiene dos componentes: el discurso regulativo y el instruccional (Bernstein, 1993). Este último, en el caso de la agencia educativa en cuestión, apunta a contenidos y a competencias que modelan un perfil profesional técnico. El discurso regulativo, a su vez, es un discurso que construye identidad y formas de relacionarse socialmente. En el caso de la carrera de abogacía, inculca, en algunos casos, jerarquía, escasa discusión sobre la justicia, distancia, impersonalidad, individualismo, competencia (Begala, 2006; Lista *et al*, 2009).

Los valores propios, sostiene Begala (2006), son relativizados frente a la lógica de la Organización. Las motivaciones iniciales son, frecuentemente, erosionadas, desgastadas por el código institucional (Lista *et al*, 2009). Cuando uno capta las reglas de la institución comienza a ejercerlas. De esa forma, se dejan de lado valores y convicciones preliminares. El posicionamiento personal marcado por el *código* hecho carne, supone un adiestramiento (Manzo, 2016) muy efectivo, en tanto la durabilidad está prácticamente asegurada ya que las condiciones objetivas no cambian y no lo hacen porque el mundo objetivo es fruto de años de sedimentación y de prácticas que no dejan espacio a *habitus* críticos que contradigan los postulados del campo jurídico. Es así que en el *curriculum* – de colección y especializado- (Brígido y Lista, 2002) las materias de contenidos extralegales son colocadas en la periferia del entendimiento del fenómeno jurídico. Esto es coherente con los postulados del positivismo jurídico, que iguala contenidos legales a contenidos jurídicos, cuando el fenómeno jurídico es mucho más amplio que el texto normativo (Begala y Lista, 2017).

#### 3. Un análisis preliminar

El análisis es preliminar porque los números<sup>3</sup>, a la luz de la teoría, nos generan más interrogantes que certezas. En esa clave, el análisis más pormenorizado y con datos cualitativos, será una deuda pendiente para un próximo texto.

Para darle orden a este apartado, partimos de exhibir y analizar los datos desde lo general a lo particular. En primer lugar, brindamos un panorama de las proyecciones y motivaciones, para luego adentrarnos en el análisis entre dichas dimensiones.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Se agradece al grupo de investigación que además de recolectar los datos, entre todos los tabulamos.

Hemos clasificado, con apoyo en la teoría de Bernstein, a los perfiles profesionales en cercanos al código (grupo 1), perfiles medios (grupo 2) y perfiles alejados del código (grupo 3).

El grupo 1 comprende los casos que son funcionales al código institucional, en general, y que se arropan de contenidos y competencias propias del positivismo jurídico. El perfil profesional por excelencia modelado por el código de la Facultad de Derecho (UNC) es el abogado litigante tradicional.

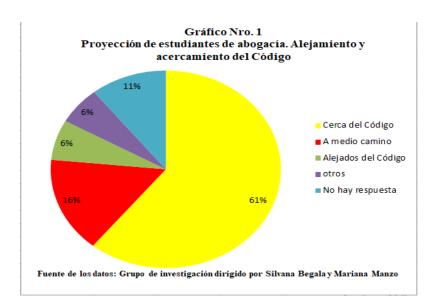
Asimismo, en este grupo, quedan comprendidos los escribanos, docentes e investigadores. Los escribanos no tienen una formación profesional que rompa con las reglas del positivismo jurídico. En cambio, tanto docentes como investigadores pueden desafiar las reglas del campo jurídico, por ello cabe una aclaración. En general, de acuerdo a sostenido por Lista (2006), alrededor del 70% de la planta docente de la Facultad de Derecho (UNC) posee dedicación simple. Además, agrega el autor (2006), que son pocos los profesionales que se dedican exclusivamente a la docencia y/o investigación, ya que por lo general dicha ocupación es compartida con la profesión de abogado. En ese sentido, Lista (2006), afirma que la docencia otorga prestigio a los docentes frente a clientes y colegas y la oportunidad de entablar lazos favorables para el desempeño de la profesión. Así, la Facultad se conforma en un escenario de interacción entre distintos perfiles de abogados. A su vez, los docentes, en la lógica de las evaluaciones que realiza la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU), se dedican a la investigación, aunque en su mayoría son abordajes jurídico-dogmáticos (Lista, 2006b). El grupo 2 comprende los perfiles que están alejados del código, pero no en el polo opuesto. En otros términos, son perfiles profesionales que suponen, por lo general, una aceptación tácita de las reglas del campo jurídico, pero en la formación profesional no se otorgan herramientas y competencias para dicho desempeño. Estos perfiles no encajan sustantivamente en la cultura institucional de la Facultad, pero tampoco proponen otros esquemas o lógicas de pensamiento que contradigan al positivismo jurídico.

El grupo 3, alcanza los perfiles que se ubican alejados del código. La unidimensionalidad de la educación jurídica tradicional deja afuera a los perfiles distintos. Así, aquí ingresan tanto el abogado político como el diplomático, que si bien se encuentran en el fragmento de *lo pensable* (Bernstein, 1993), no se otorgan habilidades y destrezas para desempeñar tales perfiles. Más aún, puede interpretarse que el campo jurídico busca el monopolio

profesional, y en esa concepción monopólica se considere que ser político o diplomático no son perfiles privativos de los abogados. En este grupo 3, encontramos, también, los perfiles profesionales *impensables* para los estudiantes. Así, los abogados "alternativos" e incluso los juristas que se desempeñan en asociaciones civiles, fundaciones u organismos internacionales, quedan comprendidos allí.

En el grupo 1, quedan comprendidos, entonces: el abogado litigante tradicional, la docencia y la investigación. En el grupo 2: el abogado tradicional especialista en Derecho Público, el abogado que se desempeña en un Poder del Estado, el abogado que se desenvuelve en empresas, el abogado mediador y quienes siguen su capacitación en posgrado. En el grupo 3: los abogados que se desempeñan en ONGs y Movimientos Sociales (estos son los llamados abogados alternativos), los abogados diplomáticos y los juristas que se desempeñan en Organismos Internacionales (porque las competencias en la Facultad no refuerzan dichos perfiles), los abogados que se desempeñan en el campo político y los abogados de fundaciones y asociaciones civiles.

En la figura n°1, presentamos los datos de la proyección de todos los estudiantes encuestados, conforme se acercan o se alejan del código institucional.



Como se aprecia, los casos representados en el área amarilla son mayoría y son los que se acercan al código institucional. A la luz de nuestro marco teórico, el código ya no se encuentra solamente a nivel macro y micro, sino que ha logrado ser aprehendido en la socialización por el estudiantado. En materia de proyección, la "accesibilidad" a los puestos laborales es importante. Así, puede deberse al capital social, es decir, ya contar

con la red de contactos que posibilite acceder de manera segura a un trabajo que, en este caso, responde a la lógica del código. También, como advertíamos, en el área amarilla encontramos los casos de escribanía y docencia e investigación.

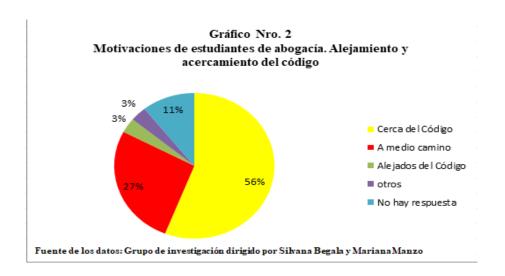
El área de color rojo, señala el área "media", donde si bien es cierto que no son —todosperfiles profesionales fomentados desde el código institucional, son perfiles que ocupan
posiciones de jerarquía en el campo jurídico. Este porcentaje (16%), tiene en su
conformación 22 casos de estudiantes que ven su futuro en el Poder Judicial, mientras
que hay 2 casos que referencian el Poder Legislativo y no se registran casos que refieran
al Poder Ejecutivo. La imagen del juzgador está presente en la educación jurídica. Quizás
en ello se funda la diferencia entre los Poderes del Estado.

También, se contempla el trabajo realizado por abogados de empresas. Solo 6 casos proyectan su futuro en las mismas. Hay que recordar que la proyección va anclada, según nuestra mirada, al perfil profesional moldeado en la agencia educativa y a la accesibilidad a puestos de trabajo. Con los mismos argumentos, puede comprenderse que solamente haya 3 casos sobre mediación.

El único caso de abogado litigante en Derecho Público puede interpretarse a partir de la fragmentariedad del *curriculum* de colección (Lista y Brígido, 2002) y con la presencia marcada el Derecho Privado en el plan de estudios.

La zona de color verde, señala los casos que se alejan del código institucional. Como se aprecia, en nuestra muestra la cantidad es ínfima. La ausencia de casos, refuerza la idea de que el código deja huellas contundentes en el *habitus* jurídico de los estudiantes (Lista *et al*, 2009; Bourdieu, 2000).

En la figura n° 2, presentamos los datos sobre las motivaciones de los estudiantes encuestados, conforme se acerca o se alejan del código institucional.



El área amarilla corresponde a los casos donde la motivación<sup>4</sup> refiere a perfiles profesionales que responden al código institucional. Desde nuestro lente teórico y apreciando los antecedentes que nos dictan el código hegemónico de la Facultad (Lista *et al*, 2009; Lista, 2006; entre otros), entendemos que el gusto es moldeado en la socialización primaria, en primer término, y, los *habitus* secundarios son construidos en la socialización en los "submundos institucionales" (Berger y Luckmann, 1968:175). A partir de su socialización profesional, el posicionamiento del sujeto es regulado por el *código* incorporado, siendo éste aprendido por el alumnado pero no enseñado por nadie. Cuando el código es aprehendido por el sujeto, nos dice Bernstein (1990) que se convierte en un dispositivo que regula la forma de actuar, pensar y comportarse del sujeto. Además, cabe precisar que, si bien en el renglón prescriptivo se diversifica el perfil de abogado, las competencias enseñadas apuntan a un perfil técnico de abogado, un perfil tradicional (Begala y Manzo, 2019).

En el área amarilla, asimismo, encontramos los casos de docencia e investigación. La docencia universitaria posee reconocimiento social y prestigio (Cuesta-Moreno, 2018 y Bourdieu, 2014), más en una universidad con más de cuatrocientos años de historia. Por otro lado, el 27% de 243 casos, opta por perfiles profesionales que están despegados

del ideal del código institucional, aunque no en su polo opuesto. Encontramos 40 casos

-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> La pregunta realizada a los alumnos, fue: "¿Dónde te gustaría trabajar una vez egresado de la Facultad de Derecho?". Se proponían opciones.

que su perfil predilecto es ser trabajador del Poder Judicial, frente a ínfimas cantidades de casos que refieren a otros Poderes del Estado.

Finalmente, el 3 % responde a perfiles que se alejan del código, lo cual refuerza la tesis de que la solidez del positivismo jurídico, y la presencia estoica de *lo pensable* no permite que el alumnado piense ni reconozca la relación que tiene con el conocimiento ni con la conciencia del saber por fuera de los parámetros de los significados relevantes (Brígido y Lista, 2002) instaurados por el discurso pedagógico de la Facultad. En esa clave, el alumno tendría una concepción de Derecho conforme lo incorporado durante todo el proceso de socialización universitaria, no pudiendo, quizás, encontrar algunos atisbos de posibles fisuras, como así tampoco espacios educativos que le permitirían un verdadero sentido del contraadiestramiento (Manzo, 2016).

#### 3. 1 Desconexiones y discordancias entre dimensiones y hacia dentro de las mismas

Si bien es cierto que hay casos en donde coinciden proyección y motivación, también hay supuestos en que notamos desconexiones o no coincidencias entre ambas dimensiones. Así, en este primer acercamiento en el análisis, dejamos sentadas algunos hallazgos y posibles respuestas que puedan suturar las discordancias.

Para una mejor organización del apartado, proponemos seguir la misma estructura anterior: perfiles que se acercan al código, perfiles medios y perfiles alejados de la cultura institucional. Partimos siempre –salvo excepciones expresas- de analizar la dimensión "futuro" hacia las motivaciones profesionales.

#### 3.1.1 Cuando el futuro es cercano al código y hay discordancias con la motivación

Existen 74 casos en donde los alumnos ven su futuro en un estudio jurídico, a secas, sin agregado de ninguna rama jurídica en particular. Esto corresponde a un 30,45% de la totalidad de los casos (243). De los 74, 26 casos no coinciden con la dimensión de la motivación. De allí nuestro interrogante ¿qué está sucediendo allí donde la motivación es una y el futuro avizorado es otro?

Así, cabe desmembrar las motivaciones que difieren de la proyección en análisis. De las 26 discordancias, la mitad corresponde a motivaciones que responden al perfil profesional de trabajador del Poder Judicial. La discordancia, podría explicarse a partir de posibles dificultades estructurales de accesibilidad al puesto deseado. El Poder Judicial – de la

Provincia de Córdoba- posee un régimen de ingreso por concursos público, el cual solo puede ser rendido si se cumplen los requisitos para poder inscribirse y luego rendir. En otras palabras, si la proyección está formada por la conjunción de dos elementos, el código adquirido y la accesibilidad, en este caso la desconexión podría ser *leída* a través de un mayor peso específico de la imposibilidad de acceso al puesto de trabajo deseado. El rol del juzgador o del fiscal, entre otros, ingresa en el espectro de *lo pensable* que es administrado por el discurso pedagógico de la Facultad. Lo cual podría contribuir a interpretar la presencia de Poder Judicial como espacio de trabajo. Existen algunas materias opcionales en el *curriculum* abogadil<sup>5</sup> que aun desconectadas y escindidas del resto, podrían funcionar como *trampolín* de dicha motivación.

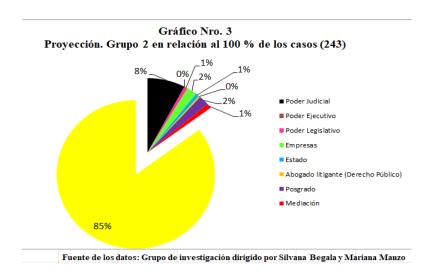
Un dato cuantitativo llamativo es que tan sólo 11 casos, de los 243, ven su futuro en estudios jurídicos que practiquen Derecho Privado (Civil y Comercial). De esos 11 casos, sólo 4 están motivados a desempeñarse en este trabajo. Es llamativo porque el *curriculum* de colección y especializado, para decirlo en términos de Bernstein, (Brígido y Lista, 2002 y 2004) sostiene la presencia marcada de contenidos codificados —legales— y la jerarquía entre ellos encuentra a los contenidos civiles en la cúspide. Sumado a que la relación tiempo y contenidos es vital para comprender que en el discurso pedagógico, en general, es hegemónica la mirada civilista.

#### 3.1.2 A medio camino del código y con discordancias en torno a la motivación

En este supuesto analizamos los casos del segundo grupo, donde el futuro no se ubica en el polo opuesto, ni tan cercano al código institucional. Esto lo relacionamos con las desconexiones en materia de motivaciones.

El gráfico n° 3 hace alusión al perfil profesional futuro del segundo grupo (aquellos que su perfil profesional futuro si bien se aleja del código no está en el polo opuesto). Este gráfico, está hecho en base al total de los casos (243), donde el 85 % está compuesto por el grupo que está cerca del código, el grupo que está totalmente alejado del código y por casos en donde la respuesta no fue clara o no había respuesta. El grupo 2, ocupa el 15% de la torta.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> "Formación de los jueces y error judicial"; "Interpretación jurídicas y algunas miradas transformadoras"; "Acceso a la Justicia. Una perspectiva socio-jurídica", entre otras. Sería una inquietud válida de intentar responder mediante datos cualitativos.

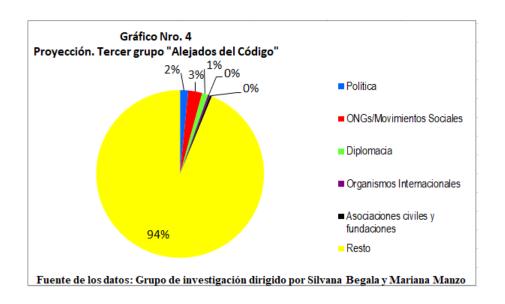


El 8 % de la totalidad de los casos de proyección, está formado por casos que ven su futuro en el Poder Judicial. Es significativo que en materia de motivaciones, en el grupo en análisis, el Poder Judicial también lidera. Cuarenta son los casos cuyo gusto refiere a la órbita que juzga. Si realizamos una lectura desde la dimensión "motivación" hacia la "proyección", advertimos que solamente en ocho casos coincide motivación y proyección en torno al Poder Judicial. En los demás casos, el futuro es visto en otros ámbitos laborales (por ejemplo, 20 casos refieren a trabajo de abogado tradicional en diversos estudios jurídicos).

Se advierte que en materia de perfiles profesionales que refieren al trabajo en el Estado, el perfil judicial es el más deseado y en donde los alumnos avizoran su futuro. En la lógica y funcionamiento del campo jurídico (Bourdieu, 2000) la presencia del juzgador como perfil profesional está presente. Empero, cabe advertir que las competencias y contenidos enseñados no son en su mayoría atendiendo al perfil de juez/a.

# 3.1.3 Cuando el futuro es alejado del código y hay desconexiones con la motivación

En este tercer grupo, nos encontramos con los perfiles profesionales que se ubican alejados del código institucional y del perfil hegemónico modelado por él mismo. En este grupo encontramos los siguientes perfiles: política, diplomacia, Organismos Internacionales, Asociaciones civiles y fundaciones, ONG´s y Movimientos Sociales. Este grupo de perfiles, alejado del código, es el minoritario. En materia de proyección, los casos ocupan el 6% de la masa total. En materia de motivación, representan el 4 %. La figura Nro. 4 exhibe los casos de los estudiantes que perciben su futuro en un perfil profesional alejado del código institucional.



Los estudiantes encuestados, por lo general, no avizoran su futuro en un perfil alejado del código, ni tampoco sus motivaciones evidencian que quieran actuar profesionalmente en un perfil de este grupo. En este trabajo, brindamos algunas pistas de, no sólo las desconexiones, sino también de lo que está sucediendo en el trasfondo.

Existen escasos casos, pareciera, en razón de que estos perfiles se apartan de la unidimensionalidad que propone el código de la Facultad de Derecho (UNC). En el caso del abogado diplomático o político, además de ello, no se otorgarían habilidades para desempeñarse en dichas funciones, así como también no se corresponden con los perfiles ocupacionales que son monopolizados por el campo jurídico. Entre "lo distinto" que es apartado al fragmento de lo *impensable*, nos encontramos con perfiles internacionalistas, como el trabajo en Organismos internacionales, así como también con los abogados "alternativos" (Manzo, 2016).

En relación a éstos últimos, generalmente, sostienen Begala y Lista (2012), que se trata de estudiantes que la carrera universitaria de abogacía no logró satisfacerlos. Son los casos en donde la socialización no logró cuajar del todo, no formándose un *habitus* jurídico típico de la agencia en cuestión. El abogado alternativo, como perfil profesional, en general, aparece en el espectro de *lo impensable* para los estudiantes encuestados. El campo jurídico, además de ser un espacio donde hay una puja por la interpretación legal legítima encerrada en el texto en estado potencial (Ciuffolini, 2017), encuentra en una de sus puertas de ingreso – la Facultad de Derecho- un espacio de luchas institucionales y epistemológicas. En ese sentido, los trabajadores simbólicos del campo jurídico, hundidos

en un lodo de sentido práctico en el cual despliegan estrategias propias de un *habitus* jurídico generado a partir del código institucional, no permitirían –no porque sea de un modo consciente y mentado- la presencia de perfiles profesionales que tergiversen, transgredan, disputen, capital jurídico y las reglas del campo jurídico. Los abogados alternativos, por lo general, contradicen las reglas del campo jurídico y articulan estrategias políticas donde el derecho forma parte (Lista y Begala, 2012).

A más de ello, el *curriculum* de colección y especializado, fuertemente técnico e instrumental, donde escasamente se engendran capacidades críticas (Begala y Manzo, 2019) poco lugar deja para el desarrollo de otra mirada de la abogacía. Estas razones sostendrían, en algún punto, los escasos casos de proyección y motivación en este tercer grupo.

La violencia simbólica que producen las reglas de distribución y que es reproducida por el discurso pedagógico es realmente efectiva, sobre todo a la hora de pensar formas de reacción y contraadiestramiento (Manzo, 2016) ante un discurso que se presenta tan compacto y sin fisuras durante la carrera universitaria de abogacía.

## 4. Consideraciones finales

El análisis de los datos ha sido conjetural. No ha habido un abordaje empírico, más allá de la recolección de datos a partir de las encuestas. Estas conjeturas podrían convertirse, con algún grado mayor de formalización, en hipótesis de abordajes más amplios y sobre todo, cualitativos.

A nivel conjetural, pareciera que el código institucional (Lista y Brígido, 2002) logra moldear con cierta uniformidad y eficacia el *habitus* jurídico de los estudiantes. Tanto las motivaciones, como las proyecciones, encuentran en la abogacía litigante tradicional un espacio del campo laboral con posibilidad para el ejercicio profesional.

En menor medida, se encuentra la mirada sobre el Poder Judicial, sea a nivel motivación como proyección.

Encontramos, también, los casos que se ubican en el polo opuesto del código. El campo jurídico y su lógica, sumado al positivismo jurídico que se identifica con el *código*, ubican a los perfiles opuestos al código en el fragmento de "lo impensable" (Bernstein, 1990). En esa clave, pareciera que para cambiar o diversificar las prácticas, las visiones sobre el derecho y sobre los roles posibles del abogado, es complejo cambiar toda la estructura,

por lo cual se podría comenzar desde pequeñas dosis de criticismo dentro de la propia estructura. Más aún, entendemos, siguiendo a Lista (2006), que la educación jurídica posee obstáculos tanto internos como externos, pero "puertas para adentro" las agencias transmisoras tienen un margen de acción para comenzar a revertir la educación jurídica clásica. Esto no significa dejar de enseñar la ley, elemento principal en la mediación de conflictos jurídicos. Pero sí significa enseñar otros usos de la ley, así como su origen y la amplia gama posible de perfiles profesionales de la abogacía. De esta forma, exprimiremos la *expertise* abogadil paneando no sólo el espectro de *lo pensable*, sino también el de *lo impensable* (Bernstein, 1990).

## Bibliografía

Begala, S. (2006). Tensiones entre la racionalidad instrumental y la orientada por valores en el discurso regulativo de la enseñanza jurídica. *Anuario IX*, Córdoba: Centro de investigaciones jurídicas y sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Pp. 527-547.

Begala, S., y Lista, C. (2017). Reflexiones sobre las estrategias metodológicas de la sociología jurídica. En Lariguet (coord.) *Metodología de la investigación jurídica: propuestas contemporáneas*. Pp. 253-263.

Begala, S., y Manzo, M. (2019). Perfiles de abogados en la enseñanza del derecho: habilidades y destrezas que se trasmiten en la enseñanza para la práctica profesional. *XX Congreso Nacional y X Latinoamericano de Sociología Jurídica. Santa* Rosa, La Pampa.

Berger, P. y Luckmann, T. (1968). *La construcción social de la realidad*. Argentina: Amorrortu editores.

Bernstein, B. (1990). Poder, educación y conciencia. Barcelona: El Roure Editorial S.A

Bernstein, B. (1993). La construcción social del discurso pedagógico. Colombia: Griot.

Bourdieu, P. (2000)."Elementos para una sociología del campo jurídico". En Bourdieu y Teubner, *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Uniandes.

Bourdieu, P. (2014). Homo Academicus. México: Siglo XXI Editores.

Ciuffolini, A. (2017). Análisis culturales del derecho. En (Lariguet.ed) *Metodología de la Investigación Jurídica*. pp. 265-271.

Corcuff, P. (2005). *Las nuevas sociologías. Construcciones de la realidad social.* Madrid: Alianza Editorial.

Cuesta Moreno, O. (2004). Reconocimiento social del docente universitario: subjetividad agobiada, puja por el prestigio académico y reivindicación del acto educativo. *El Ágora USB*. 18(1), 54-71. doi:http://dx.doi. org/10.21500/16578031.3292

Guerra Bilbao, N. y Lobato Fraile, C. (2015). ¿Con qué motivaciones y expectativas se acercan los futuros maestros a la profesión educativa? *International Journal of Developmental and Educational Psychology*. 1(1), 331-342.

Lista, C. (1999). La construcción de la conciencia jurídica: los objetivos educativos y la formación del abogado. *Anuario* 5(3), 381-404.

Lista, C. (2006). La educación jurídica en Argentina: tendencias y perspectivas. En Pérez Perdomo, Rogelio (comp.), *La formación jurídica en América Latina: Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 237-273.

Lista, C. (2006b). La investigación en la formación de los abogados: reflexiones críticas. VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 9,10 y 11 de noviembre.

Lista, C., y Brígido, A. (2002). La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica. Córdoba: Sima.

Lista, C. y Brígido, A. (2004). Orden social y socialización en la carrera de abogacía de la UNC: la perspectiva de los alumnos. *Academia*. (2)3, 199-222.

Lista, C.; Brígido, A.; Begala, S. y Tessio Conca, A. (2009). La socialización de los estudiantes de abogacía. Crónica de una metamorfosis. Córdoba: Hispania.

Lista, C. y Begala, S. (2012). Abogados, compromiso social y uso del derecho. *XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica*. Viedma, Río Negro.

Manzo, M. (2008). La influencia de la educación jurídica en la formación valorativa de los abogados. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho.* 6,11, 149-165.

Manzo, M. (2008b). Capitalismo desorganizado: educación jurídica y uso alternativo del derecho. *V Jornada de Sociología de la UNLP*. 10,11 y 12 de diciembre.

Manzo, M. (2016). Identidades profesionales: El lugar que ocupa el derecho y la política en el ejercicio profesional de los abogados activistas en Argentina. *Revista Direito e Práxis*. Vol. 7, n. 15, pp. 175-212.

Viqueira, S. y Giaquinta, L. (2014). Y ahora ¿qué hago? Estrategias de inserción ocupacional de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. XV Congreso Nacional y V Latinoamericano de Sociología Jurídica.

# NOTAS PRELIMINARES SOBRE LAWFARE Y REFORMA JUDICIAL: EL CASO ARGENTINO

Daniel Cieza

#### 1 INTRODUCCION

Se usa la noción de Lawfare con referencia a estrategias tendientes a utilizar mecanismos judiciales de manera ilícita o irregular para dañar a dirigentes políticos y/o sociales con raigambre popular. Habitualmente se ejemplifica con la persecución judicial y mediática en contra de los ex presidentes Lula da Silva, Cristina Fernández, Rafael Correas y Evo Morales (Romano, 2019, Cabral, 2019).

El Lawfare o guerra judicial es una práctica que debe ser ubicada en un contexto más amplio ya que formaría parte de estrategias de dominación y construcción de hegemonía del gran capital y las potencias imperiales. En rigor, el vocablo lawfare fue acuñado por un militar estadounidense, Charles Dunlap, en un artículo publicado en 2001 y comenzó a ser utilizado para describir una distorsión en los usos del poder judicial en diferentes países.

Se trata de un fenómeno complejo que debe abordarse de manera multidisciplinaria e integral. Deben utilizarse distintas perspectivas que la práctica académica parcela en Ciencias del Derecho, Sociología jurídica, Comunicación Social, Ciencia política, Economía política, Relaciones internacionales etc

Al tratarse de un problema nuevo, estas notas son exploratorias y configuran el inicio de una investigación empírica. Utilizamos varios artículos de periodistas de investigación como insumos. Nos concentramos en el caso argentino, en el que contamos con más evidencia.

## 2 ALGUNOS CONCEPTOS BASICOS

Desde una perspectiva predominantemente sociológica es necesario remontarse a algunos teóricos como Immanuell Wallerstein o Aníbal Quijano que consideran que funciona desde hace algunos siglos una estructura de poder global llamada economía

mundo o sistema mundo en la que operan formas de control en las diversas áreas de la vida social: en la vida pública, en el trabajo y en la subjetividad. Quijano plantea como central el concepto de colonialidad del poder que tiene dos aspectos: por un lado la relación asimétrica y la dominación de las naciones centrales sobre las periféricas. Por el otro lado, el racismo, como justificación de la expoliación y la dominación. Con el falaz argumento de la superioridad de la raza blanca (eurocentrismo) durante siglos se ha transferido recursos naturales hacia los países centrales, se ha super-explotado la fuerza de trabajo local y estigmatizado como "peligrosos" a la gente de piel morena. De esta manera, en el sistema mundo han surgido potencias imperiales como Inglaterra en el siglo XIX y Estados Unidos en el siglo XX que desarrollan estrategias de control y dominación sobre la población mayoritaria de los países dependientes (Quijano,2014, Wallerstein,2006)

Otro concepto fundamental es que en materia de dominación política y control de la autoridad pública funciona una democracia restringida, o controlada, también llamada de baja intensidad. Desde esta perspectiva, la verdadera democratización implica avanzar en la participación política de las masas y superar el racismo y la clasificación social discriminatoria (Quijano,2014,Wallerstein)

Respecto a las limitaciones del poder judicial realmente existente, algunos autores han señalado que el principio de igualdad ante la ley es una mera ficción, la impunidad de los delitos de los poderosos, y el carácter sesgado y contradictorio de las prácticas judiciales.

Sociólogos como Edwin Sutherland, Antonhy Giddens, Marcos Kaplan o Vincenso Ruggiero han mostrado como los grupos dominantes violan las leyes en forma sistemática, y con una llamativa impunidad, en particular en los "delitos de cuello blanco" También han observado el doble discurso, y la escasa credibilidad del sistema normativo por parte de la mayoría de la población de algunos países y regiones del planeta.<sup>1</sup>

al,1965)Este rasgo del capitalismo en nuestro continente y en Europa Occidental se agrava con la

106

La impunidad de los poderosos en nuestro continente tendría raíces en las características de la génesis de los grupos dominantes de la economía. Los fundadores en Estados Unidos de los grandes imperios económicos fueron apodados los "Barones ladrones" por sus prácticas delictivas y sus abusos de los trabajadores migrantes (Zinn,1999, Giddens,1995:185). En los años 30, Sutherland estimó que más del 90% der las 70 grandes corporaciones de Estados Unidos cometían delitos enforma habitual(Cohen et

Otro de los rasgos de la democracia restringida que funciona en nuestro continente sería la tendencia a un estado de excepción permanente caracterizado por un predominio del poder ejecutivo sobre los otros poderes de la Constitución. Esto ha sido planteado por distintos sociólogos, entre los que se destacan Marcos Kaplan y Boaventura de Sousa Santos(Kaplan,1998,Santos,2009)

Finalmente es necesario ubicar el Lawfare como un aspecto de una estrategia global de dominación impulsado por las potencias imperiales .En el contexto actual, no hay dudas que la potencia dominante en América Latina es Estados Unidos y que Latinoamérica se podría definir metafóricamente como su "patio trasero". La política exterior de este país es condicionada por grandes corporaciones económicas.

Esta potencia imperial desprecia los derechos humanos y realiza una lectura sesgada de los tratados internacionales, ya que considera que las "personas" con mayores derechos son las grandes sociedades anónimas y que las mejoras en los niveles de vida o en la democratización son consignas idealista, e irrelevantes para el poder real. El rol de América Latina se limita al de proveedor de materias primas. Esta posición es descripta con absoluta crudeza y con datos muy precisos por el eminente lingüista e intelectual libertario Naom Chomsky (Chomsky, 2012,2002).

El Lawfare es una herramienta dentro una doctrina global que define como amenazas para un país "serio" a la "corrupción populista" y al "narco-terrorismo." Esta doctrina sucede a la llamada doctrina de seguridad nacional que rige hasta los años 80 y que corresponde a la "guerra fría". Ahora se habla de una amenaza externa más difusa ( narco-terrorismo, corrupción) que se debe neutralizar con una especie de guerra integral y preventiva(Beinstein,2018).

globalización, ya que es muy difícil controlar el delito trasnacional y aumenta el sector de grandes empresarios que buscan ganancias extraordinarias en la economía ilícita(Castel,2004,Ferrajoli,2006)

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>. La doctrina de la seguridad nacional aludía a una amenaza comunista en la región y bajo este discurso se entrenaron más de 30.000 militares latinoamericanos en la Escuela de las Américas de Estados Unidos.(Feierstein,2016:259) Ahora se habla de una amenaza externa más difusa (narco-terrorismo, corrupción) que se debe neutralizar con una especie de guerra integral y preventiva(Beinstein,2018).

Se reemplaza una estrategia basada en golpes de estado, en asesinatos, desapariciones forzadas masivas, y detenciones arbitrarias por razones políticas y sociales, con un fundamento falaz( la amenaza comunista) por otra estrategia más diversificada que incluye "golpes blandos", detenciones "legales" y ejecuciones extrajudiciales perpetradas por elementos para-estatales, con fundamentos más variados pero igualmente falaces(narcoterrorismo, corrupción populista etc)

## 3 INDICIOS Y EVIDENCIAS DEL INTERVENCIONISMO EXTERNO

¿Cómo se prueba la presencia e injerencia de Estados Unidos en el Lawfare? Aquí debemos recurrir al periodismo de investigación. Ya no se acepta aquélla vieja consigna de la Doctrina Monroe "América para los Americanos", ni la presencia de tropas o asesores norteamericanos para combatir el comunismo .Todas las naciones del continente son formalmente autónomas, y plenamente soberanas e independientes. Por lo tanto la intervención de Estados Unidos se hace bajo el "paraguas" de agendas de cooperación y asistencia técnica en temas como el "narco-terrorismo", la lucha contra la corrupción, o el tema ambiental..

El periodismo de investigación ha señalado por lo menos cinco distintos senderos de la injerencia de Estados Unidos en asuntos internos de los países latinoamericanos: 1) Los cursos y adiestramientos que ofrecen Agencias de Estados Unidos a los jueces federales y policías latinoamericanos sobre corrupción y narco-terrorismo 2) La labor de los Embajadas de este país 3) Los procesos iniciados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos contra empresarios y políticos latinoamericanos 4) La presencia en latinoamérica de bases militares y de Agencias como la DEA 5) El financiamiento de ONG que actúan en Latinoamérica.

La crónica diaria demuestra que todos estos senderos se han recorrido recientemente y se siguen transitando:

3.1 En primer lugar y a título de ejemplos no exhaustivos se puede mencionar los siguientes hechos: en el 2016 se organiza en Buenos Aires un importante Taller destinado a unos 40 jueces federales de Argentina, Chile, Uruguay y Paraguay sobre temas de narcotráfico y ciber-delito, financiado por el Gobierno de Estados Unidos(Infobae,15 de

Mayo de 2016). En el caso de Brasil, el Juez Sergio Moro, quien condenó a Lula, magistrados de distintos Estados provinciales, y 50 policías, participaron delo Projeto Pontes. organizado por el Gobierno de Estados Unidos (Página 12, 7/4/2018)

- 3.2 En segundo lugar hay numerosas notas sobre el accionar de funcionarios de Embajadas de Estados Unidos que se filtran en el documento conocido como Wiki-leaks . que revela miles de cables entre el Departamento de Estado y las Embajadas. la agenda del Embajador de Estados Unidos en Argentina. Escritores como Santiago Donnell y Martín Becerra han analizado estos cables que muestran estrechas relaciones de la Embajada en la Argentina con dirigentes políticos y dueños de multimedios(O Donnel,2014,Becerra-Lacunza, 2012) Mención especial merece el Embajador en Argentina Edward Prado, un ex juez que se propone asesorar magistrados argentinos y proteger empresas de su país contra la corrupción y que invita especialmente a la Embajada norteamericana a festejar su día patrio a los emblemáticos magistrados Claudio Bonadío y Carlos Stornelli, (Verbitsky,2018).Dicha funcionario ha sido denunciado en sesiones del Congreso argentino por una injerencia indebida.<sup>3</sup>
- 3.3 En tercer lugar hay evidencias concretas que la causa conocida como Odebretch, que afectó a la principal empresa de Brasil y a numerosos políticos y empresarios de Brasil, Perú, Colombia y Ecuador fue impulsada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. En esta causa Lula, ya condenado por Sergio Moro, también es imputado, y es detenido el vice-presidente de Ecuador, Jorge Glass, vinculado a Rafael Correas. Asimismo, en una investigación iniciada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos se ordena la detención de Nicolás Maduro acusado de "inundar Estados Unidos de cocaína" (BBC News Mundo 26 marzo 2020)

También es significativa la presencia del Comando Sur de las Fuerzas armadas de EE.UU y de la DEA en Colombia, Argentina y Brasil. En los últimos años, se firmaron nuevos convenios con Macri y Bolsonaro para incrementar dicha presencia El Comando Sur de Estados Unidos realizó ejercicios presuntamente en defensa del medio ambiente en

109

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> En una sesión del Senado argentino, el Senador Oscar Parrili, consideró que Prado podrías integrar una "Mesa Judicial" ilegal que funcionó durante el Gobierno de Mauricio Macr con el objetivo de manipular causas judiciales(Página 12,4/9/20

la triple frontera y en la provincia de Misiones(Resumen Latinoamericano / 30 de junio de 2019) y se abrió una base en Tierra del Fuego con aparentes fines científicos.

3.4 Por último es notable el crecimiento de ONG financiadas por Agencias de Estados Unidos como USAID y NED que intervienen directamente en la política interna de Venezuela, Ecuador y Bolivia (Calvo Ospina, 2007, Golinger – Allard, 2009)

## 4 EL ROL DE LAS ELITES LOCALES

Es necesario encuadrar el Lawfare como una estrategia de dominación impulsada o estimulada por las potencias externas pero que necesita el apoyo y la participación, de las élites nacionales. Las llamadas burguesías nativas establecen alianzas con los grupos extranjeros a lo largo del siglo XX, y en general se subordinan a las políticas imperiales.

De la guerra judicial participan las élites locales que intentan destruir a sus adversarios políticos. Los casos de Dilma Roussef y Lula Da Silva, en Brasil, de Cristina Fernández, Amado Budou o Julio De Vido en Argentina, de Jorge Glas y Rafael Correa en Ecuador, de José Mujica en Uruguay, de Evo Morales y varios de sus Ministros (Carlos Romero, Gustavo Torrico) en Bolivia son muy claros. No se reducen a presiones de la potencia hegemónica, sino que hay maniobras de grupos políticos y económicos locales para enjuiciar a sus rivales..

Así como las potencia imperial fue aggiornando su estrategia, también las élites locales utilizan nuevos métodos entre los que se destaca una férrea alianza con multimedios locales. Ya no priorizan sus relaciones con militares golpistas, sino que utilizan como fuerza de choque a periodistas expertos en "fake news" que a su vez son respaldados por los propietarios de los multimedios. En rigor, la mayoría de los multimedios también son actores económicos, y en algunos casos encabezan las operaciones de la "guerra judicial".

En cuanto a los élites locales se puede distinguir dos grupos. El primero es el de los dueños y CEOS de grandes empresas. Este arquetipo, que predomina en las corporaciones de capital concentrado es descripto por el destacado sociólogo Marcos Kaplan de la siguiente manera: "se caracteriza por la búsqueda y el aprovechamiento de las posibilidades

de lucro de tipo irracional y especulativo y se orienta esencialmente a lo financiero y especulativo, lo colonialista, lo bélico, lo político"(Kaplan,1998: 101).

El segundo grupo está integrado por dirigentes políticos neo-conservadores, en su mayoría enrolados en la denominada Internacional liberal o partícipes de Organizaciones No Gubernamentales financiadas por los Gobiernos de Estados Unidos y algunos Europeos .Se destaca la Fundación Internacional Libertad, con filiales en varios países de América Latina (Plehwe ,Dieter-Fisher Karín ,2013).Pero también hay élites o burocracias provinciales, profundamente racistas, que ven en la Lawfare, el mecanismo más apto para neutralizar a sus opositores.<sup>4</sup>

## 5 LA SECUENCIA Y LOS EJECUTORES

El Lawfare se ejecuta en por lo menos tres etapas, que se caracterizan por estar interrelacionadas. Toda la secuencia está teñidas de ilicitud, ya que el fin último es dañar a la víctima.

La primera etapa es la obtención de información sensible de las víctimas, etapa en la que intervienen miembros de las Agencias de Inteligencia locales y eventualmente de Agencias extranjeras. En esta primera etapa no solo se usan fuentes legales sino que se recurre a operaciones de espionaje vedadas por la ley: escuchas telefónicas no autorizadas, "compra" de información, extorsiones. También es frecuente que se escuche ilegalmente conversaciones de presos y de abogados, o que se extorsione a imputados en dependencias judiciales.

. En la segunda etapa intervienen medios de prensa que amplifican y "blanquean" la información obtenida por agentes de inteligencia o Fiscales con métodos oscuros, y preparan a la opinión pública. Es muy común que una pseudo –investigación firmada por un periodista sea utilizada como inicio de una causa judicial.

En una tercera etapa intervienen magistrados judiciales previamente cooptados ,que se declaran competentes mediante diversos artilugios (fórum shopng etc) y que utilizan

111

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Un ejemplo sería Gerardo Morales, el Gobernador de Jujuy que persiguió impunemente a la parlamentaria del Mercosur electa, y dirigente de un importante movimiento social, Milagro Sala(Verbitsky,2017)

procedimientos y figuras judiciales provenientes de la experiencia estadounidense. Generalmente abusan de mecanismos como la prisión preventiva por el peligro de obstruir la investigación, o del mecanismo de la llamada "delación premiada" (imputado colaborador).

En el caso argentino, esta secuencia está siendo investigada por magistrados judiciales , en diversas causas aún en trámite que pueden arrojar resultados relevantes.. Por el momento han sido procesados agentes de inteligencia, periodistas y Fiscales federales, por delitos tales como violación de deberes de funcionario público, abuso de poder, extorsión, asociación ilícita etc. Entre ellos cabe mencionar a Marcelo D Alessio, agente de inteligencia "inorgánico" que portaba una credencial de la DEA, Daniel Santoro, periodista del diario Clarín y Carlos Stornelli, Fiscal federal que intervino en varias causas contras Cristina Fernández. También han sido imputados loas máximas autoridades de la Agencia Federal de Inteligencia durante el Gobierno de Mauricio Macri.

#### 6 OBJETIVOS INMEDIATOS Y DE LARGO PLAZO

¿Cuál es el objetivo de la guerra judicial? Aparentemente el objetivo central es dañar la imagen de los dirigentes políticos progresistas y desprestigiar la política. Por eso la guerra judicial es presentada como lucha contra la corrupción (Romano,2019). Por eso también las principales víctimas son los ex presidentes considerados como progresistas o nacional-populares: Lula, Cristina Fernández, Rafael Correa, Evo Morales.

Pero también habría otros objetivos inmediatos. Se asocia el sindicalismo con la corrupción. En la Argentina, el Lawfare se ejecuta contra los dirigentes de importantes gremios. En una causa judicial los dirigentes del gremio de camioneros, Hugo y Pablo Moyano son imputados, y paralelamente se desarrolla una estrategia mediática de desprestigio y estigmatización..

Pareciera que también es un objetivo defender las grandes empresas norteamericanas y desvalorizar las locales. De hecho, los casos conocidos como Lava Jato, Odebretch, y Cuadernos no sólo dejan como resultado el desprestigio de algunos políticos y empresarios

locales, sino también la desvalorización de grandes empresas de Brasil, Argentina, Perú y México.<sup>5</sup>

Asimismo, del análisis de diversos casos de Latinoamérica, surge la conjetura acerca de si algunos grupos acusados de narco-terroristas, no son en rigor víctimas de procesos de Lawfare que tienden a acallar la protesta social. En Argentina, Chile, y Colombia se han denunciado a líderes sociales y comunitarios como terroristas para encubrir lo que Zaffaroni denomina "genocidio por goteo" (Zaffaroni, 2015, Uprimny -Sánchez Duque ,2010). En efectos dirigentes de pueblos mapuches de Chile y Argentina, y de la "minga" del Cauca en Colombia han sido acusados de terroristas y secuestradores en forma arbitraria. No hay que olvidar, que el lawfare, como parte de estrategias de dominación tiene un fuerte sesgo discriminatorio y que también selecciona a sus víctimas por el color de la piel.

Por último parece haber otro objetivo de más largo plazo que se aprecia mejor si se ven los casos de Colombia, Venezuela, Bolivia o México. En esos países Estados Unidos impulsa una irreal guerra contra el narco-terrorismo que no se puede tomar en serio. Pareciera que se busca desorganizar las sociedades y fomentar el caos para crear mejores condiciones para la apropiación de recursos naturales como el petróleo, el gas, o el litio(Beinstein,2019)

# 7 UNA PRACTICA JUDICIAL SELECTIVA Y SESGADA

El Lawfare pone al descubierto una faceta inocultable de la práctica judicial.: la selectividad y el carácter sesgado. Ya se ha dicho que la cultura jurídica arraigada en Latinoamérica consiste en condenar "hacia abajo" y garantizar impunidad a los poderosos La experiencia del Lawfare demuestra que este carácter sesgado y oportunista de la práctica judicial también puede servir para afectar a dirigentes populares.

pública.. No hay directivos de empresas de EE.UU procesados en estas mega-causas.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> En el caso Odebretch fueron procesados decenas de empresarios de la construcción de Brasil, Perú y Colombia. En la causa conocida como "Cuadernos de las Coimas" el Juez federal Bonadío procesó a más de 20 empresarios argentinos de la construcción acusados de cohecho y maniobras de cartelización de la obra

En la práctica judicial concreta hay inmunidad para algunos grupos. Solamente se activan los mecanismos legales contra las élites, es decir grandes empresarios y jefes políticos, en circunstancias excepcionales y previo acuerdo con las estructuras del poder real. En casi todos los países hay un sistema dual: una justicia federal y una justicia local o provincial. La justicia federal suele estar controlada directamente por los poderosos y se ocupa de temas claves como la corrupción de funcionarios públicos, fraudes contra el Estado, narcotráfico, contrabando, trata de personas, etc. Distinto es el caso de la justicia provincial. En la práctica cotidiana la justicia penal local debe resolver en América Latina una mayoría de causas vinculadas a delitos contra la propiedad que resuelve de manera sesgada por razones étnicas y clasistas. Las cárceles del sub-continente están colmadas de integrantes de las clases subalternas, muchos de ellos sin sentencia, pero con una prisión anticipada, es decir con una prisión preventiva ordenada de manera discriminatoria..

Ambos sistemas son sesgados. La justicia federal suele encarcelar actores secundarios de las redes del narcotráfico, como son los detenidos in fraganti. Al mismo tiempo, las estructuras de la justicia federal permanecen impasibles ante actores ilícitos de gran envergadura: las grandes redes del narcotráfico internacional, los grupos económicos que realizan maniobras de contrabando de granos, las bandas que se dedican al robo y contrabando de oro, de maderas finas, de petróleo. La justicia local se concentra en delitos "de sangre" y contra la propiedad, y no se ocupa de los delitos de cuello blanco como son las múltiples estafas contra sectores vulnerables, o de la violencia contra las mujeres..

Todo esto no pasa desapercibido por la población. En toda latinoamérica, la credibilidad del aparato judicial está en baja. Desde 2014 en que alcanzó 30% ha disminuido seis puntos porcentuales llegando a 24% en 2018. Desde su punto mas alto en 2006 ha disminuido 12 puntos porcentuales (Latin-Barómetro 2018) Un estudio realizado en 2019 por el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina (UCA) arroja que 9 de cada 10 ciudadanos afirman que la mayoría de los jueces "no son imparciales". Según el estudio, sólo el 7% de los argentinos consultados tiene confianza en el Poder Judicial. La credibilidad en la Justicia es mayor en la clase media-alta (8,7%). Supera ampliamente a aquellos que se ubican en un nivel socioeconómico bajo (5,7%). En México, una encuesta realizada por la Consultora Parametria establece que sólo el 12% de los entrevistados considera que la

administración de justicia es imparcial .En Colombia una encuesta de Gallup del 2014 establece que el 79% de la población no cree en la administración de justicia.

#### 8 REFORMA JUDICIAL: EL CASO ARGENTINO

Hay varios intentos de reformas el sistema judicial latinoamericano para darle mayor credibilidad. Desde organismos internacionales se plantea mejorar el acceso a la justicia y un mayor respeto a los tratados internacionales de derechos humanos. Avanza un sistema acusatorio en lugar del sistema inquisitorio, de raíz colonial. Se formulan diversas propuestas para democratizar el Poder Judicial.

En la Argentina en los últimos años hubo algunos intentos reformistas. En 1994 se crea el Consejo de la Magistratura para seleccionar a los jueces. En el año 2013 se intentó modificar el Consejo de la Magistratura, estableciendo la elección popular de algunos de sus miembros pero la iniciativa fue declarada inconstitucional. Luego, en el 2014 y después de un largo proceso, se modificó el Código de Procedimientos Penal Nacional, estableciendo un sistema acusatorio En 2018 ,se establece un Código de Procedimiento Penal federal, donde se establecen figuras para combatir el crimen organizado. La aplicación del nuevo Código de Procedimientos Penal federal fue diferido.

Ante esta situación, una nueva propuesta de reorganización y desconcentración de la justicia federal en argentina puede implicar un cambio positivo. El Gobierno de Alberto Fernández propone aumentar el número de Juzgados Federales, fusionarlos con los del fuero penal-económico, y fortalecer el fuero federal en el interior del país. El fuero federal hasta el momento está concentrado en la Capital Federal y es manejado por un reducido número de magistrados, algunos de ellos cooptados por la Embajada de Estados Unidos y el grupo de medios monopólico.

El cambio posible es que se empiece a juzgar a los poderosos aplicando los instrumentos jurídicos existentes. Hasta el momento, las normas locales e internacionales contra el crimen organizado, se aplican contra los eslabones más débiles de estas redes, como son los que practican el narco-menudeo, las "mulas", pero no se enfoca a los responsables del lavado de dinero o de organizar gigantescos sistemas de contrabandos, fraudes al Estado, o trabajo forzoso (Cieza ,2020:191)

No se trata de perseguir ex funcionarios en base a sentimientos de venganza o cálculos electorales. Se trata de investigar a los poderosos, no por ser millonarios, sino por violar la ley en forma cotidiana. Los que emiten todos los meses facturas apócrifas, los que sacan miles de toneladas de soja de contrabando por puertos de Paraguay y Brasil, los que falsean las declaraciones sobre minerales que salen de la Argentina, los que lavan millones de dólares de los narcotraficantes, los que fugan todos los años capitales no declarados, los que cometen fraudes millonarios contra el patrimonio público, deben ser investigados y condenados...

# 9 DELITOS DE LOS PÒDEROSOS: LA ASIGNATURA PENDIENTE.

Conviene detenerse en este punto. Como vimos más arriba, hace más de 80 años, un sociólogo estadounidense, Edwin Sutherland, comprobó a través de una investigación empírica que más del 90% de los grandes empresarios de su país eran delincuentes reincidentes. Los llamó "delincuentes de cuello blanco" y causó conmoción en el mundo académico y político. La tesis de Sutherland no ha sido refutada pero ha sido totalmente olvidada en su país de origen y sus escritos han sido traducidos al español muy tardíamente. Otros sociólogos reemplazaron el concepto de delitos de cuello blanco por el de delitos de los poderosos.

La cuestión es que esta problemática sigue vigente. Los delitos de los poderosos se multiplican ante la inmunidad de que gozan. Veamos algunos casos muy frecuentes en la Argentina.

- 9.1 Utilización de facturas falsas. En el año 2014 la AFIP denunció a 1200 empresas por emitir facturas apócrifas, lo que constituye un delito penado con cárcel efectiva. No se conocen condenados por este delito.
- 9.2 Maniobras delictivas en la comercialización de soja. Aquí grandes empresas e intermediarios cometen varios ilícitos para evadir impuestos, tales como ventas y traslados con documentos apócrifos , y contrabando a Uruguay, Paraguay y Brasil para evadir la retención legal En Juzgados federales de Córdoba y Santa Fé hay causas penales en trámite.(Premici,2014,2020)

- 9.3 Evasión impositiva en la minería. Las grandes empresas mineras evaden impuestos sobre-valuando las importaciones de bienes de capital e insumos que pueden ser descargados y descontados del pago de regalías o impuestos a las ganancias, a través de diferentes beneficios fiscales como la depreciación acelerada o los descuentos impositivos en los costos de infraestructura y bienes de capital. Al mismo tiempo, puede sub-declararse la cantidad de minerales extraídos y exportados. Esta situación se ve facilitada en el caso de Argentina porque el país cree que no es necesario contar con laboratorios y controles y los sustituye por la simple presentación de declaraciones juradas hechas por las propias empresas en laboratorios extranjeros(Gutman,2013)
- 9.4 Fuga de capitales: Los grandes empresarios argentinos ocultan en la red global de guaridas fiscales una suma equivalente al 80 por ciento del PIB según cálculos de funcionarios como la titular de AFIP, Mercedes Marcó del Pont. La magnitud de las maniobras abusivas que se canalizan a través del mundo offshore convierte a la Argentina en uno de los cuatro países del mundo con mayor pérdida de recaudación fiscal. La fuga de capitales no declarados es delito.
- 9.5 Narco-tráfico, contrabando, trata de personas: En nuestro país funcionan algunas rutas del narcotráfico internacional. Nunca se detuvo algún "capo", ni se procesó algún político importante. Hay algunos jueces, fiscales y jefes de policía procesados o detenidos.. Respecto a la trata de personas, durante cien años no se procesó a nadie por el delito de reducción a la servidumbre. En el Gobierno de Cristina Kirchner, una Procuraduría especializada impulsó algunos procesamientos (Cieza-Beinstein,2019)
- 9.6 Lavado de dinero: En la Argentina, numerosas empresas e inversiones son la consecuencia del lavado de dinero del crimen organizado trasnacional. Hay sospechas muy fundadas de que cárteles colombianos o la mafias italianas lavan dinero en grandes cantidades en nuestro país(Cieza-Beinstein,2019)

En todos estos temas que involucran los llamados delitos complejos las respuestas del sistema judicial son muy débiles. Una justicia penal fortalecida y con un sistema acusatorio en que los Fiscales puedan profundizar las investigaciones podría aportar a reducir esta asignatura pendiente que tiene la justicia argentina.

Por el momento los llamados delitos de cuello blanco muestran en nuestro país un total fracaso del sistema judicial. Si bien hay numerosos imputados, el número de condenados oscila alrededor del 5% y la gran mayoría de las causas prescriben, según un estudio del Centro de Investigación Prevención de la Criminalidad Económica ,dirigido por Pedro Biscay.<sup>6</sup>

No se nos escapa que la investigación de los poderosos requiere un proceso previo de esclarecimiento. En este sentido las ciencias sociales y el periodismo de investigación tienen una tarea a cumplir. Así como se estableció las características del terrorismo de estado es necesario establecer el modus operandi de estas nuevas violaciones a los derechos humanos. E incluso establecer las continuidades entre los cómplices impunes de la última Dictadura y los actores de la economía ilícita del presente.

La justicia federal argentina ya ha dado muestras que puede investigar a los poderosos. Los juicios contra los victimarios del terrorismo de Estado son un ejemplo de envergadura internacional. Esa experiencia de defensa irrestricta de los derechos humanos debe ser aplicada a otras violaciones graves de derechos humanos que hoy protagonizan otros actores. Será necesario avanzar en el terreno de los "delitos de cuello blanco" y establecer nuevos indicios y patrones de conducta que permiten procesar a los máximos responsables.

#### 10 REFLEXION FINAL

Así como el poder judicial y los organismos de derechos humanos de Argentina tienen el mérito de estar a la vanguardia de la investigación y castigo del terrorismo de Estado, hoy tienen la oportunidad de liderar un proceso de desenmascaramiento de nuevas prácticas de dominación y estigmatización, como son la guerra judicial o Lawfare. No sólo eso. Se abre la posibilidad de una investigación más profunda de los delitos económicos.

-

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> El CIPCE analizó 750 causas judiciales registradas entre 1980 y 2005 donde empresas, funcionarios, políticos y particulares están imputados por delitos como fraude contra el Estado, sobornos, lavado de dinero, quiebras societarias y vaciamiento de bancos, entre otros. La investigación arroja datos preocupantes: de las 750 causas analizadas el 90% están en etapa de instrucción y sólo en el 3% hubo condenas, es decir en 14 casos, de los 10.144,7 millones de dólares en perjuicios por delitos económicos, el 86% (8.724,4 millones) se dieron en el fuero federal y de ellos el 87% (7.546,82) se produjo en los tribunales de Comodoro Py y el 13% (1.177,62) en el resto de las jurisdicciones.

.El pensamiento crítico de las Universidades públicas debe estar presente para clarificar el debate. Los detractores de la nueva ley afirman de que se trata de una maniobra para consagrar la impunidad de Cristina Fernández. Sin embargo ningún artículo del proyecto de ley se refiere a causas ya iniciadas. De lo que se trata es de extender y fortalecer el poder judicial federal que contará con nuevos juzgados, nuevos fiscales, y una mayor presencia en el interior del país. Por lo tanto, la pregunta que surge es ¿Quién le teme a que se investigue a los poderosos? Porque es evidente que con más juzgados y Fiscales habrá más posibilidades que cientos de denuncias contra las grandes corporaciones mineras, contra los monopolios granarios, contra las redes que roban petróleo, contra los que fugan capitales, contra los presuntos jefes del crimen organizado, tengan un tratamiento más ágil.

El reordenamiento propuesto tiene una ventaja adicional. Desde una perspectiva de soberanía política e independencia del poder judicial, el incremento de magistrados federales hace más difícil la cooptación del aparato judicial por los poderes fácticos.

Lo anterior no significa que estemos en presencia de una reforma judicial profunda. Esto puede considerarse el punto de partida. Queda pendiente una mayor democratización de la justicia.

## **Referencias Bibliograficas**

Becerra, M. (2012) Wiki Media leaks, CABA: Ediciones B

Beinstein, J. (2019) ¿Cómo es posible? Narcomafia y capitalismo global en Cieza, Daniel-Beinstein, J. *Economía subterránea y capitalismo mafioso* CABA: CICCUS

Beinstein,J(2018) Del keynesianismo militar al lumpen-imperialismo en Arizmendi-Beinstein *Tiempos de peligro. Estado de excepción y guerra mundial.* CDM: Univ. Autónoma Zacatecas-Plaza y Valdés

--- Beinstein, J(2000) La gran mutación del capitalismo: narcomafias,centro y periferia. Quito: ALAI

- Cabral, P. (2019) El lawfare en la Argentina. Revista de Dereito Administrativo e infraestructura, vol 9, Brasil
- Calvo Ospina, H. (2007)La NED. CABA: *Le Monde Diplomatique* Chomsky, N. (2002) Estados canallas. CABA: Paidos
- Chomsky, N(2012) Como funciona el mundo. CABA: Capital Intelectual
- Cieza, D. (2020) Grupos económicos, mundo del trabajo y derechos humanos .CABA:UBA Cieza, D-Beinstein, J(2019) Economía subterránea y capitalismo mafioso .CABA:CICCUS,
- Cieza, D.(2016) Grupos económicos ,impunidad, delitos de cuello blanco y violaciones de derechos humanos: el caso argentino" *Revista Sociedad Nro 35-36*,FSOC-UBA,CABA
- Ferrajoli, L. (2006) Criminalidad y Globalización *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nro 115*,UNAM,México D.F
- Giddens, A. "Sociología" Alianza, Madrid.
- Golinger E.- Allard,G (2009) La agresión permanente: Unsaid,NED y Cía. Ministerio del Poder Popular, Caracas
- Gutman,N.(2013) Argentina en la frontera minera Clacso-CCC

  Kaplan,Marcos (1998) "El Estado latinoamericano y el narcotráfico"

  Porrúa,México
- O Donnel, S.(2014) Politileak, Sudamericana.

  Premici, Sebastián(2020) Vicentín, sociedad apócrifa por malas acciones" El Cohete a la luna, 30/8/20, CABA
- Premici, S. (2014)" Evasores cereales" en Pagina 12, 23 de Febrero 2014 Quijano, A. (2014) Cuestiones y horizontes" CLACSO, CABA,
- Santos, B. de Souza(2009) Sociología Jurídica crítica ILSA,Bogotá
- Uprimny ,R- Sánchez Duque ,L. "Derecho penal y protesta social" En Bertoni,E.(comp) ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina .Univ de Palermo,CABA

Verbitsky, H. "La vida te dá sorpresas" en El cohete a la Luna, 13/8/2018

Verbitsky, H.(2017) "La libertad no es un milagro" Planeta(CABA).

Wallerstein, I. (2006) La decadencia del poder estadounidense .C.I. CABA

Zaffaroni, E.(2015) "El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo" Ed. Madres Plaza de Mayo, CABA

Zaffaroni, E.(2019".Prólogo a Romano, S.(comp.) "Lawfare" ,Marmol-Izquierdo Ed, Madrid,

Zinn, H. (1999)"La Otra Historia de los Estados Unidos" Siglo XXI, México

# EL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA

# EN LA ÉTICA DE LAS PROFESIONES JURIDICAS

Paula R. Comas

Sergio Díaz

#### 1. Introducción

Las TIC (Tecnologías de la información y comunicación) y la informática resultan ser un fenómeno que ha producido un cambio fundamental en nuestra sociedad. Esta nueva "Era Digital" no solo ha impactado en el ámbito familiar, escolar y social, sino también en el ámbito laboral, resignificando el concepto de *ética profesional*.

Por ello, abordar el estudio del uso de las TIC por quienes ejercen las profesiones jurídicas, incluyendo tanto el ejercicio de la abogacía de modo liberal como el ejercicio de funciones judiciales -estas últimas alcanzando la magistratura y a las funcionarias y funcionarios de los distintos organismos jurisdiccionales (entiéndase responsables de fiscalías, defensorías, secretarías, etc.)- tiene su razón de ser en la evidente repercusión que su utilización implica.

Cuestiones que antes no eran objeto de reflexión ética hoy sí lo son, por lo que este trabajo propondrá un análisis, aunque parcial y fragmentado, de cómo ha repercutido en la ética de las profesiones jurídicas la existencia y el uso de Internet, sitios o páginas web, blogs, mails, redes sociales, entre otros.

## 2. Práctica privada de la Abogacía. Profesión liberal

# 2.1. Preliminar

A diferencia de lo que acontecía no hace muchos años, la mayoría de las y los profesionales que ejercen la práctica privada de la abogacía tienen en la actualidad una fuerte presencia en la web como usuarios y usuarias y como creadores y creadoras de contenidos. Es habitual que hoy los estudios jurídicos cuenten con páginas web institucionales; y sus profesionales con perfiles en *Twitter*; *Facebook* o *LinkedIn*; y que

se utilicen a diario servicios de mensajería como *Gmail*, *Yahoo!*, *WhatsApp* así como plataformas al estilo *Zoom* o *Google Meet*.

La utilidad que las y los profesionales le dan a estas herramientas tecnológicas es múltiple. Las usan como un vehículo o canal para expresar ideas (lo que permite la retroalimentación con los pares); para brindar a personas anónimas información general sobre distintas áreas del derecho; para publicitar servicios profesionales; para extender la red de contactos y captar nueva clientela y por supuesto para generar relaciones más dinámicas e instantáneas con la clientela actual. Por todas estas razones y muchas más, estos instrumentos tecnológicos constituyen a la fecha herramientas invalorables e insustituibles pues, además de ser mayoritariamente gratuitas son de acceso público y poseen un alcance masivo.

No obstante como se verá a continuación, -de manera consciente o no- éstas nuevas prácticas, conductas y acciones vinculadas con el uso de la tecnología pueden generar tensión con los deberes éticos que imponen a las y los profesionales del derecho las normas que regulan su profesión<sup>1</sup>, pudiendo –en algunos casos- dar lugar a situaciones reprochables

# 2.2. Publicidad de los Servicios Jurídicos. Uso indebido de páginas web o redes sociales. Práctica ilegal de la profesión jurídica

Históricamente las y los abogados captaban clientes gracias al boca en boca, hecho que limitaba el posible crecimiento de sus asuntos y exigía que el aumento en su clientela

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La regulación de la abogacía en nuestro país y en nuestra provincia de La Pampa en particular se integra: a) con un conjunto de principios previstos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Provincia de La Pampa siendo los más relevantes los que surgen de los artículos 1; 16; 75 incisos 18 y 19; 121 y 122 de la CN y artículos 1; 6; 47 de la Constitución Provincial; b) con diversas normas de alcance general como las que rigen los contratos en el Código Civil y Comercial (ley 26994), tales como la representación en general (arts. 358 y 361); mandato (arts. 1319 a 1334); locación de servicios (arts. 1278 y 1279); más todas las normas que establecen el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual; c) con la responsabilidad penal que surge del Código Penal, como por ejemplo el régimen penal del secreto profesional (art. 156); d) y las regulaciones locales que en nuestra provincia de La Pampa surgen del Decreto-Ley N° 3/62 que regula la profesión de Abogados y Procuradores; el Reglamento Interno del Colegio de Abogados y Procuradores de La Pampa, el Reglamento de Procedimiento de Ética y Disciplina; el Código de Ética y Disciplina (ley provincial N° 456) y la Ley Provincial de honorarios profesionales N° 1007.

dependiera de gente conocida, de su propia clientela y de su acreditada trayectoria profesional en el medio.

Hoy, las y los abogados tienen un amplio abanico de posibilidades para darse a conocer y captar clientela. Y sin lugar a duda, es en el mundo digital donde estas posibilidades son mayores.

La publicidad de los servicios profesionales ya no es un lujo que se pueden dar unos pocos ni se encuentra reservada para estudios jurídicos con capacidad de derivar parte de sus ingresos en invertir en pautas publicitarias. Hoy, la mayoría utilizan la web y las redes sociales con fines publicitarios; convirtiendo a este espacio en un factor clave para la captación de clientes desde que amplía rápidamente y con bajo o nulo costo el alcance y visibilidad de sus servicios.

Es sabido que, desde un punto de vista ético, las y los profesionales que ejercen la abogacía de manera liberal no tienen prohibido hacer publicidad con el objeto de hacer conocidos sus servicios profesionales.

Sin embargo, y a pesar de que los regímenes especiales que regulan el ejercicio profesional de la abogacía en nuestro país y los Códigos de Ética de los Colegios provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ocupan del tema, se vislumbra que la normativa ética actual vinculada a la publicidad de servicios profesionales es muy escueta y no se ha adaptado a las nuevas realidades a la que nos enfrentan las Tic<sup>2</sup>; haciendo necesaria su actualización o al menos su reinterpretación.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> A modo de ejemplo el Código de Ética de La Pampa refiere a este tema en su artículo 18. PUBLICIDAD el cual se transcribe a continuación "El abogado debe reducir su publicidad a avisar la dirección de su estudio, sus nombres, títulos científicos y horas de atención al público. No debe publicar ni inducir a que se hagan públicas noticias o comentarios vinculados a los asuntos en que intervenga, a la manera de conducirlos, la importancia de los intereses comprometidos y cualquier ponderación de sí mismo. Debe abstraerse de publicar escritos judiciales o las discusiones mantenidas con relación a los mismos asuntos. Si circunstancias extremas o causas particulares muy graves justifican una exposición al público, no debe hacerse anónimamente; y en ese caso, que es mejor evitarlo, no deben incluirse referencias a hechos extraños al proceso, más allá de las citas y documentos de los autos. Concluido el proceso, puede publicar en forma ponderada y respetuosa sus escritos y las sentencias y dictámenes del expediente; pero no los escritos de adversario sin autorización de su letrado. (Unif. 13, 14 y 15, Fed. 15; N.Y. 20; Proyec. Fed. 10) (Dec.; Calvento, notas a los incisos 4° y 5° del art. 14). Asimismo, el Decreto-Ley N° 3/62 que regula la profesión de Abogados y Procuradores dice en su artículo 7.- Sin perjuicio de otras prohibiciones legales, los abogados no podrán: .... 7) Publicar avisos que puedan conducir a engaño a los clientes u ofrecer cosas contrarias o violatorias de las leyes.

Una de las implicancias que ya se encuentra en discusión en la comunidad jurídica está vinculada con la posibilidad de que la o el profesional a través del uso de páginas web y redes sociales para uso publicitario se exponga a situaciones que puedan importar la práctica ilegal de su profesión.

En efecto. El carácter universal de la Internet tiene el potencial de generar que la página web que cualquier profesional desarrolle o la red social que utilice para publicitarse pueda ser accesible en teoría por cualquier persona usuaria de internet independientemente del lugar físico donde se encuentre.

Los potenciales clientes normalmente buscan los servicios que el profesional ofrece teniendo en cuenta el interés inmediato en solucionar un problema. Por ello, cuando un cliente busca abogado en Google normalmente ya no utiliza la típica fórmula de "abogado+ciudad", no busca por ejemplo "abogado en Santa Rosa, La Pampa", sino que lo que le interesa es encontrar una solución a su problema. Así, si una persona quiere divorciarse buscará "abogado experto en divorcios".

Esto trae como consecuencia que existan grandes posibilidades que toda la información que se publique, comentario que se realice, contenido que se genere o servicios que se publicite llegue al alcance de personas que obviamente se encuentren en jurisdicciones donde la o el profesional pueda no estar habilitada o habilitado a ejercer la abogacía.

Y ese solo clic que permite llegar a la localización de los profesionales que publicitan sus servicios en la web puede provocar tensiones o incumplimientos a los deberes éticos y profesionales si no se asume con responsabilidad el diseño o planeamiento de las páginas web o redes sociales como así también si no se transmite de una manera clara y precisa los mensajes que se envían; la información que se brinda, o los comentarios que se realizan, pues en la medida que cualquiera de éstas acciones puedan ser consideradas formalmente como recomendaciones legales se podría pensar en un ejercicio o práctica ilegal de la profesión si se destinan a personas que se encuentran en jurisdicciones donde no se cuenta con licencia para ello.

Sin dudas, no es lo mismo una página web de tipo "estática" que no permite interacción a los visitantes, que una página o sitio web interactivo, con funcionalidades que habilitan la comunicación bidireccional sincrónica o asincrónica con los visitantes.

También cambia totalmente el sentido si la página solo ofrece información legal general para destinatarios indefinidos o si también brinda información producto de respuestas a dudas o consultas realizadas por un visitante en la web (aquí el contenido se puede individualizar y responde a un interrogante puntual).

Y obviamente no es lo mismo una que la página cuente o no, con información concreta que advierta a la persona de la jurisdicción foránea sobre el ámbito de actuación profesional de quien publicita sus servicios.

A nivel internacional, al revisar sus reglas sobre ética y responsabilidad profesional, la American Bar Association (A.B.A., por sus siglas en inglés) se ocupó –entre otros temasde la publicidad y anuncios de las y los abogados. Y uno de los temas que impulsó esta revisión fue justamente la práctica de la abogacía fuera de la jurisdicción del abogado<sup>3</sup>.

Por supuesto que esta situación abre muchos interrogantes y exige determinar cuáles son los elementos tipificantes para que un abogado o abogada pueda ser sancionado éticamente por considerar que se encuentra ejerciendo en otra jurisdicción en la que no está autorizado o autorizada. Por ello se propicia que los Colegios de Abogados promuevan una actualización de las normas de ética que den cobertura regulatoria al uso de páginas web y otras plataformas en línea similares y que en él mientras tanto se brinde capacitaciones a los matriculados y matriculadas para que realicen un uso adecuado y ético de las Tic.

# 2.3. Deber de Confidencialidad

Ver modificaciones introducidas a las Reglas Modelo 7.1 a la 7.5 en: <a href="https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanews/2018-AM-Resolutions/101.pdf">https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanews/2018-AM-Resolutions/101.pdf</a>. Para mayor información sobre la American Bar Association ver: <a href="https://www.americanbar.org">https://www.americanbar.org</a>. ). A partir de las reglas modelos, los diferentes colegios estaduales de Estados Unidos redactan sus propios códigos.

También el trato con la clientela ha cambiado desde la irrupción de las herramientas tecnológicas. Hoy ya resulta habitual que las y los profesionales asesoren a través de una llamada telefónica o por medio de un sistema de mensajería inmediata. Es más. Producto de los nuevos problemas de salud asociados con la pandemia que azotó al mundo durante el año 2020, es la propia clientela la que exige entrevistas remotas para su mayor comodidad y seguridad.

Y sin dudas, las transformaciones no solo se vislumbran en esta nueva forma de "vincularnos" sino también en el modo en que se comparte la información. Hoy, la clientela comparte la mayor parte de la información a través de medios tecnológicos. Documentos digitales o documentos digitalizados; archivos de texto insertos en diferentes servicios de mensajería (como e-mail o WhatsApp); archivos con contenido de imagen o de audio se encuentran a la orden del día. Y el abogado y/o abogada al recibir esa información la almacena en los dispositivos tecnológicos que tiene disponible (teléfonos inteligentes, computadoras portátiles y tabletas, entre otros)

Ahora bien Y ¿Cómo repercute este cambio trascendental en la manipulación de información con el deber ético de guardar el secreto profesional; es decir con el deber de confidencialidad<sup>4</sup>?

Sin dudas, exigiendo a cada profesional un mayor compromiso en la toma de salvaguardas para garantizar la inalterabilidad, integridad y confidencialidad de la totalidad de los datos personales que manipula.

-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> El código de Ética y Disciplina de la Provincia de La Pampa (ley provincial456) trata el deber de confidencialidad en los artículos 11 y 12. Dicen así: Artículo 11 "S E C R E TO PROFESIONAL. SU EXTENSIÓN Y A L C A N C E. El abogado debe guardar rigurosamente el secreto profesional. I) La obligación de la reserva comprende las confidencias recibidas del cliente, las recibidas del adversario, las de los colegas, las que resulten de entrevistas para conciliar o realizar una transacción, y las hechas por terceros al abogado en razón de su ministerio. En la misma situación se encuentran los documentos confidenciales o íntimos entregados al abogado. II) La obligación de guardar secreto es absoluta. El abogado no debe admitir que se le exima de ella por ninguna autoridad o persona, ni por los mismos confidentes. Ella da al abogado el derecho ante los jueces, de oponer el secreto profesional y de negarse a contestar preguntas que lo expongan a violarlo. III) Ningún asunto relativo a un secreto que se le confíe con motivo de su profesión, puede ser aceptado por el abogado sin consentimiento previo del confidente. A RTÍCULO 12 EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL S E C R E TO PROFESIONAL. I) La obligación del secreto profesional cede a las necesidades de la defensa personal del abogado, cuando es objeto de acusaciones por su cliente. Puede, entonces, revelar tan solo lo que sea indispensable para su defensa y exhibir los documentos que aquel le haya confiado. II) Cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer delito, la reserva de la confidencia queda librada a la conciencia del abogado, quien, en extremo ineludible, agotados otros medios, puede hacer las revelaciones necesarias para prevenir el acto delictuoso o proteger a las personas en peligro.

Ello, por cuanto la confianza que se deposita en el o la profesional, se traduce en la expectativa razonable de la privacidad con que sus datos serán usados, así como resguardados sus documentos, su correspondencia y sus comunicaciones.

Hoy, las y los profesionales del derecho tienen que ser cauteloso con la manipulación de esos datos. Deben tomar recaudos suficientes; adoptar medidas de ciberseguridad para la salvaguarda de la información compartida por su clientela, evitando el acceso a esa información por parte de terceros así como su divulgación no autorizada.

Sin dudas la clientela puede verse afectada o ser víctima de estos delitos en caso de ataques en los sistemas y redes informáticas de sus profesionales de confianza. Y ello se debe en gran medida a las malas prácticas de las y los profesionales que desconocen la manera adecuada de manipular información sensible y confidencial.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que "la fluidez informativa que existe en la actualidad coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. En consecuencia, la CIDH consideró que resulta necesario que el estado asuma un mayor compromiso a fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada"<sup>5</sup>.

Por otro lado, es dable comentar que las Reglas Modelo de la ABA, al tratar el tema del deber de confidencialidad en la regla 1.6 apartado c) dice expresamente: "...El abogado hará esfuerzos razonables para evitar revelaciones inadvertidas o no autorizadas, o el acceso no autorizado a información relacionada con la representación del cliente"; exhortando sin dudas a las y los profesionales a adoptar por todos los medios los mecanismos necesarios a fin de evitar la violación al deber de guardar el secreto profesional.

Por lo expuesto y con el objeto de garantizar el deber ético de confidencialidad, un buen abogado y/o abogada en la actualidad no puede perder de vista que el uso de la tecnología

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Escher y otro c. Brasil", Serie C N° 220, 6 de junio de 2009.

obliga a tomar decisiones vinculadas con la adopción de medidas de ciberseguridad<sup>6</sup> que garanticen la confidencialidad de los datos así como su integralidad.

# 3. Las redes sociales y el ejercicio de la función judicial

Como refiere el magistrado y miembro de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, David Ordoñez Solís, el uso de internet y de las nuevas tecnologías han popularizado la utilización de distintas redes sociales con las más variadas finalidades, pasando de aquellas de mero entretenimiento (*Facebook* o *Instagram*), por las de participación e intercambio de opiniones (*Twitter*) hasta las de relación profesional (*LinkedIn*) o de investigación universitaria y cultural, canalizada a través de los distintos blogs, estos últimos, tal vez con menos uso actualmente (Ordoñez Solís, 2016).

El uso de estas nuevas herramientas resulta valioso para el ejercicio de la función judicial, a tal punto que suele aprovechárselas con fines oficiales.

Pero esa utilización también puede dar lugar a problemas y preocupaciones de orden ético. Particularmente con relación al carácter apropiado, o no, de las publicaciones las que de algún modo podrían comprometer la dignidad del cargo que se ocupa o causar conflictos de interés y reducir o desgastar la confianza que la ciudadanía tiene en el sistema judicial.

Esto último no es un dato menor, pues cuando se habla de ética judicial debe hacerse desde la perspectiva de la sociedad, esto es, qué pretende la ciudadanía de esa persona que cumple funciones jurisdiccionales.

El impulso de la tecnología, el cambio en la manera de generar relaciones interpersonales y de hacer amigos o amigas, de tener seguidores o seguidoras, mostrar apoyo o rechazo pueden afectar a la posición institucional de cada operador u operadora judicial.

Dicho de otro modo, esa participación podría influir desfavorablemente en su independencia, comprometer la imparcialidad y hasta provocar una recusación o,

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> La ciberseguridad es el conjunto de herramientas, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión de riesgos, acciones, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse para proteger los activos de una organización.

simplemente, promover en las partes de un proceso judicial, o en sus representantes, sospechas de comportamiento inapropiado.

¿Qué pasa cuando quien ejerce alguna función jurisdiccional comparte una publicación de contenido político-partidario? como ocurrió en la provincia de Córdoba en 2019 en el que un camarista compartió una publicación de contenido político-partidario — concretamente compartió un vídeo en el que aparecían el entonces presidente Macri y su esposa en el balcón de Casa Rosada, añadiéndole la expresión "yo apoyo a Macri"— y quien, a modo de defensa, expresó que su único propósito fue el de apoyar a la República y al proceso democrático (Tribunal de Ética Judicial - Córdoba, 2020).

O ¿Cuáles son las consecuencias de hacer un comentario de tipo sexista? como el caso de un fiscal rionegrino quien, el 8 de marzo de 2018, publicó en *Facebook* un mensaje a modo de chiste para "las chicas" del grupo –según manifestó el mismo operador judicial–, mensaje que se difundió o viralizó con gran rapidez hasta el punto de que concluyó su carrera judicial (INFOBAE, 2018).

No hay dudas que el funcionamiento de las redes sociales permite que una publicación sea compartida una cantidad indeterminada de veces multiplicando su impacto, más allá de las intenciones de privacidad que quisiera dársele.

Y este es el punto para considerar: ¿hasta dónde se debe participar en las redes sociales?; quienes ejercen funciones jurisdiccionales, ¿deberían evitar la participación en las redes sociales?

Desde ya que no sería razonable –ni recomendable– que quienes ejercen funciones jurisdiccionales se retiraran totalmente de la vida pública.

Como ha dicho el relator especial de la Organización de las Naciones Unidas, Diego García Sayán, sobre la independencia de la judicatura, el aislamiento completo de quien cumple alguna función judicial respecto de la comunidad en la que vive no es posible ni beneficioso y una instrucción general para que simplemente se mantengan alejados de los medios sociales no está justificada ni es realista en la actual era digital (García Sayán, 2019).

De ese modo, debe considerarse que la intervención en las redes sociales de quienes integran los poderes judiciales, en cualquiera de sus funciones, debe ser plena hasta que

esa participación pudiera afectar de algún modo la legitimación de ejercicio de la función jurisdiccional.

Es por ello por lo que la significación que tienen las redes sociales requiere de cada operador u operadora judicial la mayor prudencia en su uso, debiendo ser consciente que el cumplimiento de funciones judiciales está más allá del horario de trabajo y del lugar en donde se desempeña la función.

Cada publicación de opiniones que versen ya sea sobre cuestiones jurídicas o sobre cuestiones ajenas al derecho, o determinadas reacciones ante divulgaciones de terceras personas pueden comprometer no solo la apariencia de imparcialidad, sino también, que, en algunas circunstancias, llegue a poner en tela de juicio otros principios soberanos del ejercicio de la función jurisdiccional: la imparcialidad, la independencia y la integridad.

La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ) tiene dicho que asisten a quienes ejercen la magistratura los mismos derechos que a todas las personas y que no hay cláusulas que limiten específicamente el uso de redes sociales. De modo que no hay restricciones ni deberes especiales previstos respecto de su empleo (CIEJ, Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2015).

Esa fue precisamente la opinión desde la referida Comisión en su dictamen de 2015, respecto de una consulta realizada por el Poder Judicial de Costa Rica.

Resulta oportuno recordar que la referida consulta se formuló con la finalidad de definir algunos parámetros de aplicación general para el uso ético de las redes sociales por parte de quienes ejercen la judicatura, pues se presentaba un conflicto de derechos fundamentales: la libertad de información y de expresión, por un lado, y la imagen y los derechos de las personas involucradas en los procesos judiciales, por el otro.

Y fue en esa oportunidad que la Comisión tuvo en cuenta las ventajas que supone el uso de las redes sociales, pero también advirtió y recomendó que se extreme la prudencia en su participación en el mundo virtual para no ver comprometida su responsabilidad, su independencia, su imparcialidad (CIEJ, Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2015).

En esa línea de pensamiento, se dijo que no está prohibido el uso de las redes sociales – ni podría estarlo— pues resulta un elemento útil para la difusión de los propósitos

institucionales y personales legítimos, pero quien cumple funciones jurisdiccionales debe evitar manifestaciones que importen incumplimientos de deberes éticos.

De ese modo, la CIEJ concluyó su Segundo Dictamen con una serie de recomendaciones como guía para quienes cumplen funciones jurisdiccionales, destinadas particularmente al juez o juez y que se entiende absolutamente adaptables a la totalidad de quienes integran el sistema judicial.

Así, entre otras recomendaciones, precisó:

- La necesidad de compenetrarse de las características y alcance de la red y de los términos del convenio con el proveedor que consiente al adherir a ella.
- Es necesario que los Poderes Judiciales contemplen la posibilidad de brindar, por medio de escuelas judiciales y otros centros de capacitación, enseñanza adecuada para familiarizar a los servidores de la Justicia con las características y posibilidades de cada red social y sus implicancias éticas. Especial énfasis cabe poner en el alcance potencial de las redes y la escasa o nula posibilidad de quien participa de ellas de restringir la comunicación de los datos, opiniones o perfiles, que ingrese a la red.
- Evaluar el significado que tiene admitir o no admitir a una persona a su universo de contactos en el marco de una red social, restringiendo de manera absoluta cualquier comunicación con aquellas personas que como partes o como abogados/as y otros profesionales de la justicia litiguen en un asunto del que en ese momento esté conociendo el juez.
- En caso de abrir perfiles en redes sociales, evaluar las potenciales consecuencias de identificarse como juez/a, y en el caso de que sucediera por causas ajenas a su voluntad, tener siempre presente la responsabilidad que impone el cargo de juez/a.
- Asegurarse que se conoce con quiénes se comparte la red, a menos que su uso no dé signos de familiaridad entre las personas conectadas.
- Tener presente que toda comunicación, especialmente la escueta o fuera de contexto,
   puede dar lugar a una desinteligencia impensada para el emisor.
- Evitar cualquier contenido que no pueda ser expuesto públicamente.
- Hacer uso de medidas de seguridad informática de alta seguridad (contraseñas, antivirus, antimalware, prevención contra la suplantación de la identidad -antiphishingentre otros).

 Tomar en cuenta que cualquier actuación, imagen o manifestación, puede ser documentada y hecha de conocimiento público por medio de las redes sociales (CIEJ, Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2015).

El Código Iberoamericano de Ética Judicial contiene una norma que debe ser destacada: el juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatorio contra los valores y sentimientos predominantes de la sociedad en la que presta su juicio (art. 54).

De ahí que la identificación entre integridad y ética judicial tiene su fundamento en la confianza de la ciudadanía, en el sentido de observador razonable, en la judicatura.

Es cierto que las conductas impropias no son del común de la judicatura, pero no es menos cierto que para el imaginario colectivo de la sociedad la conducta impropia es trasladable al conjunto en razón de la confianza institucional de la que se ve investido cada operador u operadora judicial.

#### 3. Conclusión

En lo que respecta al ejercicio de la profesión liberal de la abogacía sin dudas, las normas éticas que actualmente la rigen, lejos están de contemplar las nuevas prácticas que se imponen por el uso de la tecnología.

Frente a ello, parece necesario modernizar la regulación que gobierna el ejercicio de la profesión, así como las normas deontológicas de los abogados y abogadas a fin de adaptarla a los nuevos instrumentos tecnológicos propios de este siglo.

Hasta que ello suceda se hace necesario promover y fomentar la reflexión entre pares sobre el impacto que la tecnología genera en la actividad jurídica promoviendo un uso adecuado de ella; poniendo especial énfasis en la responsabilidad que las y los profesionales tienen en entender cómo y de qué manera se deben usar éticamente las herramientas tecnológicas y cuáles son sus implicancias derivadas.

Por otra parte, y en relación con el ejercicio de la función judicial, sin dudas la participación de quienes integren el sistema judicial debe estar precedida por una serena

prudencia, en el que se extremen los cuidados y se evalúe previamente la conveniencia o inconveniencia de integrarse a una red social.

Sabido es que no tiene el mismo efecto la conducta potencialmente impropia de alguien que inviste cargos o funciones jurisdiccionales de quien no las tiene.

Una conducta impropia de quien no cumple funciones jurisdiccionales posiblemente no pasaría de ser lesivas de reglas de conductas.

En cambio, la conducta que no se corresponde con las características propias de la función judicial seguramente adquirirá una trascendencia mayor por el solo hecho de ser quien es y porque la sociedad espera de quien cumple funciones jurisdiccionales un comportamiento sin vicios privados, no solo en su comportamiento público, sino también en aquel privado con trascendencia pública.

Por ello, desde el momento de la decisión de participar en las redes sociales se debe ser consciente, en todo momento, que un comportamiento particularmente impropio resiente la mucha o poca confianza que la sociedad tiene en el Poder Judicial, pues las publicaciones impropias exceden el marco de lo privado y rozan lo institucional.

# Referencias bibliográficas

CIEJ. (30 de noviembre de 2015). Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Obtenido de Comisión Iberoamericana de Ética Judicial: <a href="http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictamenes/">http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictamenes/</a>

CIEJ. (12 de marzo de 2020). Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Obtenido de Comisión Iberoamericana de Ética Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictamenes/
Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. (s.f.). Obtenido de Cumbre Judicial Iberoamericana: http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/33

García Sayán, D. (29 de abril de 2019). Recuperado el 6 de octubre de 2020; título u obra de publicación: Independencia de los magistrados y abogados Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. INFOBAE. (8 de marzo de 2018). Renunció el fiscal que mandó a "limpiar y planchar" a las mujeres en su día.

- Ordoñez Solís, D. (2016). Pero bueno, los jueces también están en las redes sociales; Publicación: Diario LA LEY, nº 8762, de 16 de mayo de 2016, Nº 8762, 16 de mayo de 2016, Editorial LA LEY
- Tribunal de Ética Judicial Córdoba. (6 de octubre de 2020). Justicia Córdoba. Obtenido de <a href="https://www.justiciacordoba.gob.ar/EticaJudicial/">https://www.justiciacordoba.gob.ar/EticaJudicial/</a>
- Vigo, R. L. (2017). Ética y Responsabilidad Judicial. Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni

#### LAS FAKE NEWS EN EL CASO DE "LA RUTA DE DINERO K"

Ailén Victoria Díaz

#### 1. Introducción

La presente ponencia presentada en el IIII Congreso Nacional de Derecho: Retos del Sistema Jurídico Post Pandemia, Santa Rosa, La Pampa, se enmarca en el Proyecto de Investigación, "Poder judicial: Legitimidad y reforma. Del Lawfare al control de políticas públicas y ampliación de derechos", que tiene como unidad ejecutora al Centro de Derecho Crítico de la Universidad Nacional de La Plata. Dentro del mencionado proyecto, existe una línea de investigación dedicada a los medios de comunicación, la posverdad, *fake news*, *big data* en su relación con el *lawfare*. De ella nace este pequeño aporte para problematizar y analizar el fenómeno de la llamada guerra judicial.

En particular analizaré el caso de "la ruta del dinero k", creación comunicacional que tuvo como objetivo principal desprestigiar y acusar de corrupción a la ex presidenta Cristina Fernández de Kirchner. Si bien se declaró la falta de mérito en dicho proceso judicial, junto a otros procesos similares, los cuales no tienen condena, se manchó su imagen pública y favoreció con ello pérdidas electorales (legislativas 2013, presidenciales 2015 y legislativas 2017).

Para llevar a cabo esta ponencia haré hincapié en el contexto de posverdad en el que se enmarca dicho accionar y la necesaria utilización de *fake news* (noticias falsas) por parte del multimedio Grupo Clarín, lo cual genera el clima propicio a los fines de la manipulación, tergiversación e incluso invención de información para formar una opinión pública adversa respecto de la mencionada dirigente política. El estudio se centrará en el análisis de tres emisiones programa Periodismo Para Todos, transmitidos por el Canal 13 en el Año 2013, los días 14/04/13; 21/4/13; y 18/8/13, y en la categoría de "superficie redaccional y el periódico como actor político" (Borrat, 1989) del diario Clarín Digital durante el mes previo a las elecciones citadas.

#### 2. Pequeña conceptualización del Lawfare

Resulta conveniente desarrollar brevemente la noción del *lawfare*, o traducida al español "guerra jurídica", entendiéndose por tal una táctica que consiste en utilizar la ley como un

mecanismo de ataque al rival, de alguna forma como arma de guerra, pues su origen cuenta con un contexto bélico. Se sabe que el término apareció por primera vez en un trabajo del General de División retirado Charles Dunlap Jr., de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, en el año 2001, y desde ese momento se lo identifica con el uso abusivo – e incluso ilegal- de las leyes y sistemas judiciales para el logro de objetivos militares y políticos.

De modo que el fenómeno del *lawfare* es un método de persecución político-judicial, que bajo el ropaje de la institucionalidad del debido proceso, no se hace otra cosa que el mal uso o abuso del derecho, conjuntamente con operaciones mediáticas con el fin de atacar al enemigo del *establishment*, ya sean líderes populares, gremiales, y/o referentes sociales. En particular, en Latinoamérica se observa contra los ex presidentes Lula da Silva, Cristina Fernández, Rafael Correas y Evo Morales.

Para destruir a alguien en términos del *lawfare*, se desarrollan las siguientes tácticas: abusar o tergiversar las leyes existentes para deslegitimar y dañar la imagen pública del adversario; mal uso de procedimientos legales para restringir su libertad, intimidarlos o silenciarlos; influir negativamente en la opinión pública para anticipar juicios y reducir su derecho a una defensa imparcial; constreñir a los agentes públicos y traer represalias contra los políticos para obstaculizar los mecanismos legales de defensa; manipular tácticamente una causa falsa, y hostigar y avergonzar a los abogados defensores.

Se utilizan campañas de descalificación, mediante agravios, acompañadas y multiplicadas por su correspondiente estigmatización condenatoria mediática. Si bien las campañas de difamación siempre han sido parte de la estrategia política de los sectores dominantes, abriendo la puerta a falsas acusaciones de corrupción, actualmente cuando son potenciadas por la colusión del *lawfare* y ofensivas mediáticas, el resultado es más que estremecedor.

Bajo esas maniobras mediáticas, los mecanismos de persecución política, se presentan como parte de una supuesta lucha contra la corrupción, incitando a obtener un castigo ejemplificador junto con la proscripción política de los supuestos autores, donde ya no importa realmente sus derechos de defensa en juicio, la presunción de inocencia, ni el debido proceso, ni la prohibición de creación de tribunales especiales.<sup>1</sup>

En otro orden, se debe resaltar, que este tipo de guerra, se diferencia de la clásica, por cuanto la disputa cultural es sumamente importante, así como la información o

-

<sup>1</sup> Respecto a esta prohibición, es decir el derecho del juzgamiento por el juez natural, ha sido violentada en infinidad de ocasiones al recaer las causas de persecución política, en juzgados o tribunales complacientes, y ni que mencionar manipulación de los sorteos para que recayera en juzgados afines.

desinformación, manipulación de la opinión pública y la generación de caos económico y estados de paranoia. Estas nuevas estrategias, pueden a veces causar más daños que las operaciones militares clásicas.

Según Stella Calloni (2008)<sup>2</sup>, "la información se ha convertido en un arma de guerra, porque la apropiación de los medios de comunicación por parte del poder hegemónico transformó la relación de estos con la sociedad. La GBI es también un nuevo tipo de guerra sucia que tiene como objetivo central la recolonización de América Latina. Y en ese intento de recolonización donde aparecen la corrupción, el narcotráfico, y el crimen organizado como argumentos válidos para justificar intervenciones que tienen objetivos destituyentes. Del mismo modo, se utilizan a ONG, e incluso sectores tradicionalmente progresistas, para intensificar la lógica del caos y los conflictos sociales".

Lo que debe quedar de manifiesto, como expresa Pablo Cabral (2019) es que "bajo apariencias de legalidad y de justicia, lesionan seriamente la calidad democrática en nuestros países, entendiendo que semejante fenómeno pone en crisis al propio Estado de Derecho y al sistema jurídico sobre el que se sostiene."

#### 3. Las Fake News y la Posverdad.

Siguiendo a Zafarroni (2019)<sup>3</sup>, si con el *lawfare* se trata de satanizar al enemigo y mostrar al opositor político como corrupto, y al sector dominante como puro y exento de culpas, lo primero que salta a la vista es que se trata de algo que no es verdad, es decir, es una falsedad. De modo que el *lawfare* es una categoría especial del género falsedades, éste y las ahora llamadas *fake news*, no son fenómenos del todo independientes, sino que el primero es una categoría particular de las segundas.

La creación de realidad en base a *fake news* tiene larga historia<sup>4</sup>, sólo que en la actualidad se asienta en una nueva tecnología, ya que las noticias falsas se viralizan por las redes a una velocidad antes desconocida, llegando a ser un negocio altamente rentable: existen agencias altamente sofisticadas que se dedican a eso. El big data y los troll robotizados agresivos que producen conflicto, los bot automatizados que comparten opiniones y los chat-bot que las comentan, nos hacen creer que se trata de

<sup>2</sup> Citada por Nahuel Sosa en *"La justicia como herramienta de persecución política"* pp. 27, en M. Benetente y F. Thea (coomps), La Justicia Acusada. Sudamericana (2020).

<sup>3</sup> En el prologo del libro de Silvina Romano (coomp) Lawfare: Guerra Judicial y Neoliberalismo en América Latina. Celag- Marmo Izquierdo Editores (2019).

<sup>4</sup>Rafa Rubio Nuñez (2018) explica "ya en 1726 se hablaba de «informes falsos o inventados que se difunden maliciosamente por gente malintencionada, sin confirmación, con mala intención, o quizás por gusto o placer». Efectos de la Posverdad en la Democracia.

participantes humanos por lo que en principio no se desconfía. Sin embargo, la bola de información hace imposible poder discernir falsedades en ese contexto, es una tarea cada vez más ardua.

¿Cómo podemos definir a las *fake news?* Raúl Rodríguez-Ferrándiz<sup>5</sup> cita algunas definiciones, entre ellas como: "información engañosa o incorrecta, que pretende ser una noticia real sobre política, economía o cultura"<sup>6</sup>, y también como "desinformación intencionada (invención o falsificación de hechos conocidos) con fines políticos y/o comerciales, presentada como noticias reales".

Este engaño o falsedad se da paralelamente al fenómeno de la posverdad, que en rigor está íntimamente ligado con las *fake news*. La Real Academia Española define a la posverdad<sup>7</sup> como la "distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales". Es claro que en la práctica no es habitual ni es sencillo realizar tal distinción y se utilizan ambas palabras como caras de una misma moneda.

Pensemos también que la verdad no suele aparecer en estado puro, y cuando se comunica apelando a factores emocionales e intencionales, esta comunicación se convierte en una herramienta que sirve para modificar percepciones e influir en las acciones. De esta manera la posverdad se presentaría como el intento de influir en la actitud de un grupo de personas respecto a asuntos controvertidos que atañen al grupo, a través de distintas técnicas y mecanismos centrados en la "manipulación del contenido". Así, la desinformación no sería tanto la negación de la realidad sino la transformación intencionada de la misma<sup>8</sup>.

Finalmente, merece destacarse en toda esta enmarañada cuestión, que en esta era de posverdad, pareciera existir una zona de penumbra ética, que permite mentir sin considerarnos deshonestos, al encontrar razones para manipular los hechos, y así poder mentir sin remordimientos<sup>9</sup>. ¿Será por ello que se miente tan descaradamente, como

139

<sup>5</sup> Rodríguez-Ferrándiz, Raúl (2019). "Posverdad y fake news en comunicación política: breve genealogía". El profesional de la información, v. 28, n. 3, e280314. https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.14

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Ibidem, definición del Oxford Institute for the Study of Computational Propaganda

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> El término "posverdad" se acuñó en los días de la Guerra del Golfo. También según el OED, fue el dramaturgo ser- bio-americano Steve Tesich quien empleó el término por vez primera en un artículo para The nation en 1992. En ese texto titulado "Un gobierno de mentiras", dibujaba un proceso de degradación de la calidad de la democracia y de la sociedad civil. El caso Watergate, el escándalo Irán-Contra y la Guerra del Golfo eran tres hitos en la historia reciente de EUA que demostrarían que los ciudadanos comenzaban a evitar cada vez más enfrentarse a la verdad y preferían que el gobierno les ahorrara ese trago. Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Rafa Rubio Nuñez (2018). Los efectos de la posverdad en la democracia.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Rodriguez Ferradiz op cit, citando a Keyes, Ralph

sucedió con Lanata en su programa de Periodismo para Todos y su descubrimiento de la "Ruta del Dinero K"?

### 4. Los Medios de Comunicación Masiva: actores políticos

La sociedad es esencialmente comunicación, hasta el punto de que sin comunicación no hay sociedad. Es por ello, que los medios de comunicación tienen un rol preponderante en nuestras sociedades, fundamentalmente porque son partícipes de la formación de la "opinión pública" y de la agenda pública.

Siguiendo a Borrat (1989) "[s]i por actor político se entiende todo actor colectivo o individual capaz de afectar el proceso de toma de decisiones en el sistema político, el periódico independiente de información general ha de ser considerado como un verdadero actor político. Su ámbito de actuación es el de la influencia, no el de la conquista del poder institucional o la permanencia en él. El periódico pone en acción su capacidad para afectar el comportamiento de cientos actores en un sentido favorable a sus propios intereses: influye sobre el gobierno, pero también sobre los partidos políticos, los grupos de interés, los movimientos sociales, los componentes de su audiencia. Y al mismo tiempo que ejerce su influencia, es objeto de la influencia de los otros, que alcanza una carga de coerción decisiva cuando esos otros son los titulares del poder político".

Partiendo de la base que los periódicos, y en general los medios de comunicación de masas son actores políticos, se entiende porque éstos son los principales generadores de *fake news* y posverdad. Su principal arma es el lenguaje, y ya a estas alturas no tiene que sorprendernos que tienen una gran eficiencia para alcanzar los fines de la guerra –destruir al enemigo-, aunque a veces no sea tan visible, y por lo tanto resulte necesario problematizar y analizarlo.

No debemos perder nunca de vista que los medios de comunicación son empresas y que lucran a través de su actividad. La transmisión de noticias es mercancía, con una gran carga de subjetividades de acuerdo a "línea editorial" adoptada, es decir la ideología política y social de sus propietarios, que en muchas ocasiones son grandes inversores o multinacionales.

Por ello, utilizando la categoría "superficie redaccional" del referido autor, trabajaremos las noticias del Diario Clarín Digital, conjuntamente con el análisis del medio audiovisual del programa televisivo de Periodismo Para Todos, emitido por el Canal 13, que al ser un canal de aire tiene llegada a gran cantidad de hogares.

En este análisis del discurso periodístico y de los lenguajes políticos, nos permite rastrear en los textos importantes indicios de las decisiones tomadas por el medio de comunicación respecto a excluir, incluir y jerarquizar a los actores y las fuentes de la información política. Hay en uno y en otro campo omisiones, asimetrías, de tipo cuantitativo y cualitativo, tratos diferenciados altamente significativos para precisar cuál es la línea política del periódico y cuáles los objetivos permanentes y temporales que moldean tanto a sus prácticas rutinarias como a sus actuaciones estratégicas<sup>10</sup>.

La cobertura al caso de la "ruta del dinero k" permite demostrar que ha sido una operación política-mediática-judicial, claramente una actuación estratégica y con el objetivo específico de dañar al sector político popular del momento. Tanto el programa de Lanata como el seguimiento por el diario Clarín –ambos del mismo grupo económico- tendió a la manipulación para instalar la posverdad que debía transformarse en sentido común: la corrupción del kirchnerismo. Pese a las decisiones judiciales, la falta de mérito, dictada por le juez Casanello y confirmado por la Cámara, en el imaginario social se ha instalado esta idea, y por ende gran parte de su cometido, cumplido.

El antikircherismo es un sentimiento tan fuerte, que cualquiera que lo profese, dirá que fue un gobierno corrupto, que Cristina se llevó la "guita a paraísos fiscales", o a través de los "bolsos de López", o "se robó un PBI", entre tantas otras ideas grabadas a fuego.

Se produjo así, con la táctica del *lawfare* y las *fake news*, el hostigamiento atroz y la perdida de credibilidad al gobierno de turno, los funcionarios judiciales cómplices de quienes tergiversaron hechos e incluso inventaron y que luego se judicializaron<sup>11</sup>, no hace otra cosa que dañar a democracia, porque para combatir la corrupción seriamente y no selectivamente, sólo es posible dentro de las propias reglas que impone el sistema constitucional. Investigar, sancionar, condenar sin el respeto al debido proceso, sin pruebas, sin hechos acreditados, sin respetar la presunción de inocencia, abusando del instituto de la presión preventiva, son algunas de las estrategias utilizadas en los procesos contra el kircherismo.

### 5. El comienzo de la causa "la ruta del dinero k"

-

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Borrat, (1989).

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Cristina Fernández de Kirchner atravesó y atraviesa varios procesos judiciales en el marco del *lawfare*, entre ellos podemos citar los conocidos como: Dólar Futuro, Memorándum de Entendimiento con Irán, Hotesur, Los Sauces, Vialidad, todos ellos elevados a juicio oral. Luego se encuentra procesada en la causa Cuadernos. La mayoría de las causas tramitaron en el juzgado, del recientemente fallecido, Claudio Bonadío.

La causa de "la ruta del dinero K" comenzó en 2013, tras una denuncia realizada luego de la difusión en el programa Periodismo Para Todos, emitido el 14 de abril del dicho año<sup>12</sup>, a través del Canal 13, por supuestas maniobras para sacar del país unos 60 millones de euros por parte de un grupo de asesores de Lázaro Báez, entre quienes se encontraban los financistas Leonardo Fariña y Federico Elaskar.

Se denunciaba entonces, las supuestas maniobras de lavado de dinero, que tenían como ejecutor principal al empresario santacruceño mencionado, quien se habría enriquecido enormemente por la obra pública durante la gestión de Néstor Kirchner, quien fuera en vida su amigo/socio, y que posteriormente continuara con el mandato de Cristina Fernández.

El objetivo, instalar que dinero "negro" de la gestión pública del kirchnerismo se vehiculizaba a través de este empresario.

Ocasionó así, la prisión de Báez, que actualmente se encuentra con arresto domiciliario, sin embargo no pudo procesarse a la ex mandataria, aunque cabe destacar que solo se dictó la falta de mérito, y no su sobreseimiento, pudiendo con nuevas pruebas, volver a incriminársele el delito de lavado de dinero.

El programa mencionado, resultó el puntapié para avanzar con la idea fuerte de corrupción del gobierno kirchnerista. En las redes sociales, se comenzó a encontrar hashtags como "#dinerok", "#corrupciónk". Se sembró una mentira, y debía mantenerse ¿cómo hacer para darle mayor credibilidad? Se la tiño de institucionalidad, se la acompañó con un aparataje judicial que sigue esa ilusión. Y así fue.

Desde el comienzo del informe de Lanata, se observa la falta de soporte documental, como quien dice "flojo de papeles", pero es sabido que un televidente no cauto o poco observador, no suele analizar con detalles el mensaje que recibe. Las palabras rimbombantes del conductor, aseguraban conocer el circuito mediante el cual se expatrió dinero del gobierno de Cristina Fernández. En particular, de euros, sí, euros porque "son mas fáciles para transportar", pues ya "no se cuenta el dinero, se pesa". Pese a insistir en esa idea, de la fuga de 55 millones de euros, las denuncias judiciales hablan de esa misma cantidad pero de dólares. Nunca hubo aclaración al respecto.

La base de la denuncia está dada por los testimonios de los financistas Leonardo Fariña y Federico Elaskar. Estas fuentes no resultan confiables, ambos se desdijeron en varias

\_

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Puede verse el programa a través de la plataforma youtube: https://www.youtube.com/watch?v=XwQHwqflRSA [consultado en septiembre 2020]

oportunidades, pero además ¿por qué hablar frente a un periodista y no ante la justicia? Debe remarcarse, que iniciada la causa judicial, ambos testigos desmintieron lo expresado en el programa, en particular Elaskar expresó haber sido manipulado por Lanata y Barrionuevo, para decir que "lo guionaron". En tanto Fariña, al poco tiempo lo desmintió en el programa de Intrusos, aunque posteriormente en el 2016, ya detenido por una causa de evasión fiscal, se acogió a la figura del "arrepentido" y declaró ante el juez Casanello, lo que le permitió al magistrado imputar a la ex presidenta.

Existen ¿pruebas documentales? Hay un papel que dice ser la consolidación de una empresa fantasma en Paraná: Teegan INC. Lo curioso es que el mismo puede descargarse de Internet y completarse con los datos que se desee. ¿Algo más? Un resumen de cuenta de un Banco Suizo, que muy llamativamente estaba redactado en castellano y sin ningún membrete.

Pero por supuesto, el programa de televisión es un armado periodístico grabado y editado, las imágenes son rápidas, voces en off que dirigen la atención a otros sectores, como las sumas allí consignadas, y no en los detalles que demuestran su invención.

#### 5.1. Como sigue la historia

El segundo programa, del día 21/4/2013<sup>14</sup>, Lanata comienza defendiéndose de ciertas acusaciones respecto al programa anterior, mostrando los papeles físicos en cámara, varios de ellos mostrados de forma parcial. Incluso, facturas a nombre de la empresa denunciada Teegan INC, sin consignar el tipo de moneda ni dato de identificación comercial o impositiva de la prestataria del servicio.

Insiste con las expresiones de Elaskar, esta vez no en cámara, sino con un audio que repite lo que ya dijo en el programa anterior, que en teoría habrían sido realizados con anterioridad a la grabación dicho programa.

Por otro lado, muestra como hallazgo que la empresa constituida en Belice, otorga un poder general a Martín Báez (hijo de Lázaro). Y prosigue mencionando que el allanamiento de la financiera SGI S.A, - que a partir de estos programas comenzó a llamarse la "rosadita"-, fue llevado a cabo por la policía aeroportuaria, y que ésta fuerza de seguridad era comandada por Zanini. Lo cual resulta muy extraño que un Secretario de

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Figura instaurada por la Ley N° 27.304, aunque por supuesto mal utilizada, posibilitando su uso extorsivo.

<sup>14</sup> https://www.youtube.com/watch?v=PwIqelUOBR4 [consultado en septiembre 2020]

Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación –cargo que ocupaba en aquel momento-, manejara una fuerza que depende del Ministerio de Seguridad.

Aduce también que la Procelac ordenó no imputar a Báez. Resulta que el titular de la dependencia de aquel momento, Carlos Gollena entendió que no era suficiente imputarlo solo en base a un programa periodístico, por ese atrevimiento, el fiscal atraviesa en la actualidad un procesamiento por prevaricato y abuso de autoridad, sustentando en la supuesta orden de no acusar al empresario mencionado, ¿coincidencia con la operación política-jurídico-mediática analizada?

#### 5.2 Un tercer programa

Nos interesa analizar otro programa, un poco posterior, el cual data del 18/8/13.

La denuncia de la ruta de Dinero K fue una apuesta fuerte, era necesario seguir insistiendo en ella. Es así que la producción del programa organizó los viajes del supuesto recorrido del dinero lavado. El primer lugar que se muestra, son las Islas Seychelles, en particular su capital Victoria, pues Elaskar había contado ante sus cámaras que "en ese lugar formó sociedades a pedido de sus clientes, entre ellos Lázaro Báez", remarca el conductor que dicho país es "un paraíso fiscal", y que la presidenta, se tomó dos días extraoficiales en enero de ese año, "una misteriosa escala no oficial en medio de un viaje oficial". Insistió con "vamos a ver como se juntan todas estas piezas con la aparición de Aldyne, otra sociedad con sede en estas islas, que esta siendo investigada por la justicia argentina".

No se privan de mostrar el paisaje paradisíaco y recurrentes zócalos "La isla de los secretos", "la ruta del dinero k". Sin embargo, de dicha ruta, no se obtiene absolutamente nada. Tan solo se supo que la presidenta no tuvo actividad oficial, y que le recomendaron lugares para visitar. Una investigación en el lugar de los hechos, y ni siquiera se logró conseguir donde se alojó, mucho menos saber que actividades realizó. Ahora sí, se mostró imágenes de hoteles lujosos, exclamando que podría haberse hospedado allí.

Dado que ya estaban en las islas, habría que entrevistar a alguien, así que la periodista que acompañó a Lanata, habló con el gerente de la agencia oficial encargado de negocios internacionales, y con el encargado de la oficina de inteligencia financiera de las islas, quienes comentaron cómo funcionan las cosas en aquél país y cómo se las controla. ¿Relleno? Con eso no fue suficiente, así que se acercaron a las oficinas de la empresa financiera Aldyne, donde una recepcionista explica que no puede hablar sin la autorización del administrador, lo cual es totalmente lógico, pero se lo muestra como una maniobra

oscurantista: "confidencialidad absoluta", "secreto". Ahora del destino del supuesto dinero argentino lavado, bien gracias.

El programa siguió con la excursión a Panamá, donde debía entrevistar a una señora Montenegro que le brindaría valiosa información de cómo se arman las sociedades para lavar dinero. Sin embargo, la periodista no pudo pasar la recepción, pues básicamente no había solicitado ninguna entrevista.

Como no es fácil lograr mucho contenido, las cámaras vuelven a las islas Seychelles, con voz en off: "viaje oficial con una escala no oficial, una visita que nadie quiso explicar, una sociedad secreta que aparece vinculada al dinero k". ¿Realmente se buscó información? ¿O resulta que nada de ello existe, y que sólo son palabras vacías?

Pero era necesario redoblar la apuesta, se debía seguir insistiendo, ahora en Suiza, en la ciudad de Lugano, donde un periodista local debía hablar con Néstor Marcelo Ramos, titular del Helvetic Service Group, esa sociedad que es manejada supuestamente por Baéz y que había comprado la sociedad de Elaskar, SGI. Primero el dinero pasa por esta sociedad y luego viajaría a las islas. La producción se centra en el edificio donde funciona la firma Helvetic, tocan el timbre pero nadie atiende, entonces se intercepta a un cartero, que nada relevante dice, eso sí, su voz se escucha perfectamente pese a que no se le acerca el micrófono (detalle no menor, pues en teoría fue interceptado al azar y no fue acordado, aunque claramente tenía un micrófono en el corbatero). ¿De la ruta de dinero K? Seguimos sin ninguna información.

Un programa lleno de imágenes y voces en off, falsa en todas sus aseveraciones, pero a un televidente incauto puede resultarle creíble. La insistencia en el tema, ya sea desde el Programa Periodismo Para Todos como desde otros medios, como el diario Clarín, de tirada nacional, conforman un imaginario común, que si no es rebatido adecuadamente, cala profundo, conjuntamente con la apariencia de verosimilitud que otorga el aparataje judicial. El combo es perfecto, el *lawfare* logra dañar al enemigo. En este caso los platos rotos los pagó un empresario allegado al gobierno de turno y sin embargo la mancha en la imagen pública del kirchnerismo, y en particular de la ex presidenta, es muy grande.

#### 6. Superficie Redaccional en Clarín Digital

Ahora analizaremos el contenido de las noticias relacionadas con la "ruta de dinero k" en el Diario Clarín en su formato digital<sup>15</sup>. Impulsado y convertido en show a través del programa Periodismo Para Todos, el caso tomó mucha relevancia. Tanto es así, que aún en el año 2020 mientras escribo esta ponencia, el tema mediáticamente sigue vigente. Desde el 15 de abril del 2013 al 8 de octubre del 2020, existen 1403 notas dedicadas a esta causa. De ellas, en el año 2013, inicio de esta operación, se encuentran 296 notas, de las cuales 137 se titulan "ruta del dinero K", otras 17 se mencionan como "presunto o sospecha de lavado", y 4 "sospecha o denuncia de corrupción". El resto poseen títulos variados.

Existe una merma importante sobre esta causa en el año de elecciones presidenciales, tan solo se encuentran 29, de ellas 11 hacen alusión a "la ruta d dinero K", una a "corrupción", otra a "lavado", y el resto títulos diversos. El aumento exponencial se da en el año 2016, cuando la causa avanza precipitadamente durante el comienzo de la gestión Macri, y dictan la prisión preventiva para Lázaro Báez por evasión impositiva, este hecho es de suma trascendencia pues le da muchísima credibilidad en la opinión pública, si bien no analizaremos las notas del momento, eso explica de alguna forma, porque en el año 2017 vuelve a resurgir el tema en las noticias publicadas por el matutino. Así se observa en dicho año unas 116 notas, 45 de ellas tienen como título "sospecha/causa de corrupción o corrupción k", 37 el clásico slogan de "ruta del dinero K", 3 se destacan con "empresario k", y otras 3 con "lavado de 60 millones de dólares", el resto son otras variaciones de titulares.

Recordemos que el diario no usa solo la causa de "ruta del dinero K" para realizar sus operaciones, sino que acompaña con otras de la misma índole, como las causas de dólar futuro, Hotesur, memorándum de entendimiento con Irán, etc. En particular es conocido el impacto que generan las tapas de los periódicos, y más aún cuando se trata de aquellos con más llegada a la ciudadanía, por ello recordarlas tiene una gran importancia para entender la intención política del medio. A modo de ejemplo podemos mencionar que cerca de las elecciones presidenciales del 2015, puede verse titulares como "Se incendió el avión bajo sospecha de Lázaro Báez" (20/10/15), "Aerolíneas pagó 35 millones de pesos en habitaciones en el Hotel de los Kirchner, fue 2,5 millones de dólares a partir de 2008" (22/10/15), "Denuncian al titular del central por la venta de dólares a futuro" (31/10/15),

-

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Atento realizar esta ponencia durante la pandemia del COVID-19, no ha sido posible consultar hemerotecas y analizar los diarios impresos.

"Allanaron el Central por las operaciones de Vanoli" (18/11/2015), "Procesaron al titular del PAMI por fraude con los fondos del Estado" (20/11/15).

Ahora bien, respecto a las noticias del cuerpo del diario, el primer período a analizar son las elecciones legislativas del año 2013, en las cuales el Frente para la Victoria, encabezado por Scioli e Insaurralde perdió ante el Frente Renovador de Sergio Massa. En abril de aquel año había comenzado la operación político-mediática-judicial.

Tal y como se propuso en un principio, se buscó al analizar las noticias del mes previo a las elecciones en el año 2013, pero tan solo se encontraron dos de dicho período. La primera el día 27/9/13, una nota titulada "LA RUTA DEL DINERO K. Lázaro Báez pidió a la Justicia que allane Canal 13 y la productora de Lanata" La nota en sí misma no tiene mucho contenido relevante, tan solo dice que Báez solicita que la productora entregue la documentación por la cual se lo acusa desde el primer programa de Lanata en abril de ese año, y que el mencionado periodista dijo no tener ningún inconveniente en aportar si la justicia lo requería. En lo que sí se hace hincapié, es en seguir recordando que se encuentra investigado por la justicia un empresario ligado al kirchnerismo.

La segunda del día 20/10/13, "LA RUTA DEL DINERO K. El Gobierno niega información sobre empresas ligadas a Báez" En primer lugar hay que destacar el uso de las palabras. La nota comienza diciendo que "el Gobierno admitió que impuso un bloqueo a la información pública que posee el Estado sobre las empresas vinculadas al empresario Lázaro Báez" ¿admitió? ¿a quién? En realidad, la Inspección General de Justicia rechazó un pedido de información pública interpuesto por un ex empleado, el abogado Fernando Scanavino, sobre la sociedad Helvetic Services Group la cual fuera señalada como de propiedad de Lázaro Báez tras los dichos de Eslakar en el programa PPT.

¿Por qué lo rechazó? Pues el decreto entonces vigente de acceso a la información pública (Decreto N° 1172/03 Anexo VII) establecía en su art. 16 excepciones para brindar información, así disponía en su inciso c) secretos industriales, comerciales, financieros,

\_

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> <u>https://www.clarin.com/politica/lazaro-baez-justicia-canal-lanata\_0\_rylezpQowQg.html</u> [consultada en octubre 2020]

<sup>17 &</sup>lt;u>https://www.clarin.com/politica/gobierno-informacion-empresas-ligadas-baez\_0\_HJr8Re7owXl.html</u> [consultada en octubre 2020]

científicos o técnicos. Lo que no explica la nota, es cuál fue el pedido real del abogado y en razón de ello, el acierto o no de la negativa de la IGJ.

Debe tenerse presente, asimismo, que el Estado debe proteger los datos personales de los miembros de una sociedad o asociación: la ley de protección de datos personales incluye la información patrimonial. Por ello, no es principio ilegal el rechazo de dicha información, realmente habría que acceder tanto al escrito de pedido como al del rechazo.

Pero lo que sí es mentira, aun cuando lo entrecomillan, es como finaliza la nota: que los abogados, solo por serlos, tengan derecho al acceso a dicha información pública. No es la calidad de abogados, pues incluso el Decreto N° 1172/03 no exigía esa calidad, lo necesario para acceder tiene que ver con el objeto de la información, ni siquiera con la finalidad de acceder a ella. Ahora bien, con una causa judicial por lavado de dinero o asociación ilícita, claramente ante el requerimiento judicial el organismo público se debió proporcionar los datos requeridos.

En el año 2015, en el lapso temporal analizado obtendremos tres noticias referidas a la ruta del dinero k. El 17/9/15 "Lavado de dinero. Un fiscal se cansó de esperar y pidió la declaración de Elaskar" El 03/10/15 "El fiscal antilavado está en París. **Gonella intentó explicar por qué no imputó a Lázaro Báez**" Finalmente el 18/10/15 "Un expediente conexo al de la ruta del dinero K. Facturas truchas: Stolbizer pidió ser querellante" 20.

Ya en el año 2017, en el mes previo a las elecciones legislativas vemos cuatro noticias relacionadas a nuestra temática. Las dos primeras, del 28 y 29 de septiembre<sup>21</sup> referidas Juan Ignacio Suris, un "amigo del valijero K", por Fariña, el sujeto en cuestión estaba con prisión preventiva por asociación ilícita, emisión y comercialización de facturas apócrifas, y tras pagar fianza saldría de la cárcel de Bahía Blanca.

<sup>21</sup> https://www.clarin.com/policiales/novio-monica-farro-paso-libertad\_0\_HyDbk0co-.html y https://www.clarin.com/policiales/abogados-depositaron-fianza-juan-suris-recupero-libertad\_0\_Sywyw2nsW.html [ambas consultadas en octubre de 2020]

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> <a href="https://www.clarin.com/politica/fiscal-canso-esperar-declaracion-elaskar\_0\_ryKakXFvQl.html">https://www.clarin.com/politica/fiscal-canso-esperar-declaracion-elaskar\_0\_ryKakXFvQl.html</a> [consultado en octubre 2020].

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> https://www.clarin.com/politica/carlos-gonella-ruta-dinero-lazaro-baez-procelac-bnp-paribas\_0\_BJHgimfFDQg.html [consultado en octubre 2020].

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup>https://www.clarin.com/politica/facturas\_truchas-margarita\_solbizer-querellante-la\_ruta\_del\_dinero\_k\_0\_S1FFWKPml.html [consultado en octubre 2020]

Sin dudas, la nota más fuerte es la del 6/10/17 "Corrupción. Investigan lazos de Lázaro Báez con la ruta de las coimas de Odebrecht"<sup>22</sup>. Con mayor cantidad de datos, si bien aislados y que no permiten inferir nada, genera para un desprevenido mayor verosimilitud. Arranca la nota con que la UIF puso la lupa sobre un hombre clave del entorno de Lázaro Báez, su socio Jorge Brigas, como integrante de varias empresas vinculadas a Báez, las cuales recibieron dinero de empresas investigadas por la ruta de las coimas de Odebrecht. Ya más cerca de día del sufragio de medio termino, el 19/10/17 "Sospechas de corrupción La ruta del dinero K: la Cámara de Casación ratificó la validez de las pruebas enviadas desde Suiza"<sup>23</sup>. No tiene mayor trascendencia que su propio título, el cuerpo solo desarrolla que el tribunal superior no aceptó los recursos de queja presentados por la defensa de Báez y Gadín, y por tanto las documentación contable y financiera obtenida de Suiza podrá utilizarse como prueba válida. Pero a pocos días de las elecciones, el fantasma de la corrupción persiste en la imagen kirchnerista.

#### 7. A modo de Conclusión

La operación política-mediática-judicial que pudimos observar en el caso de la "ruta de dinero k" ejemplifica la manipulación pública para instalar *posverdades* y *fake news* que se transforman en parte del sentido común.

Las ideas de corrupción que pesan sobre determinado grupo político son incitadas y manipuladas por grupos económicos como Clarín que, con ayuda de jueces adictos, sin importar la primacía de las leyes como base fundamental de nuestra organización democrática constitucional, atacan al enemigo sin piedad, afectando no solo a sus víctimas, sino también a la institucionalidad de nuestro país, que tanto necesita ser revalorizada.

# **FUENTES BIBLIOGRAFICAS**

Borrat Héctor (1989) El periódico, actor del sistema político, <u>Anàlisi: Quaderns de comunicació i cultura</u>, ISSN 0211-2175, <u>Nº 12</u>, 1989, págs. 67-80.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup>https://www.clarin.com/politica/investigan-lazos-lazaro-baez-ruta-coimas-odebrecht\_0\_HkogCZji-.html [consultada en octubre 2020]

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> https://www.clarin.com/politica/ruta-dinero-camara-casacion-ratifico-validez-pruebas-enviadassuiza 0 B1108v16W.html [consultada en octubre de 2020]

- Cecchini, Daniel, (2020) Las (largas) patas de la mentira en: Bencivengo Gabriel Marcos (coomp). "El violento oficio de mentir. Periodistas y medios en tiempos machistas". Socompa. Bs. As.
- Pablo Octavio Cabral (2019). El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura; vol. 9 pp. 231-258.
- Rafa Rubio Nuñez (2018). Efectos de la Posverdad en la Democracia. Revista de Derecho Político Nº 103, septiembre-diciembre 2018, pp. 191- Madrid.
- Rodríguez-Ferrándiz, Raúl (2019). "Posverdad y fake news en comunicación política: breve genealogía". El profesional de la información, v. 28, n. 3, e280314. https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.14
- Silvina Romano (2019). Lawfare, guerra judicial, neoliberalismo en América Latina (coomp). Celag. Bs. As.
- Sosa Nahuel (2020). **Lawfere La justicia como herramienta de persecución política** en: Benente Mauro y Thea Federico (Coomps). "La Justicia Acusada". Sudamericana. Bs. As.

#### **FUENTES PERIODISTICAS**

Programa "Periodismo Para Todos" de los días 14/04/2013; 21/4/2013; y 18/8/2013. Emisión por Canal 13, los domingos a las 22 horas.

Diario Clarín Digital (abril 2013 a octubre 2020).

# LA COMPRENSIÓN DE LA ECONOMÍA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA LEY N° 26485

Cynthia Diner

#### 1. Introducción

El mundo se encuentra inmerso en un estado de conmoción desde el mes de marzo de 2020 debido a que la Organización Mundial de la Salud le otorgó el carácter de pandemia a la enfermedad llamada Covid 19 y es posible que en éste contexto inestable se potencien las desigualdades de género preexistentes.

Desde las Naciones Unidas se propone la igualdad de género como uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, por lo cual su Índice de Desarrollo Humano contempla la perspectiva de género y con la evolución de ésta problemática ha elaborado un Índice específico para medir la desigualdad de género.

El presente trabajo expone la importancia de la perspectiva de género mediante la comprensión de las medidas de tendencia central utilizadas en el Índice de Igualdad de Género en la dimensión económica.

La idea central consiste en la interrelación entre la Ley N°26485 en su artículo seis (incisos b y c), en su artículo siete (incisos a y g) y en su artículo nueve (inciso n) con los indicadores económicos del Índice de Igualdad de Género.

Dada la naturaleza de la indagación, en su metodología conviven el análisis cuantitativo y cualitativo; el primero por la relación entre las variables cuantificadas y el segundo por la contextualización de dichas relaciones. Se utilizan fuentes secundarias de información que surgen de bibliografía académica y sitios web de Organismos Internacionales.

# 2. Antes de empezar

La escritora Virginia Woolf en su libro *Una habitación propia* ha escrito la siguiente reconocida frase: "Me aventuraría a decir que Anon, que escribió tantos poemas sin firmarlos, era a menudo una mujer." (Woolf, 1929, p.37)

La teoría económica presenta a los agentes económicos por su función dentro del sistema económico pero como Anon, a menudo son mujeres y como tales pueden tropezarse con escollos que no tienen los hombres, como por ejemplo: la conciliación de su vida laboral

y las responsabilidades familiares, la diferencia de ingresos, las oportunidades de capitalizar su conocimiento en puestos de trabajo más altos. Es lo que se conoce como el techo y la pared de cristal que perturba la igualdad entre hombres y mujeres en los ámbitos laborales.

Por consiguiente se considera que determinar un análisis cuantitativo complementado con estudios cualitativos nos brinda un estado de situación de dónde estamos y hacia dónde nos queremos dirigir en materia de igualdad de género.

#### 3. Economía con perspectiva de género

#### 3.1. Concepto

Para comenzar se conceptualizan la economía y la perspectiva de género por separado para luego integrarlos en la Economía con perspectiva de género.

La economía es una ciencia social que estudia las alternativas que son elegidas por los individuos, las empresas, los gobiernos y las sociedades en general para enfrentar la escasez, y los motivos que los llevaron a tomar las decisiones. (Parkin, 2009, p.2). Por ejemplo, la elección de la definición de Michael Parkin se debe a que el autor contempla en sus textos algunas situaciones con perspectiva de género, tal como la diferencia de ingresos en la población activa con una clara ventaja de los hombres pero en la definición de economía habla de individuos sin distinción de género como así también en el desarrollo de los modelos económicos en sus libros.

Si se asume que una investigación tiene perspectiva de género significa que presta atención a las diferencias sociales entre los sexos mediante el estudio de la construcción social y sus consecuencias en el acceso a los recursos económicos y a su producción. (Birriel Salcedo, 2005).

Dicho con palabras de Bourdeu: "a medida en que los conceptos de género estructuran la percepción y la organización de toda la vida social posibilitan otras miradas en las ciencias y en la sociedad". (Mediante Sbdar, 2015).

La Economía ha sido cuestionada por estudiar la asignación de los recursos escasos entre las necesidades humanas sin tener en cuenta la diferencia de género. Se pude considerar que los agentes económicos, tanto los empresarios como los consumidores, son masculinos. Castaño (1999).

Ante ésta homogeneización de los actores que interactúan en el sistema económico surge la pregunta: ¿Participan con la misma oportunidad y retribución las mujeres y los hombres en los aspectos económicos de las sociedades?

En primer lugar, la respuesta puede ser afirmativa basada en que mientras una persona tome decisiones racionales, es decir sea un "homo economicus", tiene las mismas reglas de juego cualquiera sea su género. Pero pensemos en la posibilidad que en la sociedad tenga un valladar en el camino que esté condicionado por ser mujer; en éste caso nos encontraríamos con una diferencia entre hombre y mujer con ventajas comparativas en la participación en las actividades económicas.

Entonces la homogeneidad del término "homo" no representaría la heterogeneidad que se observa en la realidad tal como lo reflejaron las diferentes teorías económicas a lo largo del tiempo, incluso se destaca la brecha de género en los economistas académicos. Como lo hace notar Galbraith (1994): "Hubo hombres (y virtualmente ninguna mujer) que llegaron a ganarse la vida como economistas y que se dieron a sí mismos durante mucho tiempo la denominación de economistas políticos". (p. 103).

Como respuesta empírica surge la Economía con perspectiva de género con el claro objetivo de reflejar la diferencia de oportunidades en la producción y la distribución de los recursos económicos entre hombres y mujeres.

La economía con perspectiva de género se relacionan más con el feminismo equitativo que con el feminismo de género dado que miden la situación de "la lucha por la igualdad de hombres y mujeres y la defensa de los derechos que deben disfrutar por igual ambos sexos". (León Mejía, 2010, p.12). Dicho de otra manera, no se trata del empoderamiento sino la sustitución de la preferencia de género por la igualdad de género.

Es esencial el estudio del ensamble de la economía con la perspectiva de género para comprender cómo se influyen mutuamente en la vida cotidiana de las personas en la sociedad.

#### 3.2. Violencia laboral y autonomía económica

En Argentina, la ley N°26485 que tiene por título: "Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales" otorga un marco legal al logro de la igualdad de género. A ésta altura se puede preguntar cuál es la relación entre la violencia contra

las mujeres y la Economía con perspectiva de género; de antemano se produce una realimentación entre la violencia de género y la economía que surge naturalmente tanto del texto de la ley como de la realidad.

Sbdar (2015) señala que el género como categoría de análisis contempla una relación de poder porque "es una relación social basada en las diferencias de los sexos que está marcada por desigualdades". (p.1). En realidad se puede decir que la importancia de la Economía radica en la autonomía económica que confiere la seguridad necesaria para que se evite la violencia de género.

El artículo seis inciso b de la ley detalla las situaciones que configuran la violencia en el ámbito laboral hacia las mujeres, vigente en la actualidad y no en épocas remotas con sociedades patriarcales caracterizadas por considerar cabeza de familia al hombre encargado de solventarla y en un segundo plano estaba la mujer destinada a las tareas domésticas y al cuidado de sus hijos. En este sentido había una clara división del trabajo entre las mujeres y los hombres hasta llegar a ignorar a la mujer como un sujeto jurídico en el marco de las relaciones laborales. (Chamocho Cantudo y Ramos Vázquez, 2013, p.31).

Desde entonces, la sociedad ha cambiado al ritmo del paradigma vigente donde la mujer comenzó a redefinir su lugar en la sociedad pese a la resistencia de los hombres y mujeres conservadoras. Pero el avance se percibe limitado por un techo de cristal a los niveles de alta dirección y aquellos que requieren cierto grado de capacitación. (Stoner y Freeman, 1996, p.158).

Si la mujer se encuentra con paredes y/o techos de cristal se limita su libre intervención en la vida económica para lograr su independencia económica.

#### El artículo seis inciso b señala que:

Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral. (Ley 26485, 2009).

La Organización Internacional del Trabajo [OIT] contempla como finalidad primordial "promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana". (OIT, 1999, p.4). La inequidad salarial se presenta en el mundo porque por cada dólar que obtiene un hombre de ingreso se calcula que una mujer obtiene setenta y siete centavos de dólar; con esto se atenta contra las directrices de la OIT necesarias para que el trabajo sea decente. La inquietud que genera cualquier discriminación en el trabajo se contempla como alguno de los obstáculos del trabajo decente que promueve la OIT. "La discriminación en el trabajo es denegar la oportunidad de trato y de oportunidades a las personas, por ellas mismas o por pertenecer a un colectivo social determinado". (Ghai, 2003, p.140).

En éste sentido se calcula que la igualdad de remuneración por capacitación y trabajo iguales se encuentra en un horizonte lejano de aspiración de cuarenta y nueve años, según estimaciones de las Organización de las Naciones Unidas Mujeres [ONU Mujeres].

En el año 2000 la Organización de Naciones Unidas [ONU] ha propuesto ocho objetivos con los líderes del mundo para que en quince años se tienda a una mejora del desarrollo social. Uno de los Objetivos del Milenio [ODM] es: "Promover la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer"; y los ODM para el año 2030 se expanden a diecisiete con una profundización en el referido a la igualdad de género: "Alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas".

Conviene subrayar que existen antecedentes como la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en el año 1995 en Beijing, que han motivado la creación de la agencia ONU Mujeres. En Beijing se ha propuesto como eje "La acción por la igualdad, el desarrollo y la paz" y una de sus propuestas estratégicas se ha centrado en: "Promover la armonización de las responsabilidades laborales y familiares de mujeres y hombres". (http://www.un.org/womenwatch).

En cuanto a las responsabilidades familiares, la ONU presenta un informe mundial donde destaca que las demandas hogareñas inciden en una proporción de 2,6 veces mayor en las mujeres que en los hombres. (ONU Mujeres, 2018, p.3).

Los últimos años se han visto impactados por un aumento considerable de participación femenina en el mercado laboral casi a la par del hombre, ya sea por la necesidad de contar

con un ingreso monetario doble o para fortalecer el único ingreso del hogar; una u otra razón revela la importancia que tiene para la mujer lograr la independencia económica que lleva consigo su libertad exenta de violencia.

Por su parte el artículo siete con especial atención en los incisos a) y g):

Preceptos rectores. Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar:

- a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;
- g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley.

A ésta altura, nos preguntamos cómo estamos y cuánto nos falta para la meta, la respuesta se obtiene de los índices de igualdad de género. De modo que la ley en su artículo nueve inciso n señala que el Consejo Nacional de la Mujer deberá garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, por cuanto una de sus funciones es: "Analizar y difundir periódicamente los datos estadísticos y resultados de las investigaciones a fin de monitorear y adecuar las políticas públicas a través del Observatorio de la Violencia Contra las Mujeres". (Ley N° 26485, 2009).

Para tener un panorama de la situación en la Argentina en el año 2019 se presenta como ejemplo la siguiente información, que debido a la pandemia Covid 19 pudo afectar en perjuicio a la autonomía económica de la mujer.

La Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género [DNEIyG] presentó un informe sobre las brechas de género en base a los datos del año 2019 elaborados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos [INDEC] y arrojó que la tasa de participación de las mujeres en el mercado laboral es de veintiuna unidades porcentuales menores que la intervención de los hombres. No sólo se observan brechas en lo que se refiere a oportunidades de participación en el mercado laboral sino también en los ingresos que cobraron las mujeres, como se muestra en la siguiente figura:

# Figura 1

Brecha de ingresos

Brechas de ingresos		
Indicador		Brecha de ingresos
Total		29,0%
Ocupados/as		26,1%
Trabajadores informales		35,6%
Por calificació	n	·
	Profesional	28,6%
	Técnica	24,9%
	Operativa	19,0%
	No Calificada	35,7%
Por jerarquía		
	Jefes	24,1%
	Dirección	24,0%
	Trabajadores Asalariados	23,0%
	Cuentapropia	29,4%

Nota. La tabla está elaborada por la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género [DNEIyG] en base a datos de la Encuesta Permanentes de Hogares del tercer trimestre del año 2019 en población urbana de catorce años y más. Tomado de <a href="https://www.argentina.gob.ar">https://www.argentina.gob.ar</a>

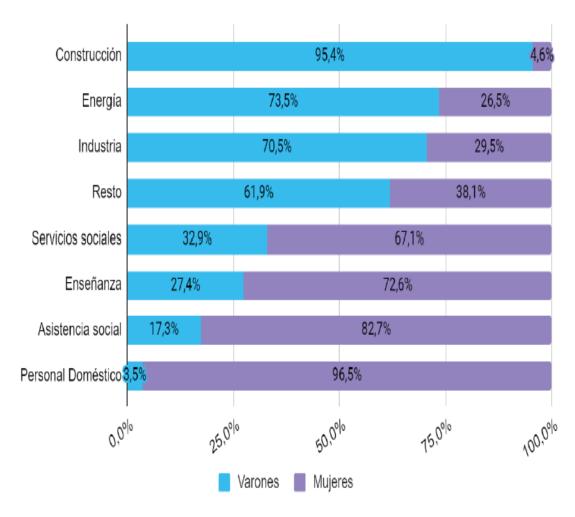
En la figura 1 se observan desequilibrios en los ingresos que rondan el veintiséis porciento elevándose al casi veintinueve por ciento en el personal calificado, supera el treinta y cinco por ciento en el nivel inferior de preparación y con niveles intermedios en los que la calificación operativa tiene menor brecha que la calificación técnica. Es decir, a igual calificación laboral que el hombre, recibe menor remuneración por cuanto el diferencial es atribuible al simple hecho de ser mujer y se llega a la misma respuesta en la clasificación por jerarquía.

Si se presta atención, a simple vista no solo se encuentran las brechas en los ingresos formales sino también en los trabajos que están bajo la sombra de la informalidad.

Por el lado a la desigualdad de género distribuida por sectores:

Figura 2

Composición de la ocupación según grandes ramas de la actividad



Nota. La tabla está elaborada por la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género [DNEIyG] en base a datos de la Encuesta Permanentes de Hogares del tercer trimestre del año 2019 en población urbana de catorce años y más. Tomado de https://www.argentina.gob.ar

En la figura 2 se observa que más del noventa y seis por ciento del personal doméstico se integra por mujeres y si nos ubicamos de abajo hacia arriba se muestra una disminución de la participación de la mujer en los demás sectores. La visibilidad de las mujeres se nota en cuatro ocupaciones: personal doméstico, asistencia social, enseñanza y servicios sociales.

Llama a una toma de conciencia que coincide con las actividades domésticas asignadas en otras épocas al manejo femenino con la simple diferencia de la remuneración recibida por el tiempo insumido.

Podemos resumir las dos figuras: se observan en forma clara menores proporciones de la mujer en la actividad económica y mayor cantidad de desempleadas que desempleados.

Llegados a éste punto se puede observar que la concomitancia natural entre oportunidades e ingresos no obedecen al nivel de capacitación (educación y experiencia), sino que son atribuibles a una desigualdad de género.

## 4. Índices estadísticos con perspectiva de género

La necesidad de elaborar índices estadísticos para monitorear y seguir de cerca el estado y la evolución de la desigualdad de género, tal como lo establecen los Organismos Internacionales y la ley N°26485, se han podido identificar diferentes índices que se utilizan tales como:

- Índice de distribución
- Índice de feminidad
- Índice de Brecha de Género
- Índice de Igualdad de Género

A continuación se brinda una breve descripción de cada uno de los índices enumerados:

#### 4.1. Índice de distribución

Se utiliza para determinar la posición de mujeres u hombres con respecto al conjunto de la población de hombres y mujeres. Por ejemplo si se quiere determinar la situación de las mujeres respecto de los hombres y mujeres, se divide el número de mujeres de una categoría por la suma de hombres y mujeres de la misma categoría; luego se multiplica el resultado del cociente por cien para que sea un porcentaje.

El índice de distribución no es muy utilizado porque la información que brinda es muy limitada porque es una simple media aritmética o promedio.

### 4.2. Índice de feminidad

A diferencia del índice de distribución, el índice de feminidad o feminización se obtiene contemplando sólo la cantidad de hombres en el denominador y no se obtiene un porcentaje sino un valor absoluto. Nos brinda la información de la proporción de mujeres en relación con la proporción de hombres, dentro de una categoría.

Su resultado puede ser igual, mayor o menor a uno, con un significado para cada resultado obtenido. En primer lugar si da uno se supone que hay igualdad entre mujeres y hombres,

en segundo lugar si el resultado es mayor o menor a uno se presenta una desigualdad, con ventaja para las mujeres si es mayor que uno y desventaja para las mujeres si es menor que uno.

# 4.3. Índice de Brecha de género

El Índice de Brecha de Género es una creación del Foro Económico Mundial en el año 2006, tiene como objetivo brindar una plataforma para diseñar medidas efectivas para reducir la brecha de género. La metodología del índice se ha mantenido estable desde su primer informe, como sustento al análisis de series de tiempo y de países. (Foro Económico Mundial, 2020).

De hecho, el Foro Económico Mundial elabora todos los años un ranking de países y las series de tiempo sirven a estimar cuánto se cerró la brecha de género y cuánto puede demorar lograr la igualdad de género. Al igual que el índice de feminidad, cuanto más se acerca a uno significa más igualdad de género, pero no contempla valores mayores a uno porque en ese caso se tendría que ubicar al hombre en el numerador del ratio.

El Índice Global de Brecha de Género mide la diferencia entre la posición de los hombres y las mujeres con enfoque en cuatro dimensiones:

- Economía
- Salud
- Educación
- Política

Se elabora con la información aportada por ciento cincuenta y tres países de los más de ciento noventa que se encuentran representados en las Organización de las Naciones Unidas.

Exploremos un poco la posición argentina en el mundo mediante la comparación con el país que se encuentra mejor calificada en cierre de equilibrio de género a nivel mundial: Islandia. Su ubicación obedece a un puntaje de 0,877 y que la coloca en primer lugar sobre la base de un alto puntaje en empoderamiento político y la alta participación de la mujer en la economía.

Por su parte, Argentina se localiza en el puesto treinta con un puntaje de 0,746 favorecida por el equilibrio parcial de género en las dimensiones, salud y educación.

# 4.4. Índice de Igualdad de Género

Por último tenemos el Índice de Igualdad de Género que está a cargo del Instituto Europeo para la Igualdad de Género para su aplicación en los países se conforman la Unión Europea.

Se diferencia del Índice de Brecha de Género tanto en su cálculo como en su resultado. Con respecto al cálculo considera seis dimensiones que son las siguientes: empleo, dinero, conocimiento, tiempo, poder y salud. Teniendo en cuenta que empleo y dinero pueden asimilarse a la dimensión economía del índice del Foro Económico Mundial, se verifica que el tiempo es la variable diferencial entre ambos índices.

Desde la posición de la Unión Europea se dedica especial atención a la asignación del tiempo de las mujeres entre la vida laboral y la vida personal.

#### 5. Conclusiones

La Economía con Perspectiva de Género atraviesa a la ciencia económica como una función con variables dependientes del género que se trate influenciadas en el impacto diferente en hombres que en mujeres.

Los índices de igualdad de género constituyen una herramienta útil para conocer el estado de situación en pos de plantear estrategias superadoras para emparejar las oportunidades de participación en el quehacer diario de hombres y mujeres sin vallas, es decir sin paredes ni techos de cristal.

Cabe agregar que se deberían completar con gestión y monitoreo de los modelos económicos con las incidencias que recaen en forma diferente en las mujeres que en los hombres. Si las variables son medibles con índices de desigualdad de género, entonces se debería complementar con investigaciones cualitativas para comprender las variables no medibles cuantitativamente.

En pos de un crecimiento y desarrollo económico basado en la toma de decisiones con libertad física e intelectual posibilitado por la autonomía económica para la libre elección de alternativas sin limitaciones derivadas de la discriminación hacia la mujer.

En resumen, proveer de equidad económica de género es fomentar el desarrollo humano basado no solo en la riqueza económica sino también a una prosperidad cualitativa de las condiciones de vida de las personas en la actividad económica.

#### Referencias

- Birriel Salcedo, M. (2005). A propósito de Clío: miradas feministas. Torres (Ed). *Miradas desde la perspectiva de género. Estudio de las mujeres*. (49-62). Narcea. Madrid. España.
- Chamocho Cantudo, M., Ramos Vázquez, I. (2013). *Introducción Jurídica a la historia de las relaciones de trabajo*. Dykinson. Madrid. España.
- Decreto N° 1011. Decreto Reglamentario de la Ley N° 26485. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 20 de julio de 2010.
- Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género (2020). Las brechas de género en la Argentina: Estados de situación y desafíos. Recuperado de <a href="https://www.argentina.gob.ar">https://www.argentina.gob.ar</a>
- Galbraith, K. (1994). *Historia de la economía*. Ariel Sociedad Económica. Barcelona. España.
- Ghai, D. (2003). Trabajo decente. Concepto e indicadores. *Revista Internacional del Trabajo*. 122(2). Recuperado de www.ilo.org
- León Mejías, A. (2010). Una aproximación analítica al feminismo de género. (Doctorado). Universidad de Barcelona. España.
- Ley N° 26485. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 14 de abril de 2009.
- Organización de las Naciones Unidas. Objetivos del Desarrollo Sostenible. Recuperado de <a href="http://www.un.org">http://www.un.org</a>
- ONU Mujeres. (2018). Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Recuperado de http://www.unwomen.org.
- Organización Internacional Del Trabajo. (2009). Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social. Santiago. Chile.

- Parkin, M. (2009). Economía. Octava edición. Pearson. México.
- Parkin, M. (2010). *Microeconomía. Versión para Latinoamérica. Novena edición.* Pearson. México.
- Sbdar, C. (2015). La perspectiva de género en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <a href="http://www.saij.gob.ar">http://www.saij.gob.ar</a>
- Stoner, J., Freeman, R., Gilbert, D. (1996). *Administración*. Pearson Educación. Naucalpan de Juárez. México.
- Woolf, V. (1929). Una habitación propia. Seix Barral. Barcelona. España.

# EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA EN MATERIA UNIVERSITARIA: LEY AVELLANEDA, UN AVANCE HACIA LA PRECIADA AUTONOMÍA

Sofía Victoria Giménez Iraola Yanina F. Gimenez Iraola Marcela Verónica Iraola

"Sueñan las pulgas con comprarse un perro y sueñan los nadies con salir de pobres..."

Eduardo Galeano

#### 1. FUNDAMENTOS

El presente trabajo se redacta en el contexto del primer Seminario del "Curso de Especialización en Docencia Universitaria" (CEDU), denominado "Universidad, Sociedad y Estado" (USE). Siendo las autoras, abogadas graduadas de la Facultad de Derecho de la UNMdP y becarias de esta institución, pretenden analizar el sistema legislativo argentino en materia universitaria y en particular, su evolución histórica como trabajo final para la aprobación del CEDU. Por ello se consideró oportuno la realización en conjunto de este breve enfoque, el cual, eventualmente, será una introducción de la futura tesis final del curso de Especialización. Se ha escogido comenzar con el abordaje la Ley Nacional Nº 1597, más conocida como: "Ley Avellaneda", en alusión a quien fuera su impulsor a fines del siglo XIX, porque se considera que fue la primera Ley Nacional relevante a la autonomía que se dictó en el país en materia universitaria una vez conformada la unidad del Estado Argentino como Nación.

Esto a raíz de la importancia de la educación pública y gratuita con la que contamos los argentinos y quienes residan en nuestro país. Si bien en la Constitución Nacional se determina que la educación primaria y secundaria es pública y gratuita, también contamos con educación terciaria y universitaria que responden a las características de pública, laica y gratuita.

Y es aquí donde cobra relevancia la autonomía universitaria, ya que ello implica que sea "autónoma" en cuanto a la política y administración, permitiendo de esta manera, formar profesionales con pensamiento crítico, que sea la misma universidad (y sus unidades académicas en su caso) quienes elijan a los Docentes y autoridades que la dirijan.

Tener en cuenta la autonomía implica ese desprendimiento político y administrativo que influye, desde la elección de docentes y autoridades, hasta la elección de contenidos a dictarse,

los tipos de carrera, los modos de enseñanza, quienes ingresan a una carrera universitaria, dictarse sus propias normas jurídicas formales (como dictar su propio Estatuto), entre otros aspectos formales que hacen al funcionamiento de las mismas.

Este tema resulta muy importante, ya que después de la reforma de 1994 las universidades nacionales tienen autonomía y autarquía en el rango constitucional. Pero no siempre tuvieron esta característica. Y fue producto de varias luchas sociales, políticas, culturales que se pudo llegar a la autonomía universitaria como se la conoce hoy en día.

Autonomía que, como mencionamos párrafos arriba, es central para el desarrollo de la vida universitaria. Una universidad gobernada por el poder político de turno, lo único que puede generar es un acceso reducido de estudiantes (dependiendo el proyecto político que se tenga).

# 2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Para hablar de la Ley Nacional 1597, primero se hará un breve recorrido por los orígenes de las Universidades en nuestro territorio. Este recorrido facilitará la comprensión de las tensiones que fueron surgiendo entre Universidad, Sociedad y Estado a lo largo de la historia. Estos antecedentes, fueron relevantes al momento de establecer un primer marco regulatorio para dichas instituciones, una vez conformado el Estado Nacional.

En principio se debe tener en cuenta que los dominios españoles en América, en el siglo XVI, tenían dos jurisdicciones, una era el Virreinato de Nueva España (al norte) y la otra era el Virreinato del Perú (al sur), en el cual el centro que comunicaba Paraguay con el Rio de la Plata, era la ciudad de Córdoba, de allí la importancia de esta.

A partir de lo mencionado, se ha hecho un relevamiento de la regulación interna de las Universidades fundadas en nuestro territorio, siguiendo al Dr. Pablo Buchbinder, del mismo, se puede resumir que la actual Universidad de Córdoba fue la primera institución que tuvo a su cargo los estudios superiores de los habitantes de nuestro suelo, cuando aún no estaba conformado el Estado Argentino como tal.

Esta institución, fundada por jesuitas en 1621, fue bautizada como "Universidad de Córdoba del Tucumán" en el año 1623 y las carreras que se dictaban, se orientaban a la formación de eclesiásticos:

"...los estudios impartidos en la facultad de artes, eran considerados como una fase preparatoria para los estudios superiores que se cursaban en las Facultades de Derecho, Medicina y Teología" (Buchbinder, 2005, p. 15).

Dicho establecimiento adoptó las "constituciones" del padre Andrés de Rada aprobadas en 1680, para instrumentar legalmente la organización de su gobierno y su funcionamiento. Estas

"constituciones" establecían como gobierno un rector, quien presidía la Universidad y un cancelario que supervisaba y vigilaba los estudios; los cargos eran determinados por el provincial de la Compañía de Jesús. Se financiaba, en principio, con una donación inicial del Obispo de Tucumán, y luego con lo que abonaban los aspirantes y graduados, rentas de campos y donaciones, todo esto administrado por los padres jesuitas quienes tuvieron un rol fundamental en la trasmisión del conocimiento durante más de un siglo.

En 1767 la corona declara que los institutos a cargo de los jesuitas deben ser entregados al clero secular, pero los obispos aconsejan que se los entreguen a los franciscanos quienes tenían excelente relación con la monarquía. Esta última acentuó su influencia sobre las instituciones educativas.

Una orden franciscana se hizo cargo del control de la enseñanza. Durante esta gestión se prohíben a los autores jesitas, se estimula el interés por la ciencia, se ejerce un mayor control centralizado por parte de la corona formando funcionarios fieles a esta última y en 1790 y 1793 se introducen las primeras cátedras de derecho.

Luego de la Revolución de Mayo, en 1813 el deán Funes inicia una reforma en los planes de estudio. Comienza a dejar en segundo plano a la escolástica e introduce aritmética y geometría, matemáticas, lenguas modernas, reduciendo de los programas la enseñanza de metafísica. En materia de jurisprudencia introdujo el estudio del derecho romano.

Luego en 1828, en medio de una guerra civil entre unitarios y federales, la Universidad de Córdoba pasa a depender del gobierno provincial por decreto de Juan Bautista Bustos y en 1854 es transferida a la nación (UNC). En 1877 se crea la facultad de ciencias médicas y en 1879 se establece un estatuto con cuatro facultades: Derecho y Ciencias Sociales; Ciencias físicomatemáticas; Medicina y Filosofía y Humanidades.

Por otro lado, y volviendo al pasado, la declaración de la Independencia de 1816 proponía la creación de un Estado Nacional, que recién se conformaría varias décadas después, pero en materia universitaria, el obispo Antonio Sáenz, propuso ante la Asamblea de Tucumán la creación de una nueva Universidad, la cual se conformaría en 1821 con la inauguración de la Universidad de Buenos Aires (UBA), según lo expresa el Dr. Buchbinder en una entrevista:

"La UBA nace para dar respuesta a una serie de problemas concretos que tenía una cuidad de comerciantes, como lo era en ese momento la ciudad de Buenos Aires" (2016)<sup>1</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La presente cita textual no expresa la página de donde fue extraída, según criterio de Normas APA 6, porque resulta que fue relevada de una entrevista. Ver fuente: <a href="https://hsua.com.ar/entrevista/pablo-buchbinder-i/">https://hsua.com.ar/entrevista/pablo-buchbinder-i/</a>

Según el entrevistado, surge con un perfil profesionalista, cumpliendo con la función de socialización de las elites españolas y criollas. La fundación de la Universidad de Buenos Aires por decreto del 09/08/1821 surge en el marco de un proceso de descomposición del modelo de la Universidad escolástica, y se da en una ciudad caracterizada ya por una realidad cultural de carácter laico que estamparía esa insignia a sus instituciones. En 1820, luego de la caída del gobierno central de las Provincias Unidas del Río de la Plata, Buenos Aires se convirtió en la capital de un Estado autónomo, e inició un proceso de reorganización del aparato del Estado para adecuarlo a esta nueva realidad. La institución estaba presidida por un rector y cada departamento por un prefecto.

Mientras tanto en 1838, el gobierno de Buenos Aires a cargo de Rosas reduce los sueldos de los profesores de la UBA, quienes se sustentaban dando clases ad-honorem y con algunas donaciones. Rosas no logra consolidar la organización del Estado Nacional y es derrotado por Urquiza en 1851. En 1852 Mitre y Alsina generan la división de la provincia de Buenos Aires separándola del resto de las provincias, en ese momento las Universidades comienzan a tener un rol de formadoras de las elites.

En 1861 Mitre derroca a Urquiza, quedando Buenos Aires a la cabeza del país y a partir de allí comienza a conformarse la unión del Estado Nacional Argentino. Una vez conformada esa unión, el proceso de secularización de la política y la educación iniciado a partir de ese momento avanzó sobre las prerrogativas que la Iglesia había sabido mantener sobre la educación por varios siglos. El rectorado de la UBA Juan María Gutiérrez, en 1861 inició cambios importantes tanto en la orientación de los estudios como en las formas de gobierno. La fundación del departamento de ciencias exactas en 1865 significó la primera presencia de estudios modernos de carácter experimental que consolidaron el abandono de la tradición escolástica. Ese mismo año Gutiérrez elaboró un reglamento universitario que establecía que la institución sería gobernada por un consejo de catedráticos presidido por el rector. Diez años después, elevó un proyecto de ley para el sistema de enseñanza que pensaba a la universidad como la unión de un conjunto de facultades y vislumbraba al sistema de concursos como un mecanismo para la adjudicación de las cátedras (Buchbinder, 2005, pp. 41-57). Estas disposiciones fueron canalizadas por un decreto del poder ejecutivo en 1874. En 1880, luego de la federalización de la ciudad de Buenos Aires, la UBA fue transferida al Estado Nacional, y comenzaron a discutirse los marcos legales para las dos casas de estudios que dependían de la Nación: la UNC y la UBA. El resultado sería la sanción, años más tarde de la ley Avellaneda.

# 3. ACONTECIMIENTOS DE LA DÉCADA DE 1880 QUE RODEARON LA SANCIÓN DE LA LEY NACIONAL 1597

No se puede entender la autonomía universitaria si no comprendemos algunos procesos de evolución del sistema universitario argentino, porque la autonomía fue un reclamo que se inició a partir de problemas, reivindicaciones y cuestiones específicas del mundo universitario, lo cual implicó una lucha entre Universidad, Sociedad y Estado<sup>2</sup>.

Para entender este tema, es fundamental introducirnos en la década de 1880. Se debe pensar que las transformaciones universitarias, surgieron a partir de ese momento histórico y así tratar de comprender qué tipo de conflictos y de problemas se generaron alrededor de la universidad. En esa época se fundaron los pilares del sistema universitario moderno en nuestro país. Entre esos pilares, se haya la sanción de la primera ley que va a regular el funcionamiento de las dos universidades nacionales de la época: Buenos Aires y Córdoba. Los avatares de la sanción de la ley 1597, más conocida con el nombre de la ley Avellaneda fue la que inspiró el presente trabajo.

Si bien es cierto que las leyes deben ser leídas teniendo en cuenta el contexto político cultural de la época en que fueron elaboradas, la legislación argentina sobre educación presenta problemas que se incorporaron en la sanción de la Constitución Nacional en 1853. La permanencia de estos conflictos hasta la actualidad permite pensar que, ello corresponde más a decisiones profundas de la sociedad que a errores o insuficiencias de sus redactores. Esto genera que el sistema educativo argentino que han regido durante más de un siglo, ha intentado sostener un equilibrio que ha sido al mismo tiempo favorable al desarrollo de la desigualdad en la educación, en el territorio y en la sociedad.

La Constitución de 1853, en su artículo 16, adjudicó al Congreso de la Nación la sanción de planes y programas para la educación general y universitaria, lo que facultó al mismo, para que debata la Ley Avellaneda (1883 a 1885). Pero mientras transcurría el año 1884, otros acontecimientos legislativos relevantes en materia de educación, sucedieran en nuestro país. El año 1884 fue importante porque se promulgó la ley 1420 de educación común que establecía el carácter laico, gratuito y obligatorio de la educación básica. María Rosa Almandoz es muy clara cuando plantea que:

"A partir de la segunda mitad del siglo XIX, la obligatoriedad escolar y la alfabetización universal expresan la doctrina de la política educativa de todos los estados nacionales modernos (...). La ley 1420, sancionada en 1884 y primera Ley de educación común, fue la herramienta política fundamental que orientó la temprana expansión del sistema educativo argentino sobre los principios de

\_

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Objeto de estudio del presente seminario.

enseñanza universal, obligatorio, integral, gradual, laica y gratuita constituyendo una instancia de administración central de fuerte trascendencia" (2001, p. 64).

En este sentido, lo que la autora nos dice es que la década de 1880 fue una década muy importante para nuestro país en materia educativa, tal como lo veníamos anticipando en los párrafos precedentes. Durante esta década se conforman las élites nacionales y se forman en las universidades, los profesionales liberales.

#### 4. LEY AVELLANEDA: DISCREPANCIAS AL MOMENTO DE SU SANCIÓN

Durante 1883 y 1885 se debatió en nuestro Congreso el proyecto de ley universitaria presentado por Nicolás Avellaneda. Era una ley concreta y simple, conformada por cuatro artículos que establecían como sería la integración de los cuerpos directivos, en cuanto a las atribuciones que estos tendrían, en cuanto a la forma en que se nombrarían a los docentes y en relación al origen de los recursos económicos. La norma establecía algunas pautas para que cada casa de estudios dictara sus estatutos en base a ellas.

"Las disposiciones y el espíritu de la ley Avellaneda se inscriben en un proceso mayor de concentración en el Estado nacional de un conjunto de prerrogativas y atribuciones ejercidas por instituciones y corporaciones hasta entonces relativamente autónomas". (Buchbinder, 2005, p. 60)

Este autor nos explica que el proyecto original de Avellaneda, establecía la designación de los profesores, mediante concurso abierto de oposición, lo que otorgaba a las facultades un amplio control y aseguraba una participación plena y relevante de la misma en esta instancia, pero ello no se pudo concretar por presiones del ejecutivo, encarnadas por el Ministro Leguizamon. Se logró en cambio una autonomía limitada, que consistía en que las facultades designara una terna de profesores elegida por el Consejo Directivo de cada una de ellas, dicha terna era elevada al Poder Ejecutivo representado por el entonces Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública (lo que actualmente sería el Ministerio de Educación), a cargo del Ministro Onésimo Leguizamon, para que finalmente allí se decidiera cuál de los tres profesores elegidos por el Consejo sería el designado a ocupar el cargo.

"El entonces Presidente de la Nación, Julio Argentino Roca, tenía la finalidad de fortalecer el Estado Nación y convertirlo en un estado Docente, solo que el concepto de autonomía que pretendía la Ley Avellaneda, era parcial, porque consistía en que el Estado estuviera velando, mirando, controlando, lo que sucedía en las dos Universidades Nacionales de aquel entonces, Córdoba y Buenos Aires, pero a su vez respetando la libertad académica de cada Facultad". (Mollis, 2018)<sup>3</sup>

\_

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> La presente cita textual no expresa la página de donde fue extraída, según criterio de Normas APA 6, porque resulta que fue relevada de una entrevista. Ver fuente: <a href="https://www.youtube.com/watch?v=muF3fBNqFJs">https://www.youtube.com/watch?v=muF3fBNqFJs</a>

El por entonces Senador Avellaneda no quería que el Ministerio de Educación sea quien elija a los profesores, los cuales surgían de una terna propuesta por cada Facultad. Él pretendía que los profesores fueran designados, cada uno, por la mismísima unidad académica correspondiente, esto está claro al momento en el que propone en su proyecto original que los concursos fueran de oposición y abiertos. Pero en cambio solo se logró que se le concediera a las Facultades una autonomía que no fue completa, lo que generaba muchas tensiones políticas. Ya que los gobernantes de la época, querían que las Universidades fueran las formadoras de los profesionales contemporáneos, quienes, a su vez, serían los futuros funcionarios y conductores políticos de ese Estado formador de profesionales. Por lo cual, la dos Universidades de la época fueron centros de formación profesional, donde el objetivo central de la formación académica era la de formar profesionales, específicamente médicos, abogados e ingenieros. La investigación y el ejercicio de disciplinas humanísticas se hacían por fuera de los ámbitos académicos formales.

Los estatutos sancionados de acuerdo con la ley determinaban que los consejos académicos, también llamados "facultades" nombraban a sus propios miembros que tenían carácter vitalicio, aprobaban o reformaban sus planes de estudio y fijaban las condiciones de admisibilidad para los ingresantes. La asamblea universitaria, que elegía al Rector estaba integrada por los miembros de todos los consejos académicos. Finalmente, las universidades eran fuertemente dependientes del poder público en aspectos financieros y presupuestarios.

# 5. CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS QUE COMPONEN LA LEY AVELLANEDA

Tal como se venía planteando, el 25 de junio de 1885 se promulga la Ley 1597<sup>4</sup>, más conocida como "Ley Avellaneda", en alusión al ex presidente de la Nación y después rector de

Art. 1°. El Poder Ejecutivo ordenará que los Consejos Superiores de las Universidades de Córdoba y de Buenos Aires, dicten sus estatutos en cada una de estas Universidades, subordinándose a las reglas siguientes:

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> "LEY 1.597. ESTATUTOS DE LAS UNIVERSIDADES NACIONALES:

<sup>1.</sup> La Universidad se compondrá de un rector, elegido por la Asamblea Universitaria, el cual durará cuatro años, pudiendo ser reelecto; de un Consejo Superior y de las Facultades que actualmente funcionan, o que fuesen creadas por leyes posteriores. La Asamblea Universitaria es formada por los miembros de todas las Facultades.

<sup>2.</sup> El Rector es el representante de la Universidad; preside las sesiones de las Asambleas y del Consejo; y ejecuta sus resoluciones. Corresponde asimismo al Rector el puesto de honor en todos aquellos actos de solemnidad que las Facultades celebren.

<sup>3.</sup> El Consejo Superior se compone del Rector, los decanos de las Facultades y de dos delegados que éstas nombren. Resuelve en la última instancia las cuestiones contenciosas que hayan fallado las facultades, fija los derechos universitarios con la aprobación del Ministerio de Instrucción Pública, y dicta los reglamentos que sean convenientes y necesarios para el régimen común de los estudios y disciplina general de los establecimientos universitarios.

<sup>4.</sup> Cada Facultad ejercerá la jurisdicción política y disciplinaria dentro de sus institutos respectivos, proyectará los planes de estudios y dará certificados de exámenes en virtud de los cuales la Universidad expedirá

la UBA. Esta ley especificó institucionalmente, el perfil que tomarían las dos Universidades Nacionales de la época instaurando: "la autonomía universitaria, la designación de profesores por parte del Poder Ejecutivo y la creación de un fondo universitario". Las universidades se vieron obligadas a reformar sus estatutos para adecuarlos a la división de las mismas en facultades por donde pasaría a partir de ese momento, la mayoría de la vida universitaria. A partir de esta Ley, las universidades de Buenos Aires y Córdoba quedan ubicadas dentro del marco de autonomía gestada en las universidades europeas en el siglo XIII.

Esta norma preveía la incidencia del aparato estatal sobre la vida institucional de las universidades nacionales. El Art. 1, inc. 6 y el Art. 3 reglaban el mecanismo de designación de profesores, en el cual, las academias, a cargo del gobierno de cada facultad, remitían al Consejo Superior una terna que, a su vez, luego era elevada al Poder Ejecutivo Nacional, quien era el encargado de escoger a uno de los tres docentes nominados:

"...las facultades son gobernadas por academias o consejos académicos cuyos miembros son vitalicios (...) un elemento muy importante que establece la ley es que la elección de los profesores titulares se hace por ternas". (Buchbinder, 2018)<sup>5</sup>

Las facultades arman una terna, estás se elevan al consejo superior y este las eleva al Poder Ejecutivo, quien elige al profesor titular. En esta línea, Buchbinder dice que se refiere a la elección de los profesores por el problema de la autonomía, y por ello él sostiene:

"La autonomía en las distintas épocas y en los distintos períodos se entiende de manera diferente; el problema de la autonomía universitaria es una construcción histórica y nuestra idea de autonomía universitaria no viene de la Reforma Universitaria". (Buchbinder, 2018)<sup>6</sup>

\_

exclusivamente los diplomas de sus respectivas profesiones científicas, aprobará o reformará los programas de estudios presentados por los profesores, dispondrá de los fondos universitarios que le hayan sido designados para sus gastos, rindiendo una cuenta anual al Consejo Superior y fijará las condiciones de admisibilidad para los estudiantes que ingresen en sus aulas

<sup>5.</sup> En la composición de las Facultades entrará por lo menos una tercera parte de los profesores que dirigen sus aulas correspondiendo a la facultad respectiva el nombramiento de todos los miembros titulares. Todas las Facultades tendrán un número igual de miembros que no podrá exceder de quince.

<sup>6.</sup> Las cátedras vacantes serán llenadas en la forma siguiente: la Facultad respectiva votará una terna de candidatos que será pasada al Consejo Superior, y si este la aprobase será elevada al Poder Ejecutivo quien designara de ella el profesor que deba ocupar la cátedra.

<sup>7.</sup> Los derechos universitarios que se perciban, constituirán el "fondo universitario", con excepción de la parte que el Consejo Superior asigne, con la aprobación del Ministerio para sus gastos y para los de las Facultades. Anualmente se dará cuenta al Congreso de la existencia e inversión de los fondos.

Art. 2°. Los Estatutos dictados por los Consejos Superiores con arreglo a las bases anteriores serán sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo. 7. 6. 5. 4. 3. 2. 1. Página 1 Legislación Universitaria

Art. 3°. La designación de los profesores se hará por el Poder Ejecutivo, a propuesta de las Facultades respectivas. Art. 4°. Comuníquese, etcétera".

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> La presente cita textual no expresa la página de la cual fue extraída, según criterio de Normas APA 6, porque resulta que fue relevada de una nota en una revista digital. Ver fuente: <a href="http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/la-reforma-universitaria-ayer-y-hoy/+7123">http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/la-reforma-universitaria-ayer-y-hoy/+7123</a>

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Ídem punto 8.

En este análisis, el Art. 1 inc. 7 preveía el control de los recursos económicos de cada universidad por parte del Poder Legislativo Nacional. Estipulaba el esquema de autoridad dentro de cada unidad académica: un rector (inc. 2), una Asamblea Universitaria, el Consejo Superior (inc. 3) y las Facultades (inc. 4 y 5). Respecto a los órganos colegiados de gobierno de las instituciones universitarias, la normativa establecía que el Consejo Superior estaría compuesto por el rector, los decanos de las facultades y dos delegados de cada una de ellas, mientras que cada Facultad estaría integrada por quince miembros, entre profesores y notables.

En ese momento, las universidades argentinas se orientaban a la titulación de profesionales liberales (abogados, médicos e ingenieros) con la función de contribuir a la conformación del entramado material e institucional, para favorecer las formas de penetración del Estado en construcción sobre la sociedad civil, a los efectos de garantizar un particular desarrollo capitalista fundado en las exportaciones de bienes primarios. Es así como el Estado se proponía controlar y regular el ejercicio de aquellas profesiones a la vez que la formación de sus practicantes.

Pensemos que una norma que refuerza el status quo en la designación de docentes y en la conformación de los órganos de gobierno universitario, respecto a los objetivos de contribuir, mediante la formación de profesionales idóneos, a la construcción de un orden estatal estable que debía garantizar el "progreso" económico y social, dependía en alguna medida de la naturaleza de ese status quo que la normativa reforzaba.

En el debate que se produjo en el Congreso sobre la Ley Avellaneda se tuvo especial atención al establecer, en palabras de Pablo Buchbinder "... 'bases fijas de existencia' en el vínculo entre las universidades y 'los Poderes Públicos de la Nación'..." (2014, p. 114). Se impuso una ley escueta, que evitaría tener que recurrir a la creación de pomposos reglamentos. Esto fue así para permitir que las universidades decidieran libremente las reglas de su funcionamiento, sin presiones políticas del gobierno.

"Pocas décadas después, el concepto de autonomía se inscribió en el Manifiesto Liminar del Movimiento Reformista, y quedó ligado al pensamiento progresista, en particular, al socialismo y al radicalismo" (Buchbinder, 2014, p. 116).

Aunque los elementos fundamentales de los principios de la Reforma Universitaria no se plasmaron en una Ley, ya que hasta 1947 el principal instrumento legal fue la Ley Avellaneda, aunque su aplicación fue interrumpida por las dictaduras de Uriburu, del gobierno de Justo y del gobierno de 1943, y nunca plenamente aplicada.

#### 6. CONSIDERACIONES FINALES

Por lo recopilado, se podría sostener que la Ley Avellaneda proponía que el Estado estuviera velando por la libertad de las facultades para elegir sus planes de estudio y sus profesores, ya que, desde la terna propuesta por cada facultad, era el Estado quien elegía al profesor que ocuparía el cargo, es decir que lo único que se logró, fue una "Autonomía limitada", como la denomina la Doctora en historia Marcela Mollis. El Estado tenía la capacidad de vetar los estatutos, La universidad era una Federación, es decir, una unión de facultades.

Según este estatuto y la lógica administrativa, estaba depositada en las facultades la autoridad, y la universidad funcionaba con un poder simbólico, casi podría decirse como lo que ocurre con el rey en una monarquía parlamentaria, el cual tiene una participación mínima ante la decisión del parlamento. Y en este contexto, el Estado actuaba como socio fundador en la toma de decisiones.

En esa época, la Universidad no tenía la función de investigación científica, solo se dedicaba a enseñar y a otorgar títulos que habilitaban a un individuo para el ejercicio de una profesión liberal. Argentina adopta, en aquel momento, el modelo universitario francés (existen dos modelos). Este modelo se centra en el otorgamiento de títulos profesionales habilitantes, contrario al modelo sajón que se centra en la formación científico académica.

De todas maneras, la Universidad continúa siendo elitista, ya que, sobre cuatro millones de habitantes que residían en la República Argentina en aquel momento, la Universidad de Córdoba tenía solo ciento setenta y tres estudiantes y en la Universidad de Buenos Aires había seiscientos dos inscriptos. (Mollis, 2018)<sup>7</sup>

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Almandoz, M. R. (2001). Bases legales del Sistema Educativo: Capítulo III. In *Sistema educativo argentino: Escenarios y políticas* (p. 63 a 94). Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Santillana. Retrieved junio 06, 2020, from https://easnicolasbue.infd.edu.ar/sitio/upload/Almandoz\_Sistema\_educativo.pdf

**Buchbinder, P. (2005).** Entre la formación de las élites y la de los profesionales liberales: La Universidad argentina de la Ley Avellaneda a la Reforma. En p. Buchbinder, *Historia de las Universidades Argentinas* (págs. 58-80). Buenos Aires: Sudaméricana.

**Buchbinder**, **P.** (2005). La Universidad de Córdoba: de los origenes coloniales a la secularización del sistema educativo. In P. Buchbinder, *Historia de las Universidades* 

\_

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> La presente cita textual no expresa la página de donde fue extraída, según criterio de Normas APA 6, porque resulta que fue relevada de una entrevista. Ver fuente: <a href="https://www.youtube.com/watch?v=muF3fBNqFJs">https://www.youtube.com/watch?v=muF3fBNqFJs</a>

Argentinas (ISBN 9789500739566 ed., pp. 13-43). CABA, CABA, Argentina: Penguin Random House Grupo Editorial Argentina 2012 - Sudamericana. Retrieved junio 17, 2020

Buchbinder, P. (2005). La Universidad en el marco de la crisis del modelo escolástico: el caso de Buenos Aires. En P. Buchbinder, *Historia de las Universidades Argentinas* (p. 41-57).
CABA, CABA, Argentina: Sudamericana Buenos Aires. Recuperado el 03 de junio de 2020
Buchbinder, P. (2014). La Universidad en los debates parlamentarios (2da ed.). Buenos Aires, Argentina: Universidad Nac. de General Sarmiento. Recuperado el 22 de junio de 2020
Buchbinder, P. (2016). Historia del sistema universitario argentino. Capítulo I. "Los

**Buchbinder, P. (2016).** Historia del sistema universitario argentino, Capítulo I, "Los orígenes. 1600-1820". (J. C. Del Bello, Entrevistador) Buenos Aires, CABA, Argentina. Recuperado el 06 de junio de 2020, de https://hsua.com.ar/entrevista/pablo-buchbinder-i/

**Buchbinder, P. (18 de junio de 2018)**. La Reforma Universitaria, ayer y hoy. (O. d. UBA, Ed.) *Derecho al día, Año XVII*(Edición 305), web. Recuperado el 21 de junio de 2020, de http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/la-reforma-universitaria-ayer-y-hoy/+7123

## Constitución de la Nación Argentina

#### Constitución de la Provincia de Buenos Aires

Mollis, M. (2018). Historia del Sistema Universitario Argentino: Ley Avellaneda - Capítulo 2. *Historia del Sistema Universitario Argentino*. (J. C. Del Bello, Entrevistador) You Tube. CABA. Recuperado el 26 de junio de 2020, de https://www.youtube.com/watch?v=muF3fBNqFJs

Oszlak, O. (1981). La conquista del orden político y la formación histórica del Estado argentino. Buenos Aires, Argentina: CEDES, Bs As. Recuperado el 12 de junio de 2020

## SINDICALIZACIÓN POLICIAL

Ignacio Agustín Gómez Karen Tatiana Gutiérrez Piñero

#### 1. Introducción

Para la ponencia del Congreso se decidió presentar el trabajo del Seminario de Aportes Teóricos y recientes de la carrera de Abogacía de la UNLPam, el cual consistió en una exposición sobre la imposibilidad de agremiarse que recae sobre el colectivo que integran las fuerzas de seguridad, motivo por el que se transcriben las partes más relevantes de dicho trabajo

Se puede decir que una asociación sindical es "una agrupación permanente de trabajadores que ejerce una actividad profesional o económica para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores y para lograr mejores condiciones de vida. Son organizaciones permanentes, constituidas por una pluralidad de personas que ejercen una actividad profesional similar"... "La acción sindical debe contribuir a remover los obstáculos que dificultan la realización plena del trabajador"... (Grisolía, 2007, págs. 1335, 1337)

"En Argentina, tanto en el interior de las instituciones policiales como para la política, e inclusive, para la sociedad, los policías no son considerados trabajadores y, por ende, nunca hubo en estos ámbitos un tratamiento laboralista del trabajo social." (Sain, 2016, pág. 84)

El grueso del personal policial se ocupa de tareas administrativas o institucionales diferentes del control de los delitos, por ejemplo: gestión de tránsito vehicular, tareas de defensa civil, guardias sobre establecimientos públicos, etc. A su vez, no existe la regulación del horario y de la carga de trabajo en el desempeño de las labores por parte de los trabajadores policías, donde la manipulación del tiempo y la cantidad de trabajo y, por ende, la explotación laboral del personal policial al respecto es normal y corriente. Reciben una remuneración salarial que en general es escasa e insuficiente para el mantenimiento mínimo de sí mismo y de su familia sin recurrir al doble empleo, es decir, al desarrollo de otro empleo u ocupación laboral formal o informal; trabajan en un ambiente (establecimientos y medios de movilidad) precarizado y con medios de trabajo (vestimenta, medios de protección, sistema de armas y de comunicaciones) precarizado.

Así visto, no se entiende porque en un país como Argentina donde la lucha y reivindicación de derechos laborales está a la orden del día, el trabajo policial queda desprotegido en cuanto a normativa laboral. "Existen tres aspectos que permiten explicar este vacío político. En primer lugar, las policías actuales, aún con sus deficiencias, corrupciones y abusos, son políticamente útiles y eficaces para gestionar y, en ese sentido, para resolver problemáticas complejas como las violencias o los delitos." (Sain, 2016, pág. 92)

Son eficaces en el disciplinamiento punitivo de los sectores sociales altamente marginalizados y excluidos, como así también en la gestión de los mercados ilegales y de los emprendimientos criminales estructurados en su entorno. Todo esto hace que estas policías sigan siendo instrumentos útiles de gestión de la seguridad pública y que haya una suerte de resistencia a emprender procesos de reforma policial, que son siempre complejos y dan lugar a contestaciones y resistencias no solo de la policía, sino también de los sectores políticos, judiciales y mediáticos conservadores de la sociedad.

En segundo lugar, la visualización y el abordaje político, social y mediático de las condiciones laborales de los policías trabajadores pone en tela de juicio las modalidades verticalistas, militarizadas y disciplinarias de conducción sobre la propia institución. El verticalismo absoluto, y el control cupular férreo y sin contestaciones internas sobre el resto de la policía tal cual está actualmente estructurada orgánica y funcionalmente. La visibilización de las condiciones reales de trabajo de los policías y/o de cualquier atisbo de sindicalización policial pondría en tela de juicio el orden disciplinario militarizado que permite la perpetuidad de la policía como tal y hasta cuestionaría la propia existencia de la institución policial.

"En tercer término, la sociedad en su conjunto no se muestra favorable a abordar las cuestiones relacionadas a las policías, sus funciones, organización, bases profesionales, controles y educación, y, menos aún, a visualizar las condiciones laborales de sus trabajadores." (Sain, 2016, pág. 95) En los sectores altos y medios predomina una visión profundamente policialista de la seguridad, pero conciben a la policía como un instrumento a favor de la defensa exclusiva y excluyente de sus intereses sectoriales y particularistas en desmedro de la sociedad. Los sectores populares tienen una visión totalmente distinta, observan la peor cara de la institución policial, en donde la represión sin ley que recae sobre ellos es una constante, como así también, con emprendimientos criminales llevados a cabo en su entorno. Implica el Estado ilegal en toda su dimensión encarnado en la institución policial.

Entendemos que es necesaria la conformación de los sindicatos policiales, porque si se toma en serio la democracia, entonces se necesita extender los derechos democráticos a todos los trabajadores y a todas las personas que son parte de la sociedad. Los oficiales policiales también son civiles, no son las fuerzas armadas. Muchos profesionales y académicos comparten la idea de que, si los miembros de la policía experimentaran los derechos democráticos, serían más proclives a respetar también los derechos de otros.

"La importancia de los sindicatos reside en lograr un cambio cultural en la policía. Porque una vez que se crea un grupo de miembros con quienes negociar, también se elimina la cultura jerárquica dentro de la policía y se desarrolla una estructura horizontal y democrática dentro de la organización. Eso no significa que los sindicatos policiales interfieran con los planes operativos; no lo hacen porque no quieren involucrarse en decisiones sobre las operaciones policiales". (Marks, 2016, pág. 113)

## 2. Los círculos de personal policial: el caso de la provincia de La Pampa. (Lara, 2019)<sup>1</sup>

En el caso de los círculos, todas las policías tienen sus propios círculos. En algunas son mutuales policiales y abarca a todos. Y en otros casos como nuestra provincia no tenemos mutuales que abarquen a toda la policía y si tenemos círculos, el de suboficiales, el de oficiales y el de retirados.

En algunos casos y sobre todo el de suboficiales, acompaño a la intersindical, pero era un acompañamiento, no estaba reconocido, no podían reclamar o dialogar porque no están reconocidos para sentarse a negociar. Nunca tenían la participación directa, y hoy tampoco cuando hay paritarias tenemos participación directa. Lo que es el aspecto salarial nosotros, vamos a la par del empleado público.

Los círculos son entidades civiles sin fines de lucro, lo que podemos hacer pedido de gestión no elaborar reclamos. Podemos hacer una nota expresando que existe alguna cuestión, pero no un reclamo formal exigiendo. Hay que tener en cuenta en este punto que, al no contar con reconocimiento de derechos laborales, sindicales y gremiales, los representantes de los círculos no gozan de la protección de los derechos otorgados por el Art 14 bis, segunda parte. -la cursiva nos pertenece-

En palabras del entrevistado, no son un sindicato ni ninguna figura parecida, pero cuentan con la posibilidad de solicitar gestiones. Remarcó que en los planteos laborales, los

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Entrevista a Lara, H. O. presidente del círculo de oficiales de la policía de La Pampa (08 de 07 de 2019).

policías presentan nota, y con el servicio de atención social de la policía se intenta dar asistencia al personal de distinta índole, salud, hijos, derivaciones a centros de salud, económica, habitacional, etc.; ellos mismos se encargan que cuando un policía sufre algún mal como accidente o incendio, realizar el abordaje, porque todo aporte que pueda hacer el gobierno lo hace desde el servicio social. El equipo es interdisciplinario, asistentes sociales, psicólogos, y algunos policías y convocados, "pero la mayoría son profesionales"

#### 3. Dimensión normativa de la sindicalización

Desde la perspectiva normativa, el derecho a la asociación sindical de los trabajadores y la negociación colectiva se encuentra amparado por numerosas normas, la Constitución Nacional en su art. 14 bis establece que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador:... organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial", lo cual es recogido por la ley 23551² de asociaciones sindicales.

En el marco del derecho internacional se destacan el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT en adelante), sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, y el Convenio N° 98 de la OIT, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949. Ambos han sido ratificados por la República Argentina.

El Convenio N° 87 establece en su art. 2, "los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". Y en lo que respecta a las fuerzas armadas en su art. 9 apartado 1, "la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio". (Convenio 87, 1948)

Por su parte el Convenio N° 98 establece en su art. 1 apartado 1., "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo", y en su apartado 2., "dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20993/texact.htm

miembro de un sindicato; (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo". Reiterando en su art. 5 respecto a las fuerzas armadas que "la legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía". (Convenio 98, 1949)

En igual sentido surge del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que en su art. 22 establece, "1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía". (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966) Sin embargo, en la Provincia de La Pampa la N.J.F. 1034/80 de régimen para el personal policial, en su capítulo 3 de las faltas disciplinarias al disponer respecto a las causales de sanción o arresto en su art. 57 en el inciso 11 menciona "... Peticiones o reclamos colectivos". Y en el art. 62 entre las "transgresiones que darán lugar a sanción de destitución con carácter de cesantía o separación de retiro, impuesta por resolución dictada en sumario administrativo", en el inciso 11 dispone como una de ellas "...Acatar decisiones de asociaciones gremiales o profesionales contrarias a la prestación normal de los servicios que le corresponden o a la misión de la Policía, sea ostensible o encubiertamente". (REGIMEN DEL PERSONAL POLICIAL, 1980)

De la reseñada normativa se observa que pese a estar reconocida la asociación sindical como un derecho humano del trabajador, ello no ha derivado en un reconocimiento a la sindicalización de las fuerzas policiales, los Convenios 87 y 98 de la OIT se han interpretado en el sentido de una imposibilidad de ejercer el mencionado derecho, es decir que frente a la disyuntiva de excluir o limitar un derecho se ha optado por la primera, lo cual no es conforme a una interpretación pro homine, que es aquella que debe seguirse al interpretar toda norma de derechos humanos.

Esto vulnera los derechos de las fuerzas policiales, ya que al negarse dicha posibilidad no solo se restringe la posibilidad de asociarse, la libertad sindical tiene su anclaje en la

desigual posición en la que se encuentran los trabajadores respecto de los empleadores, siendo una herramienta para que mediante la negociación colectiva se puedan encontrar en una situación de mayor igualdad, por esto los representantes de las asociaciones se encuentran tutelados en el ejercicio de sus funciones, sancionando al empleador en caso de despido o incluso sancionando cualquier restricción o limitación que imponga al ejercicio de sus funciones.

# 4. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (recurso de hecho SI.PO.BA. c/ Ministerio de trabajo s/ sindicalización policial, 2017)

En el considerando 9 van a reconocer que la Constitución no le concede el derecho a sindicalizarse a todos los grupos de la sociedad, y este criterio lo sustentan en las opiniones vertidas en los informes de la comisión encargada de la redacción del art 14 bis, que en su parte relevante dice "están excluidos –del derecho de huelga- siguiendo los pasos de lo aconsejado por la OIT, los funcionarios públicos depositarios de cierta parte de autoridad pública". (Diario de sesiones de la convención nacional constituyente, 1957, pág. 1228)

Dado lo manifestado por los convencionales del 57 y en virtud que consideraban la huelga como el derecho por antonomasia para los reclamos laborales, en el considerando 10, contrario a lo que sostiene SIPOBA, la CSJN manifiesta que no le asiste el derecho a la sindicación a la policía, plantean en el mismo considerando que la constitución regula la sindicalización policial al prohibirla, y que existen en nuestro país distintas leyes que prohíben el derecho pretendido. Sostienen similar criterio a Cámara con respecto a la aplicación de los convenios de la OIT, y sustentan la prohibición en la restricción y limitación- nótese que la mayoría de cámara y CSJN utilizan las 3 palabras como sinónimo y con el mismo alcance-. Van a destacar las reservas hechas donde toman la limitación como absoluta restricción en vez de regular los derechos.

Con respecto a los diversos tratados internacionales reconocidos la CSJN planteo que, aun cuando los ratificamos, estos están sujetos a la armonización con la normativa vigente, debiendo analizarse en su conjunto, y que el reconocimiento de dichos tratados no impide que la legislación nacional, restrinja, limite o prohíba la sindicalización policial.

Por último, la mayoría de la Corte señaló que la Provincia de Buenos Aires prohibió de modo expreso mediante una ley y su decreto reglamentario la sindicalización de la policía

y que dicha prohibición es, a la luz de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, constitucionalmente válida.

## 4.1. La disidencia del Doctor Maqueda

Es de destacar de su voto que contrario al tratamiento de la mayoría sobre el análisis del 14 bis, sostiene que el artículo no incluye ningún precepto referente a las fuerzas policiales ni admite ni prohíbe-, además marca que desde la reforma del 94 y la incorporación del paquete de tratados, el reconocimiento de la libertad de asociación sindical es regla, que en este sentido solo puede restringirse mediante ley formal expresa, y en consonancia con el art. 30 de la CADDHH la restricción debe hacerse en aras del interés general.

El magistrado sigue planteando que la posibilidad de que los policías formaran sindicatos fue reconocida por los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos. Destaca que los artículos 8.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 16.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorgan a la libertad sindical un alcance amplio, pero dejaron bien en claro que en el caso de las fuerzas armadas y policiales el derecho a formar sindicatos podía ser restringido o lisa y llanamente prohibido por una ley formal especial.

También marco que, dado que nuestro país tiene un régimen federal de gobierno, es la legislatura de cada provincia la que está habilitada para establecer tal tipo de prohibiciones. Y, como la ley 13.982 de la Provincia de Buenos Aires que regula los derechos y deberes del personal de los órganos policiales no contiene disposición alguna que en forma clara y expresa restrinja la posibilidad de organizarse gremialmente, el derecho de los policías bonaerenses a formar un sindicato resulta indiscutible.

## 4.1.2. La disidencia de Maqueda y la competencia provincial

Hay que tener en cuenta que quienes resultan garantes del federalismo en nuestro país son las provincias. De la entrevista realizada al Dr. Moslares (2019) y en concordancia con el voto del Dr. Maqueda, se arriba a la conclusión que quien tiene que decidir y legislar sobre la posibilidad de sindicalizar a las policías, son las provincias.

Asimismo, acorde lo dispuesto por el articulo 126 CN, las provincias no han delegado en Nación la regulación de la materia de seguridad y de sus policías, esto es tan así, que vemos la existencia de policías provinciales, a la par de existir una policía federal

dedicada a cuestiones de esa índole, quedándole reservada cuestiones locales a la policía de cada provincia, no obstante realizar tareas de coordinación y cooperación para mantener la paz y seguridad de los territorios, o para abordar situaciones complejas.

El articulo 5 CN, garante a las provincias el goce y ejercicio de sus instituciones. Así vemos que dicho artículo reza "Cada provincia dictará para si una Constitución bajo el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el Gobierno federal garante a cada provincia, el goce y ejercicio de sus instituciones."

Claramente el articulo 5 les otorga a las provincias la facultad de crear sus policías y regularlos, y al no tratarse de una competencia que se haya delegado en Nación, corresponde a las legislaturas provinciales regular el derecho de sindicalización policial, y no como se ha dado en nuestro país, que por vía pretoriana se ha hecho extensivo a todo un grupo de profesionales la privación de un derecho.

Es más, el establecer la prohibición de un derecho a un grupo de profesionales como lo son las policías locales, la CSJN está entrometiéndose en un fuero en el que no le compete atento no encontrarse en juego ninguna cuestión federal que merezca su consideración. Máxime si tenemos en cuenta que se trata de una materia no delegada y netamente local, el avasallamiento por parte de la CSJN a las provincias es claramente ostensible.

Pero aun cuando la CSJN tenga razón en intervenir y omitir opinión en una cuestión que es materia local, lo peligroso es el precedente de el garante del federalismo soy yo corte, y en realidad el garante son las provincias. (Moslares, 2019)

Hay que tener en cuenta en este punto, que no es la primera vez que la CSJN se entromete en materia local, constituyéndose ella en garante del federalismo, y avasallando todo vestigio de autonomía provincial. Un claro ejemplo son los fallos sobre justicia electoral provincial, sobre todo el detalle de que quienes se constituían como minoría en dichos fallos (Highton de Nolasco y Rosenkratz) planteando que no le incumbe a la CSJN discutir la forma en que las formas en que las provincias organizan su vida autónoma. Al respecto el considerando del fallo sobre justicia electoral de la provincia de Rio Negro, dictado este año por nuestro máximo tribunal (2019):

Por ello, y para garantizar el debido respeto a las autoridades provinciales, ha establecido en el pasado un estándar claro que determina cuándo debe y puede intervenir. Según dicho estándar, este Tribunal puede ejercer su jurisdicción en defensa del principio republicano cuando los actos de las autoridades provinciales cuestionados

resultan abiertamente violatorios de la propia constitución local dictada en orden a cumplir con la exigencia establecida en el artículo 5° de la Constitución Nacional. Más precisamente, el estándar permite a esta Corte intervenir única y exclusivamente cuando las autoridades locales cuestionadas "se apartan ostensiblemente del inequívoco sentido" que corresponde atribuir a las normas de derecho público local (causa U 58 XLIX "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", sentencia del 5 de noviembre de 2013).

No obstante tratarse de disidencias que reconocer que son cuestiones que competen a normas locales, y si bien son dos temáticas diferentes, lo importante en este punto es destacar, que la corte aun con una misma composición de sus miembros, decide con total arbitrio en que cuestiones, ella respeta y reconoce que son las provincias autónomas y garantes del federalismo, y en qué casos pese a ser materia local se inmiscuye – como en el caso en cuestión- y avasalla toda autonomía provincial, sentando el precedente en la temática, más aun con el peligro de optar por la negativa y la prohibición y negación de derechos.-

## 5. La sindicalización en el derecho comparado:

En este apartado se intenta dar un panorama de cómo es la sindicalización policial de nuestros países vecinos. Previo a ello, hay que remarcar que aun reconociendo en Brasil y Uruguay un derecho a la sindicalización, los policías en general siguen viendo restringido el derecho a huelga.

#### 5.1. Brasil

Primero hay que destacar que en Brasil constan de una policía civil, y una policía militar, aunque si bien tienen limitado lo concerniente al derecho a huelga, los/as agentes de la Policía Civil disponen de derechos sindicales, en tanto es reconocida su condición de trabajadores estatales. No así los miembros de la Policía Militar de Brasil, que tienen prohibido sindicalizarse y participar de protestas. (Calandrón, Lorenz, & Galar, s. f., pág. 3)

En el caso de la policía militar de Brasil, pesa la prohibición de la huelga y de la sindicalización, cuestión que no ha evitado, que se agrupen y convoquen a movimientos huelguísticos, reclamando mejoras salariales y de condiciones de trabajo.

En el caso de la policía civil brasilera, los legisladores constituyentes, buscaron generar mecanismos destinados a solucionar los conflictos colectivos generados entre los agentes

estatales y la Administración Pública, reconociendo a los funcionarios civiles, además de la posibilidad de sindicalización el derecho de huelga<sup>3</sup>.

Ante la omisión del legislador según lo manifestado por Farías Gonzaga (2008, págs. 89,90), el Pleno del Supremo Tribunal Federal-STF decidió concretar el derecho de huelga a favor de los funcionarios públicos civiles, hasta que sea subsanada, por el Congreso Nacional, la laguna normativa derivada de la falta de promulgación de la ley especial a la que se refiere la Constitución de la República Federativa de Brasil, en el juicio de los mandados de injunção<sup>4</sup>. Nº 712 y N° 670, incoados por el Sindicato de los Trabajadores del Poder Judicial del Estado de Pará -SINJEP y por el Sindicato de los Funcionarios Policiales Civiles del Estado de Espírito Santo- SINDIPOL, respectivamente, con el que pretenden garantizar a sus asociados el ejercicio del derecho de huelga del funcionario público. El Tribunal, reconoció los Mandados de Injunção y propuso como solución para la omisión legislativa la aplicación, en lo que concerniera, de la Ley 7.783/1989, que dispone sobre el ejercicio del derecho de huelga en la iniciativa privada. Ese veredicto resuelve de forma provisional el problema de la huelga del funcionariado público brasileño, pero en nada alteró la situación de los policías militares, pues la Constitución ordena prohibirles expresamente la «sindicalización y la huelga. Aun con el reconocimiento del máximo tribunal, el derecho a la huelga —uno de los más eficaces instrumentos de presión sindical— resulta tremendamente limitado cuando es ejercido por trabajadores de sectores considerados estratégicos para la sociedad, como, por ejemplo, las Policías, Civiles y Militares (Gonzaga Farias, 2008, pág. 90).

#### 5.2. Uruguay

En la República Oriental del Uruguay ante la llegada de un gobierno ideológicamente de izquierda, el frente amplio de Tabaré Vásquez, la respuesta ante el reclamo de las fuerzas de seguridad llegó a través de la sanción de normativas tendientes a reconocer el derecho a la sindicalización, y por ende a mecanismos legales de dialogo, con lo cual viene a generar una nueva perspectiva antes no tenida en cuenta y no reconocida por los demás países, así lo daban a conocer los diarios Uruguayos en esos años, lográndose en el año

\_

 $<sup>\</sup>frac{3}{2}$ Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, artículo 37, incisos VI y VII

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> El mandado de injunção constituye un instrumento procesal, previsto en la Constitución Federal brasilera. De acuerdo con el artículo 5, LXXI de la Constitución Federal brasilera, «se concederá el mandado de injunção siempre que la falta de la norma reglamentaria «torne inviable el ejercicio» de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía». -

2006, la conquista de este derecho tuvo como precedente un intenso proceso de politización de la policía. (Calandrón, Lorenz, & Galar, s.f., pág. 1)

La ley Orgánica N° 19.315<sup>5</sup> vigente en la Republica del Uruguay, distribuye al personal en dos escalas, una de oficiales, que incluye cadetes, oficiales subalternos, oficiales jefes y oficiales superiores, y una escala básica, que incluye al resto del personal policial.

La sindicalización policial es primero reconocida por la aprobación de la Ley Nº 17.940 (Libertad Sindical) y la ley Nª 18.508 (Negociaciones colectiva en el marco de las relaciones laborales en el sector público), garantizada en el plano jurídico. Ambas leyes introducen modificaciones importantes en el Derecho Sindical Uruguayo. -

En la ley 17.940 cuyo carácter general es aplicado para empleos públicos y privados en su artículo 1 declara nulo los actos discriminatorios:

"Declárase que, de conformidad con el artículo 57 de la Constitución de la República, con el artículo 1º del Convenio Internacional del Trabajo Nº 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) aprobado por la Ley Nº 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y con los literales a) y b) del artículo 9º de la Declaración socio laboral del MERCOSUR, es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo..."

También esta norma establece una serie de medidas para proteger el derecho a sindicalizarse de todo trabajador, entre las cuales podemos citar:

"Artículo 4º. (Licencia sindical). - Se reconoce el derecho a gozar de tiempo libre remunerado para el ejercicio de la actividad sindical. El ejercicio de este derecho será reglamentado por el Consejo de Salarios respectivo o, en su caso, mediante convenio colectivo.

Artículo 6°. (Retención de la cuota sindical). - Los trabajadores afiliados a una organización sindical tendrán derecho a que se retenga su cuota sindical sobre los salarios que el empleador abone, debiendo manifestar su consentimiento por escrito en forma previa.

El monto a descontar será fijado por el sindicato y comunicado, fehacientemente, a la empresa o institución, la que verterá a la organización los montos resultantes en un plazo perentorio a partir del efectivo pago del mes en curso.

 $<sup>\</sup>underline{^5}$  Ley N° 19.315, disponible online:  $\underline{\text{http://www.impo.com.uy/bases/leyes/19315-2015}}$ 

Artículo 8°. (Facilidades para el ejercicio de la actividad sindical). - Los representantes de los trabajadores, que actúen en nombre de un sindicato, tendrán derecho a colocar avisos sindicales en los locales de la empresa en lugar o lugares fijados de acuerdo con la dirección de la misma y a los que los trabajadores tengan fácil acceso.

Por su parte la ley 18.508 en el art. 3 dice:

"Artículo 3º Reconócele el derecho a la negociación colectiva a todos los funcionarios públicos con las exclusiones, limitaciones y particularidades previstas en el artículo 9º del Convenio Nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por la Ley Nº 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Convenio Nº 151 de la OIT, aprobado por la Ley Nº 16.039, de 8 de mayo de 1989. El Estado promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles. A tales efectos adoptará las medidas adecuadas a fin de facilitar y fomentar la negociación entre la administración y las organizaciones representativas de trabajadores públicos". (el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 2009, pág. 1)

De acuerdo a lo informado por Calandrón (Calandrón, Lorenz, & Galar, s.f.), en Uruguay en el 2005, se funda el primer sindicato con reconocimiento legal, el Sindicato Único de Policías del Uruguay (SUPU). En 2009 se conformó la Unión de Sindicatos Policiales del Uruguay (USIP).

En 2015 se modificó la Ley Orgánica de la Policía 19315, sumándose en su artículo 35 la figura de la sindicalización entre los derechos laborales policiales. Sin embargo, en ese mismo acto, restringe el derecho a huelga y a la movilización, la cual sólo se admite sin la vestimenta y sin elementos cotidianos del trabajo.

### 6. Conclusiones

Desde la lectura se puede ver que no existen impedimentos de naturaleza jurídica o práctica a la sindicalización de las fuerzas policiales. En cuanto a la normativa, se establece en los convenios 87 y 98 de la OIT que los Estados Parte podrán establecer restricciones o limitaciones a los derechos de asociación, estas normas no se deben entender como exclusión, como lo hace la N.J.F. 1034/80, sino como una limitación en virtud de la función que cumplen las fuerzas de seguridad, en tanto se considera un servicio esencial.

En este sentido la consideración del servicio que prestan las fuerzas policiales como un servicio esencial, no obsta a que se pueda garantizar su derecho a asociarse con fines gremiales, ni su derecho a huelga incluso. En nuestro país existe una ley, conocida como ley de ordenamiento laboral, la ley 25.877 que contempla la huelga en los servicios esenciales, fijando como tales una serie de servicios que son considerados esenciales, los servicios hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo; e incluso fija un procedimiento para cuando una actividad no comprendida entre las mencionadas pueda ser incluida excepcionalmente, por una comisión independiente, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación cuando se den distintos recaudos, ellos son: cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, y por otra parte, cuando se trate de un servicio público de importancia trascendental, conforme a los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

Si bien es cierto que en el caso de las fuerzas policiales se trata de un servicio que presta el Estado, se observa que, en los casos precedentes pese a su consideración como servicios esenciales, igualmente se reconoce la posibilidad de ejercer el derecho a huelga, no sólo su posibilidad de sindicalización. En ellos se buscó la compatibilidad de los institutos, tanto de la consideración del servicio como del derecho a huelga.

En igual sentido, la condición de agente público de los miembros de las fuerzas policiales no se puede tomar como un impedimento a su sindicalización, se puede observar a lo largo de todo el país que no hay administración pública en la que sus agentes no cuenten con un sindicato que los nuclee, con excepción siempre de las fuerzas armadas y policiales. Aquí la estructura vertical y la jerarquía no importan una exclusión al derecho de sindicalización de los empleados públicos. Incluso las actividades mencionadas como servicios esenciales poseen asociaciones gremiales que amparan a sus empleados.

Por esto entendemos que esta situación importa discriminación hacia los agentes policiales, en cuanto en la misma situación a unos se les permite sindicalizarse y a otros no. El análisis realizado sobre las normas que regulan el derecho a sindicalizarse de las fuerzas policiales en Uruguay y Brasil, es una prueba patente de que es posible el derecho a la asociación sindical y a la negociación colectiva, sin perjuicio de reconocer que el derecho de huelga en Uruguay continúa siendo objeto de serias restricciones, y que en Brasil solo se le reconoce a la policía civil.

La sindicalización plantea la necesidad de democratizar las fuerzas policiales en cuanto requiere negociación, y esta implica diálogo, y no cualquier diálogo sino uno en el que

las partes se encuentran en un plano de igualdad. Esta situación contrasta con la estructura policial, la cual se presenta como fuertemente vertical y jerarquizada, no dejando margen alguno al cuestionamiento de la decisión se los superiores por parte de quienes se encuentran en los escalafones más bajos de esta estructura.

Dicho esto, creemos que el precedente sentado por nuestro máximo tribunal en el fallo SIPOBA, no solo es violatorio del derecho humano a la sindicalización- por parte de la policía- entendido este derecho como el primero y esencial para el ejercicio del resto de derechos laborales; sino que además dicho fallo hace un análisis restrictivo de la cuestión enfocándose solamente en la huelga, sin tener en cuenta que se puede regular la sindicalización de los empleados de un servicio esencial sin necesidad de caer en la huelga.

Además, es de destacar el avasallamiento de las competencias y autonomías de las provincias que produjo este fallo, ya que, tratándose de policías provinciales, debieron ser las legislaturas provinciales, las que, así como dictaron leyes para organizar a su personal policial, dictaran una nueva ley o reformaran las existentes para permitir o prohibir expresamente el derecho a la sindicalización.

Específicamente en lo que hace a la normativa policial de nuestra provincia, creemos que, al existir expresamente una prohibición de realizar reclamos colectivos, es necesario que desde nuestra legislatura provincial se modifique la norma de facto que regula a la policía, y se armonice dicha normativa a fin de dejar de desconocer para nuestros policías un derecho tan importante que esta constitucional y convencionalmente reconocido.

#### 7. Bibliografía

Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Provincia de Rio Negro s/ amparo, 449/2019 (Suprema Corte de Justicia de la Nación 22 de marzo de 2019).

Argentina, C. d. (s.f.). Constitución de la Nacion Argentina. Argentina.

Calandrón, S., Lorenz, M. D., & Galar, S. (s.f.). Conociendo a los sindicatos policiales. Notas sobre el proceso de politización de la policia en Uruguay. *ICONOS* (artículo en prensa).

Gonzaga Farias, A. (2008). La libertad sindical de la policía en Brasil. *Studia historica*. *Historia contemporánea*(28), (págs .79-97).

Grisolía, J. A. (2007). Derecho del trabajo y de la seguridad social: doctrina, legislación, jurisprudencia: modelos.-. En J. A. Grisolía. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina (págs. 1335 - 1337).

Lara, H. O. (08 de 07 de 2019). presidente del círculo de oficiales de la policia de La Pampa. (I. A. Gomez, y K. T. Gutiérrez Piñero, Entrevistadores)

Marks, M. (2016). Democratizando el trabajo policial: las relaciones laborales de la policía en países "en vías de desarrollo". En N. y. Rodríguez Games, ¿EL GREMIO DE LA GORRA? (págs. 101-118). Octubre.

Monet, J. C. (2002). Policias e sociedades na Europa (2° ed.). Sao Paulo: EDUSP.

Moslares, J. C. (2019). Profesor de Derecho Constitucional- UNLPAM. (I. A. Gomez, y K. T. Gutiérrez Piñero, Entrevistadores)

Paternain, R. (2014). Recuperado el 30 de 11 de 2019, de http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art\_revistas/pr.6331/pr.6331.pdf

Rabelo de Almeida, J. (2011). Tropas em greve: militarismo e democratização no ciclo de protestos dos policiais militares brasileiros. *SECULUM, Revista de Historia*(24).

Rodríguez Games, N. (2016). ESTUDIO INTRODUCTORIO. En N. y. Rodríguez Games, ¿EL GREMIO DE LA GORRA? (págs. 15-55). Octubre.

Sain, M. F. (2016). Trabajo y sindicalización policial: condiciones y dilemas. En N. y. Rodríguez Games, ¿EL GREMIO DE LA GORRA? (págs. 83-101). Octubre.

## EL DISTANCIAMIENTO SOCIAL COMO CAUSA DEL TELETRABAJO Y SU ADECUADA REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Andrés Jaime González Laura Méndez Guevara Cozobi García Herrera

#### 1. Introducción

La evolución del entorno laboral es una característica del Derecho del trabajo, la cual se ha puesto de manifiesto actualmente; los avances tecnológicos han sido un factor importante en la evolución de laborales, generando la perdida de fuentes de trabajo y apareciendo otras que hasta hace poco no existían, con las cuales surge la necesidad de incorporarlas y regularlas en la legislación laboral mexicana. Actualmente el distanciamiento social derivado de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, ha originado la necesidad de cambiar las tendencias laborales con una importancia significativa, ya que sin precedente alguno en el Estado mexicano, las empresas, instituciones gubernamentales e incluso trabajadores independientes tuvieron que adecuarse a nuevas formas de organización laboral, utilizando como medio de interacción y de ejecución el uso de las tecnologías de la información, buscando primordialmente salvaguardar la salud y por consecuencia seguir con las actividades laborales para no afectar el subsidio de la población a través del factor económico. En México, el distanciamiento social derivado del COVID-19 origino que las actividades laborales se realizaran desde casa del propio trabajador, a lo que se denominó "home office, home work o teletrabajo", sin que estas actividades tengan una regulación especial en la legislación mexicana, aunado a este hecho la propia legislación laboral en México no considera como causa de suspensión laboral la emergencia sanitaria, decretada por las propias autoridades de salud, ante tal situación las lagunas legales se han puesto de manifiesto en los últimos meses respecto a la falta de regulación expresa de tópicos como el teletrabajo y la emergencia sanitaria.

## 2. Emergencia sanitaria o contingencia sanitaria.

Con la aparición del coronavirus COVID-19, han sido muchos los sectores y ámbitos que se han visto afectados, uno de ellos como sabemos es el ámbito laboral debido a la suspensión obligada de las actividades desde pequeños, medianos y hasta grandes empresas.

Ante dicho paro de actividades laborales los cuestionamientos de trabajadores han surgido desde el primer día de inactividad, esto en razón del pago de los salarios, el monto de los mismos y el tiempo de goce de esos salarios.

El gobierno federal publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 30 de marzo del 2020, el acuerdo que declara como "emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)" y al siguiente día el 31 del mismo mes el "acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2".

En relación a la emisión de estos acuerdos surgen dudas y opiniones diversas respecto de la correcta interpretación y aplicación de los artículos 42 Bis, 427 fracción VII y 429 fracción IV de la Ley Federal del Trabajo, respecto de la suspensión de las actividades, quienes deben ser los trabajadores suspendidos, así como las implicaciones de estabilidad laboral en las empresas.

La Ley Federal del Trabajo en el capítulo III, de la suspensión de los efectos de las relaciones de trabajo, establece en los artículos:

Artículo 42.- Son causas de suspensión temporal de las obligaciones de prestar el servicio y pagar el salario, sin responsabilidad para el trabajador y el patrón: ...

Artículo 42 Bis. En los casos en que las autoridades competentes emitan una declaratoria de contingencia sanitaria, conforme a las disposiciones aplicables, que implique la suspensión de las labores, se estará a lo dispuesto por el artículo 429, fracción IV de esta Ley.

Artículo 429.- En los casos señalados en el artículo 427, se observarán las normas siguientes:

IV. Si se trata de la fracción VII, el patrón no requerirá aprobación o autorización del Tribunal y estará obligado a pagar a sus trabajadores una indemnización equivalente a un día de salario mínimo general vigente, por cada día que dure la suspensión, sin que pueda exceder de un mes.

Artículo 427.- Son causas de suspensión temporal de las relaciones de trabajo en una empresa o establecimiento:

VII. La suspensión de labores o trabajos, que declare la autoridad sanitaria competente, en los casos de contingencia sanitaria.

De lo anterior se desprende que la Ley Federal del Trabajo, contempla la posibilidad de suspensión de la relación de trabajo sin responsabilidad para ninguna de las partes (trabajador y patrón), sin embargo; el artículo 42 Bis prevé la existencia de una contingencia sanitaria y en tal caso nos remite al artículo 429 fracción IV, que establece la obligación del patrón de pagar por concepto de indemnización al trabajador un día de salario mínimo general vigente por cada día de suspensión, por un tiempo no mayor a un mes, en concordancia con el artículo 427 fracción VII, que establece claramente que la suspensión deberá ser decretada por la autoridad sanitaria competente específicamente en los casos de contingencia sanitaria.

Por lo que respecta al acuerdo emitido por el Consejo de Salubridad General, precisa:

#### **CONSIDERANDO**

Que en términos de lo dispuesto en los artículos 73, fracción XVI, Base 1a., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 4o., fracción II, de la Ley General de Salud, el Consejo de Salubridad General tiene el carácter de autoridad sanitaria y sus disposiciones generales son obligatorias en el país;

Que dada la situación que guarda la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en el país, se han dictado diversas medidas por el Gobierno Federal, incluidas las contenidas en el Acuerdo por el que este Consejo reconoció a dicha enfermedad como grave de atención prioritaria, así como en el Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) publicado el 27 de marzo de 2020, en el Diario Oficial de la Federación;

Que la Secretaría de Salud en las últimas horas ha señalado que el número de casos ha ido en aumento, por lo que ha recomendado que los habitantes del país permanezcan en sus casas, para contener la enfermedad causada por el COVID-19, y

Que en virtud de lo anterior, este Consejo de Salubridad General, en uso de su función prevista en el artículo 9, fracción XVII de su Reglamento Interior, ha determinado la pertinencia de declarar como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), por lo que con el propósito de proteger la salud de los mexicanos, acordó expedir el siguiente

ACUERDO POR EL QUE SE DECLARA COMO EMERGENCIA SANITARIA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR, A LA EPIDEMIA DE ENFERMEDAD GENERADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19)

Primero. Se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

Segundo. La Secretaría de Salud determinará todas las acciones que resulten necesarias para atender la emergencia prevista en el numeral anterior.

Es posible identificar la falta de concordancia entre lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo y el acuerdo emitido por el Consejo de Salubridad General, ya que la primera hace mención de contingencia mientras que el acuerdo hace mención a emergencia, por lo que en términos estrictamente jurídicos no se actualizan las hipótesis de los artículo 42, 42 BIS, 427 fracción VII y 429 fracción IV.

El Diccionario de la lengua española define:

"CONTINGENCIA: Posibilidad de que algo suceda o no suceda. II 2. Cosa que puede suceder o no suceder II 3. Riesgo.

RIESGO: Contingencia o proximidad de un daño.

EMERGENCIA: Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata." Con base en estas definiciones resulta que el acuerdo dictado por el Consejo de Salubridad General se basa en la proximidad inminente del daño y no tan solo en una mera posibilidad como lo considera la Ley Federal del Trabajo.

Cabe hacer mención que el Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General no prevé la posibilidad de una declaratoria de contingencia sanitaria, solo menciona cuándo se estaría en presencia de una emergencia sanitaria.

De tal oposición y falta de concordancia entre el acuerdo y la Ley Federal del Trabajo, se entiende que la causa de suspensión está prevista por el artículo 42 BIS, siendo que las obligaciones del patrón se encuentran consignadas en los artículo 427 fracción VII y 429 fracción IV, y que de acuerdo al análisis no se actualiza la hipótesis de contingencia, por lo que el patrón está obligado a pagar los salarios al 100% por el tiempo que dure la suspensión.

## 3. Justificación de la regulación del teletrabajo en México.

El entorno laboral se ha vuelto cambiante y se modifica de manera continua; los avances tecnológicos han sido un factor importante en la evolución de dichas relaciones laborales y con ello se han perdido fuentes de trabajo, pero al mismo tiempo surge la necesidad de nuevas actividades dignas de ser incorporadas y reguladas en la legislación laboral, sin embargo; el desarrollo de la tecnología no ha sido el mayor motivo para la evolución de actividades laborales, sino se ha convertido en una herramienta de ejecución laboral.

Actualmente a causa del distanciamiento social derivado de la contingencia COVID-19 la necesidad de cambiar las tendencias laborales tomo una importancia significativa, ya que sin precedente alguno en el Estado mexicano las empresas, instituciones gubernamentales e incluso trabajadores independientes tuvieron que adecuarse a nuevas formas de organización laboral, utilizando como medio de interacción y de ejecución el uso de las tecnologías de la información, buscando primordialmente salvaguardar la vida y por consecuencia seguir con las actividades laborales para no afectar el subsidio de la población a través del factor económico. Por tanto, en razón de las posibles controversias que en un futuro puedan surgir a base de la actual tendencia laboral denominada "teletrabajo", llamada de esta manera por la relación de la actividad laboral y la tecnología, según autores como Julio Téllez, Antonio Trejo Esquivel, entre otros, o incluso el concepto más próximo a esta actividad reconocida como "Trabajo a Distancia" en la Ley Federal del Trabajo en el artículo 311°, considerado como aquel que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación (LFT, 2020) pero que a su vez no regula de manera clara tópicos laborales como la jornada durante la cual se debe prestar la actividad, el tiempo que el trabajador debe estar a disposición del patrón, el acceso a las tecnologías quien debe proporcionar o es obligación del propio trabajador, así como los posibles riesgos ergonómicos a que está expuesto el trabajador, dejando en estado de ambigüedad derechos y obligaciones tanto del trabajador como del patrón.

Haciendo un análisis de la evolución de legislación en materia laboral en México es posible distinguir la nula consideración del teletrabajo o alguna actividad o consideración parecida. La legislación en materia laboral en nuestro país es la siguiente: Ley Federal del Trabajo de 1931, Ley Federal del Trabajo de 1970, Ley Federal del Trabajo de 2012 y por último Ley Federal del Trabajo de 2019.

Según Kurezyn (2013), Ley Federal del Trabajo de 1931 fue constituida a base de conflictos colectivos en la industria de jurisdicción laboral y por la necesidad de unificar la legislación en todo el territorio mexicano, lo cual género que el 6 de septiembre de 1929 se publicara la reforma constitucional a los artículos 73°, fracción X, y 123° en su párrafo introductorio. Desde entonces pertenece al Congreso de la Unión expedir la legislación reglamentaria en materia laboral, dejando fuera de aplicación las legislaciones

de las entidades federativas para conseguir la federalización de la Legislación Laboral. Después de las reformas constitucionales transcurrieron dos años para la creación de la primera Ley Federal del Trabajo lo cual ocurrió el 18 de agosto de 1931, regulando concretamente la aplicación de la ley.

Después de casi cuarenta años de la creación de la primera Ley Federal del Trabajo, México experimenta un significativo crecimiento económico y, por ende, se consolida la industrialización manteniendo a México como un país principalmente urbano.

A causa del fenómeno económico que desarrollas el país, la clase trabajadora adquiere mayor relevancia aumentando el número de trabajadores y consolidando organizaciones sindicales, así como, de convenciones colectivas de trabajo, sin embargo; en esta ley no tenemos el más mínimo acercamiento sobre el trabajo a distancia o el uso de las tecnologías como elemento distintivo en la prestación de la actividad laboral.

Posteriormente para la Ley Federal de 1970, elaborada principalmente por Mario de la Cueva, configuro un proceso democrático de estudio y preparación de una ley social comprendiendo un contenido de toda la temática laboral y también aspectos que corresponden a la previsión social como: el trabajo de las mujeres y de los menores, las normas de seguridad e higiene, de capacitación, de riesgos de trabajo, y los derechos habitacionales de los trabajadores, siendo omisa de nueva cuenta en cuanto al tema de la incorporación de las tecnologías en la prestación del trabajo.

En el lapso de 1970 a 2012 el país experimenta importantes cambios políticos, sociales, económicos y jurídicos los cuales influyen entre sí para la reforma laboral de 2012, la cual comprende principalmente como lo indica el decreto respectivo reformas, adiciones y derogaciones que afectaron preceptos que ocupaban los principios generales del Derecho del trabajo. De esta manera y al transcurrir 43 años de la expedición de la Ley Federal de 1970, el presidente de la República Felipe Calderón Hinojosa presentó al Poder Legislativo federal como "iniciativa preferente", figura creada unas semanas antes mediante una reforma constitucional, un proyecto conteniendo precisamente propuestas de reformas, adiciones y derogaciones a la Ley Federal del Trabajo, cuyos objetivos, al

menos teóricos, se señalan en el sentido de propiciar la creación de un mayor número de puestos de trabajo, al establecerse nuevas formas de contratación eventual y reducir el costo procesal de los despidos injustificados y es de esta manera como se crea la Ley Federal de 2012.

La Ley Federal del Trabajo de 1970, incorporó por primera vez el tema de trabajo a domicilio, en el artículo 311 como un trabajo especial en el cuya característica principal es ejecutar habitualmente para un patrón, el trabajo en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, tomando en consideración que no debería existir vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo. Condición que origino que para la reforma de 2012, este precepto fuera reformado para incorporar el uso de las tecnologías y quedar de la siguiente manera:

### Trabajo a domicilio

Artículo 311.- Trabajo a domicilio es el que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo.

Será considerado como trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación.

Párrafo adicionado DOF 30-11-2012

Si el trabajo se ejecuta en condiciones distintas de las señaladas en este artículo se regirá por las disposiciones generales de esta Ley.

Párrafo reformado DOF 30-11-2012

#### 4. Necesidades.

La necesidad de regular adecuadamente el teletrabajo en la legislación mexicana, queda de manifiesto con la falta de disposiciones sobre condiciones básicas como es la contratación, condiciones de teletrabajo, condiciones de seguridad social, derecho a la sindicalización y los riesgos del teletrabajo por citar solo algunas.

## 4.1 Contrato de teletrabajo.

La legislación laboral en México, no considera la existencia de un contrato específico ya que la Ley Federal del Trabajo en el segundo párrafo del artículo 311, solo menciona la posibilidad de que el trabajo a domicilio se pueda prestar con uso y apoyo de la tecnología de la información y la comunicación, no obstante; no se establecen los datos sobre los que deben operar las condiciones generales de trabajo sobre esta actividad en específico, para ello resulta indispensable determinar en el documento (contrato) en el que se plasme la voluntad de las partes (trabajador-patrón), condiciones tales como los datos del teletrabajador y del patrón, especificar la voluntad del trabajador por incorporarse a esta modalidad de trabajo y la posibilidad de reversibilidad así como el tiempo en el que el trabajador regresará a la modalidad presencial de ser el caso, la obligación del teletrabajador para entregar de forma electrónica y con apoyo de las tecnologías los resultados, metas u objetivos planteados por el patrón u empleador, determinar los horarios y jornadas de disponibilidad garantizando así el derecho a la desconexión por parte del teletrabajador.

Además resulta importante especificar los mecanismos tecnológicos que deberán utilizarse señalando quien debe proporcionarlos o pagar por la adquisición de los mismos

## 4.2 Condiciones laborales del teletrabajo.

La Ley Federal del Trabajo en su artículo 1º señala que esta legislación es de observancia general en toda la República y rige las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado A, de la Constitución, por lo que quedan comprendidas todas las relaciones laborales indistintamente de su naturaleza, por lo que el teletrabajo en este sentido al ser regulado tendría las mismas prerrogativas que cualquier actividad laboral de las consideradas por la misma legislación laboral.

#### 4.3 Condiciones de seguridad social y derecho a sindicalizarse.

Al igual que las condiciones generales de trabajo, el derecho a la seguridad social así como a la libertad sindical, se encuentran garantizadas no obstante de no encontrar una regulación específica del teletrabajo en la legislación mexicana, aunado al hecho de que se trata de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, por lo que la seguridad social quedaría garantizada al igual que la libertad de asociarse, cabe hacer mención que actualmente no existen asociaciones, coaliciones o sindicatos de teletrabajadores en México.

## 4.4 Riesgos de trabajo.

Entendidos como los accidentes o enfermedades a que están expuestos los trabajadores con ejercicio o motivo del trabajo, podría entenderse que el teletrabajo y los posibles riesgos que se sufran quedan dentro de esta consideración, sin embargo; la legislación laboral en México considera que el riesgo debe producir necesariamente una enfermedad o un accidente señalados ambos en los artículos 513 y 514 de la Ley Federal del Trabajo, sin embargo; con motivo del distanciamiento social como causa del COVID-19, el teletrabajo o trabajo a domicilio se estableció en México de forma emergente, motivo por el cual al momento el legislador aún no identifica los posibles riesgos específicos derivados del llamado teletrabajo.

## 5. El distanciamiento social como consecuencia del teletrabajo en México.

A partir del mes de marzo de 2020 México recurrió al distanciamiento social como medida preventiva de contagios frente al virus del COVID-19, con ello la palabra home office o teletrabajo se volvió más recurrente en la sociedad mexicana, muchas empresas ya sea productoras de bienes o distribuidora de servicios han recurrido al uso de las TICs y correlativamente con redes sociales, han logrado mantener sus actividades sobre ideas inimaginables o impesables, lo cierto es que a partir del distanciamiento social se ha redescubierto la importancia de las tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las actividades laborales, pero esto es solo el comienzo ya que es necesario incorporar como trabajo especial dentro de la Ley Federal del Trabajo a la actividad de teletrabajo.

## 6. Referencias bibliográficas

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2020). Ley Federal del Trabajo. Recuperado de: <a href="http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125\_020719.pdf">http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125\_020719.pdf</a>

Real Academia Española. (2019). Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <a href="https://dle.rae.es/emergencia?m=form">https://dle.rae.es/emergencia?m=form</a>

Secretaria de Gobernación. (30 de marzo de 2020). ACUERDO por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). Diario Oficial de la Federación. Recuperado de:

https://www.dof.gob.mx/nota\_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020

## PLURALISMO JURÍDICO COMO HERRAMIENTA NECESARIA EN EL CO-APRENDIZAJE

Edgardo Gonzalez

Carolina Murga

Rodrigo Palleres Balboa

#### 1. Introducción

## 1.1. El nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía

El proceso de redacción de un nuevo Plan de Estudios para la carrera de Abogacía comenzó en el año 2011 con la creación, mediante la Resolución N°198/11 del Consejo Directivo, del "Programa para el análisis, reflexión, debate y formulación de propuestas para la Reforma del Plan de Estudios". Así comenzó un proceso de reflexión, recopilación y sistematización de propuestas que culminaría en el año 2013 con la Resolución 336/13 que establece los lineamientos del nuevo Plan de Estudios (denominado, siguiendo el orden correlativo de planes vigentes en la institución, el "Plan 6").

El nuevo Plan de Estudios se organiza en cuatro bloques: un bloque de "Formación General e Introductoria", uno de "Formación Disciplinar", otro de "Orientación Profesional" y finalmente un bloque de "Formación General e Introductoria".

En el bloque de Formación General e Introductoria se brindan los elementos para introducir a los y las estudiantes a las ciencias jurídicas y sociales de forma tal que puedan abordar los fenómenos relacionados con el derecho desde una perspectiva contextualizada histórica, política y socialmente.

En el bloque denominado Formación Disciplinar se encuentran estructuradas a lo largo de cuatro años las materias que contienen los contenidos de Derecho Privado, Público, Internacional y Procesal; y por otro lado las materias formativas en Ciencias Sociales.

El bloque Orientación Profesional es original de este nuevo Plan de Estudios y se establece sin perjuicio de la formación general que se pretende que alcancen los y las estudiantes en el bloque anterior. Se ofrece una orientación en el grado dirigida hacia áreas diferenciadas del quehacer de los abogados y abogadas. En este bloque se debe optar por una entre cuatro orientaciones: Derecho Privado, Derecho Público, Derecho, Estado y Sociedad y Docencia e Investigación.

Finalmente el bloque de Formación Práctica viene a aumentar la cantidad y calidad de este tipo de formación, a raíz de la importancia que tiene en el proceso de enseñanza-aprendizaje la inclusión de la experiencia directa como el espacio de encuentro donde se construyen los saberes teóricos y prácticos. En esta instancia existe la intención de valorar el conocimiento que se crea a partir del intercambio que ocurre en la puesta en práctica de los conocimientos y en las relaciones que se dan entre las personas que intervienen en esa práctica.

En este sentido es que el nuevo Plan de Estudios establece que los y las estudiantes deberán cumplir con un total de 412 horas de Formación Práctica. Esta carga curricular se acredita tanto con la aprobación de la formación práctica al interior de las materias Adaptaciones Procesales Penales y Civiles como con la participación en propuestas de Formación Práctica en temáticas específicas y Formación Práctica en situaciones reales (Prácticas Profesionales Supervisadas).

En la Resolución 336/2013 se establece que en las materias que correspondan al eje de Formación Práctica, el estudiante deberá aprobar como parte del curso las producciones que surgieran de la actividad práctica, con formatos tales como monografías, informes escritos, observaciones, entrevistas, investigación, trabajos de campo u otros previstos por la cátedra. Estas actividades deberán implicar la adquisición de habilidades y conocimientos metodológicos específicos de la práctica profesional de la abogacía (art.23).

Sumado a ello para el estudiante que rinda de manera libre una materia que pertenezca al eje de la formación práctica, deberá acreditar -mediante una monografía, informe escrito u otro trabajo previsto por la cátedra-, los aspectos que pertenecen a dicha formación. Aquel estudiante que realizara todo el recorrido académico bajo la modalidad libre, deberá

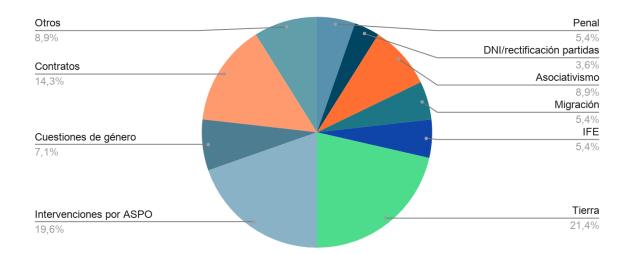
cumplimentar la formación prevista en el eje de formación práctica, referida a la participación efectiva en actividades de campo (412 hs), conforme se señala en el régimen de "Formación Práctica" (art. 42).

La estructuración del nuevo Plan de Estudios en estos cuatros bloques parte de la idea de lograr una articulación de las materias que vaya más allá de considerar sus contenidos estrictamente disciplinares. Cada bloque permite una visión común hacia su interior al mismo tiempo que integran secuencialmente sus propósitos formativos planteándose como un recorrido que va incorporando las distintas facetas de la formación de grado.

# 1.2. El Centro de Atención Jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar como espacio de trabajo para la propuesta de PPS

El Centro de Atención Jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar es un espacio que depende de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y además cuenta con el aval de la Facultad de Ciencias Agrarias y Forestales y del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), a través del Instituto de Investigación y Desarrollo Tecnológico para la Agricultura Familiar de la Región Pampeana (IPAF Región Pampeana).

Desde la creación del Centro Jurídico se han identificado temáticas recurrentes que hacen a las problemáticas estructurales de las personas que integran la agricultura familiar en el Cordón Hortiflorícola de la zona sur de AMBA. En el siguiente cuadro se pueden apreciar porcentualmente cuáles fueron las principales temáticas consultadas a lo largo del año 2020. En el mismo se refleja como a los temas de consulta estructurales (contratos de acceso a la tierra, trabajo agrario, cuestiones de género y migratorias) se suman algunos específicos a raíz de la pandemia de Covid-19 (intervenciones por Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio e Ingreso Familiar de Emergencia).



Además de conformarse como un espacio de extensión, quienes integramos al Centro Jurídico también lo consideramos una instancia de enseñanza y aprendizaje del derecho en donde el gran desafío es generar un espacio crítico y transformador de quienes participan en él (docentes, estudiantes, productores y productoras). La Universidad está atravesada por demandas sociales de manera permanente y quienes integran el cuerpo docente se ven cotidianamente ante la necesidad de responder a ellas y atenderlas. Por ello, este espacio pretende presentar una propuesta educativa que aborda la relación entre universidad y sociedad, la enseñanza como compromiso colectivo y como práctica efectiva con los sectores que se ven más perjudicados por la desigualdad que atraviesan.

Los integrantes del Centro Jurídico a su vez son docentes que se desempeñan en la Cátedra III de Derecho Agrario de la FCJyS de la UNLP, y además participan de diversos proyectos de investigación generados en el ámbito universitario como así también en la cartera de proyectos de INTA. Se señala esta situación porque consideramos que la triada investigación, extensión y docencia, proclamado por la Reforma Universitaria es necesaria llevarla a la práctica y hacerla conocer a los y las estudiantes para que estén conscientes de sus opciones y puedan transitar la carrera de abogacía de una manera integral.

En este punto destacamos que entendemos la extensión como la consecuencia de la Reforma Universitaria de 1918 y la característica de las universidades latinoamericanas; ahora bien se introduce en este plan la obligatoriedad de la extensión. Coincidimos con Arocena y

colaboradores (2017) en que la búsqueda de legitimar a la extensión a través de la curricularización puede derivar en la adaptación de esta práctica a los formatos académicos preexistentes, y ampliar notablemente la práctica extensionista. Esto podría aportar a mejorar la articulación de la extensión con la investigación y la enseñanza, y a la vez a darle la entidad que debería tener en la estructura de una institución como nuestra Universidad que la entiende como un pilar fundamental. En este sentido consideramos que no se puede pensar esta curricularización sin priorizar cuestiones como mayor presupuesto destinado a los proyectos extensionistas que hoy trabajan con muy pocos fondos (y en algunos casos sin ellos). Además del desafío de la extensión de no perder el potencial de interpelación sobre las prácticas universitarias.

Es decir que pensamos que debemos legitimar la extensión al nivel de la docencia y la investigación y promover la articulación de las mismas, reforzando su interrelación e interdependencia como condición ineludible.

Continuando con la exposición, contamos que desde el año 2017 el Centro de Atención Jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar cuenta, además, con un proyecto de extensión, que amplía su margen de trabajo interdisciplinario hacia otras facultades de la Universidad como Ciencias Veterinarias, Trabajo Social, Bellas Artes, Humanidades y Ciencias de la Educación, entre otras y organismos estatales vinculados al trabajo específico de nuestra materia.

Entendemos que este espacio colabora con la formación de operadores jurídicos para que estén capacitados y sepan afrontar las problemáticas jurídicas de manera adecuada, por lo que consideramos que resulta necesario complementar la formación académica de les profesionales con sensibilización y capacitación en género de manera que se logren mejorar los roles de profesores, investigadores y/o extensionistas para dar respuesta a la diversidad de actores sociales y problemáticas.

El hecho de abarcar la educación desde una perspectiva problematizadora permite incorporar a los y las estudiantes a la realidad y acercarse al derecho desde una perspectiva crítica. En

palabras de Freire: "cuanto más se problematizan los educandos, como seres en el mundo y con el mundo, se sentirán mayormente desafiados" (Freire, 2005).

#### 2. Desarrollo

## 2.1. Propuesta de PPS: Taller de Pluralismo Jurídico para la Agricultura Familiar

La propuesta llevada a la institución se tituló "Taller de Pluralismo Jurídico para la Agricultura Familiar". En el esquema planteado por el bloque de Formación Práctica se presentó como una oferta de acreditación de 32 horas a dictarse en el plazo de un bimestre.

En su formulación original esta PPS se planteó como la posibilidad de abrir el espacio de trabajo del Centro de Atención Jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar para que estudiantes de abogacía pudieran participar del mismo semanalmente los días lunes de 14hs a 18hs. A lo largo de los sucesivos encuentros se esperaba que los y las estudiantes tomen contacto directo con las necesidades sentidas que las personas que integran la agricultura familiar y habitan el Cordón Hortiflorícola de la zona Sur del AMBA traen semanalmente al espacio de trabajo. A partir de los casos que se plantearan cada estudiante, acompañado por un integrante del equipo docente, podría profundizar en las competencias propias del trabajo jurídico con un actor particular (la agricultura familiar) y un territorio específico (el Cordón Hortiflorícola de la zona Sur del AMBA).

Como consecuencia de las medidas sanitarias preventivas dictadas a raíz de la pandemia de Covid-19 por el Poder Ejecutivo Nacional la propuesta fue adaptada a la modalidad virtual. Se mantuvo el esquema de encuentros semanales pero a falta de las consultas, que dejaron de ser presenciales y se transmitieron por otros medios como llamadas telefónicas y a través del WhatsApp, el equipo docente diseñó encuentros estructurados a partir de las principales temáticas que son motivo de consulta en el Centro Jurídico.

A lo largo del año 2020 el Taller de Pluralismo Jurídico para la Agricultura Familiar se llevó adelante en dos ediciones. En la primera la estructura de los encuentros fue la siguiente:

- 1) Primer encuentro: presentación de la PPS. Expectativas y objetivos. Introducción al pluralismo jurídico y la agricultura familiar.
- Segundo encuentro: la agricultura familiar del cordón hortiflorícola de la zona sur del AMBA y sus problemáticas específicas.
- 3) Tercer encuentro: problemáticas relacionadas con el trabajo agrario desde la perspectiva de los casos concretos.
- 4) Cuarto encuentro: problemáticas relacionadas con los contratos agrarios desde la perspectiva de los casos concretos.
- 5) Quinto encuentro: problemáticas relacionadas con la violencia intrafamiliar y la violencia de género desde la perspectiva de los casos concretos.
- 6) Sexto encuentro: problemáticas relacionadas con el acceso a la tierra desde la perspectiva de la política pública.
- 7) Séptimo encuentro: problemáticas relacionadas con la comercialización desde la perspectiva de la política pública.
- 8) Octavo encuentro: presentación de un trabajo final y cierre del taller.

En la segunda edición los encuentros se organizaron de la siguiente manera:

- Primer encuentro: presentación de la PPS. Expectativas y objetivos. Introducción al pluralismo jurídico, la agricultura familiar del cordón hortiflorícola de la zona sur del AMBA y sus problemáticas específicas
- 2) Segundo encuentro: problemáticas relacionadas con los contratos agrarios desde la perspectiva de los casos concretos y la política pública.
- 3) Tercer encuentro: problemáticas relacionadas con el trabajo agrario desde la perspectiva de los casos concretos y la política pública.
- 4) Cuarto encuentro: problemáticas relacionadas con la comercialización desde la perspectiva de la política pública.
- 5) Quinto encuentro: presentación de un trabajo final y cierre del taller.

En los primeros encuentros se planeó dar una introducción al pluralismo jurídico, a la agricultura familiar y específicamente a la que habita el territorio comprendido en el cordón

hortiflorícola de la zona sur del AMBA (además de explicitar los acuerdos pedagógicos del taller) en sintonía con la concepción acerca de la relación entre la teoría y la práctica del equipo docente: para desarrollar una práctica transformadora se necesita de una buena base teórica que permita comprender las especificidades del actor y del territorio con el que se busca trabajar. En otras palabras: conocer el anclaje territorial de las cuestiones jurídicas (un aspecto teórico) redunda en una práctica eficiente (que se manifiesta en las competencias específicas que se incorporan con la propia práctica).

Sobre la agricultura familiar a lo largo del taller se trabaja utilizando múltiples definiciones que permitan comprender la complejidad de su integración y características. Principalmente proponemos trabajar con la idea que se expresa en el Documento Base "Propuesta para un plan estratégico de desarrollo rural" del Foro Nacional de la Agricultura Familiar al definir la agricultura familiar como "una 'forma de vida' y 'una cuestión cultural', que tiene como principal objetivo la 'reproducción social de la familia en condiciones dignas', donde la gestión de la unidad productiva y las inversiones en ella realizadas es hecha por individuos que mantienen entre sí lazos de familia, la mayor parte del trabajo es aportada por los miembros de la familia, la propiedad de los medios de producción (aunque no siempre de la tierra) pertenece a la familia, y es en su interior que se realiza la transmisión de valores, prácticas y experiencias" (FONAF, 2006).

El taller se plantea desde el pluralismo jurídico entendiéndolo como "la coexistencia de espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados" (De Sousa Santos, 1987). La importancia de implementar esta perspectiva para trabajar con la agricultura familiar reside en que permite comprender la complejidad de este actor en su relación con el ordenamiento jurídico. En los Estados-Nación modernos el derecho estatal muchas veces está pensado para otros actores del quehacer agrario (empresariales). Por eso ese pluralismo hay que construirlo y tiene un potencial enorme y es muy importante para poder dar soluciones a los problemas de la agricultura familiar, que necesita de marcos normativos comprensivos de sus características, y también necesita interpretaciones jurídicas que permitan construir soluciones que sean acordes a su estilo de vida.

Los siguientes encuentros fueron pensados alrededor de las problemáticas más sentidas por las personas que acuden al Centro Jurídico: las relativas a la organización de la fuerza de trabajo, a las relaciones jurídicas contractuales que surgen en el desarrollo de la producción de alimentos, a los conflictos intrafamiliares que derivan en casos de violencia intrafamiliar y violencia de género, y al acceso a la tierra y a canales alternativos de comercialización como problemáticas estructurales.

Estos temas fueron elegidos con un criterio pedagógico (pensando en que las problemáticas van más allá de los temas que se proponen en los encuentros y que se debió priorizar cuáles incluir en el esquema del taller) que fue guiado por la primacía de la realidad: se hizo hincapié en las necesidades más sentidas por los y las productoras que integran la agricultura familiar del territorio que trabaja con el Centro Jurídico. Sobre los mismos se planteó una doble mirada: una que abordara los casos concretos, es decir, las especificidades de las problemáticas surgidas a partir del trabajo originado en una consulta concreta; y otra que pusiera a la problemática bajo la órbita de las cuestiones que deben resolverse de forma colectiva mediante la implementación de políticas públicas. Este doble abordaje también se corresponde con un posicionamiento del equipo docente referido al rol que deben desempeñar los y las abogadas en el ejercicio de su profesión. Por un lado el operador y la operadora jurídica debe graduarse con las competencias necesarias para abordar los casos individuales y dar una respuesta jurídica al planteo de cada consulta concreta; y por otro debe contar también con las herramientas necesarias para desempeñarse en el ámbito estatal de formulación, sanción e implementación de políticas públicas referidas a problemáticas que son objeto de regulación jurídica.

Finalmente cada edición terminó con una actividad referida al análisis crítico de un instrumento jurídico vinculado con las problemáticas vistas a lo largo del taller. La reflexión y propuesta superadora del mismo fue expuesta por los y las estudiantes en el último encuentro, dándose así la posibilidad de que sean protagonistas del último encuentro poniendo en juego su parecer al respecto del proceso de enseñanza-aprendizaje llevado a cabo durante la duración de las PPS.

### 2.2. Estrategias de encuentro con motivo de la pandemia

Para el equipo docente del taller uno de los aspectos más valiosos de la propuesta es la posibilidad de que los y las estudiantes tengan contacto directo con las personas que integran la agricultura familiar. De esta manera pueden conocer de primera mano cuáles son las problemáticas que motivan sus consultas y tener la experiencia de escucharlas expresadas en un lenguaje llano, distinto al lenguaje técnico-jurídico que circula en las aulas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sabiendo que nada reemplaza el encuentro presencial se buscaron en las dos ediciones del taller estrategias que permitan acercar a los y las estudiantes al contacto directo con los productores y las productoras. En la primera edición se les invitó a participar de un curso virtual organizado por el Centro Jurídico para agricultores y agricultoras familiares titulado "Agricultura familiar en tiempo de Covid. Conozcamos nuestros derechos". El mismo fue realizado por WhatsApp en un grupo donde, previo contacto con el Centro Jurídico, se incorporaba a los y las destinatarias. Allí integrantes del Centro Jurídico, mediante mensajes en formato audio e imágenes explicativas, compartían aspectos relacionados con normativa de emergencia dictada a raíz de la pandemia (sobre arrendamientos, suspensión de desalojos, créditos hipotecarios, de automóviles y planes de ahorro, Ingreso Familiar de Emergencia y permisos de circulación). Los y las participantes compartían sus dudas y problemáticas individuales en ese mismo grupo, generando un espacio de encuentro en el que se construían distintas soluciones para cada caso específico. El haber participado de este curso virtual fue recuperado por los y las estudiantes de la primera edición como una instancia valiosa para conocer cómo se expresan las distintas problemáticas por los y las integrantes de la agricultura familiar.

En la segunda edición de las PPS se invitó a una productora a que relate su experiencia y exprese cuáles son las principales problemáticas que la atraviesan como integrante de este sector y como mujer. En esta exposición los y las estudiantes tuvieron la oportunidad de realizarle preguntas concretas que permitieron lograr una mayor comprensión de la complejidad de las problemáticas de la agricultura familiar. En este ida y vuelta se logró

construir una mirada más profunda sobre la agricultura familiar y al mismo tiempo la productora pudo expresar explícitamente cuáles son para ella las competencias que deben tener los y las abogadas, lo que resultó en una experiencia formativa más rica para todos y todas las involucradas.

#### 3. Reflexiones finales

El equipo docente que llevó adelante la propuesta de PPS desarrollada en esta presentación comparte la idea de que la formación teórica y la formación práctica en la carrera de abogacía no debe presentarse como escindida, sino que debe abordarse como una unidad compleja en todos los tramos que conforman la formación de grado. En este sentido consideramos que nuestra experiencia en la universidad está signada por una enseñanza fuertemente teórica, en donde se privilegia la transmisión dogmática del derecho, a través de clases magistrales que dificultan la participación y el rol activo de los y las estudiantes. Esta forma de enseñanza y de aprendizaje genera ciertas dificultades a la hora de aportar herramientas para la defensa de casos concretos de violación a los derechos de sectores sociales vulnerables. Nos encontramos con una cierta distancia entre la teoría y la respuesta o la pronta resolución a un problema jurídico. Consideramos que ello está íntimamente relacionado a que nuestra enseñanza ignora -intencionalmente- la relación que existe entre el derecho y su contexto social, político y económico de creación y aplicación.

Articular la propuesta de PPS alrededor de la experiencia de trabajo del Centro de Atención Jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar permitió ordenar la complejidad de la realidad para que en cada encuentro los y las estudiantes puedan experimentar la forma de trabajo del espacio abocado a una cuestión específica.

Las limitaciones surgidas a raíz de las medidas sanitarias dictadas por la pandemia de Covid-19 impusieron llevar a la virtualidad un esquema de trabajo que había sido pensado para la presencialidad y el contacto directo con las consultas de los y las productoras de la agricultura familiar. Si bien celebramos el resultado de estas experiencias virtuales seguimos sosteniendo que el espacio de trabajo (y de intercambio y construcción de saberes) más adecuado para esta formación es el presencial, en el ámbito de consultas en el que se desarrolla el Centro de Atención Jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar. Por esta vocación de encuentro es que esperamos poder retomar esa modalidad en el ciclo académico del año 2021.

### Bibliografía

- Arocena, R., Tommasino, H., Rodríguez, N., Sutz, J., Alvarez Pedrosian, E., & Romano, A. (2017). Cuadernos de Extensión N° 1: Integralidad: tensiones y perspectivas.
- De Sousa Santos, Boaventura "Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law", Journal of Law and Society, vol. 14, núm. 3, 1987, pp. 279-302.
- FONAF (2006). Propuestas para un plan Estratégico de desarrollo rural. Buenos Aires: SAGPyA.
- Freire, P. (2005). Pedagogía del oprimido. Buenos Aires: Siglo XXI.

# CENTRO DE ATENCIÓN JURÍDICA GRATUITA PARA LA AGRICULTURA FAMILIAR: UN ESPACIO DE EXTENSIÓN Y VINCULACIÓN CON LOS TERRITORIOS

Sofía Hang Laura Camera Renata Méndez Isla

#### 1. Introducción

El Centro de Atención Jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar se creó en el año 2011 por parte de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, la Facultad de Ciencias Agrarias y Forestales y el Instituto de Investigación y Desarrollo Tecnológico para la Agricultura Familiar (INTA-IPAF Región Pampeana). El Centro Jurídico tiene como antecedente el trabajo de campo realizado por abogadxs¹ junto a un grupo de trabajo interdisciplinario en el marco de diversos proyectos de extensión e investigación.

La posibilidad de haber construido un camino anterior a su creación formal, permitió entablar relaciones directas con productores y productoras familiares y trabajadores y trabajadoras de la zona, conocer sus actividades, problemáticas y necesidades. En torno a ello, surgieron consultas y demandas reiteradas con un denominador común: la necesidad de proteger derechos de sectores vulnerables. Es así que como equipo de trabajo nos propusimos generar

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> En el trabajo se utilizan diferentes expresiones como la "x", la "e" u "o/a" para incluir a las mujeres y otras identidades en el relato, ya que entendemos que la generalización del masculino es una clara muestra del lenguaje sexista. Esto sucede cuando se hace una asignación de valores, capacidades y roles exclusivamente en función del sexo/género. Al nombrar, damos existencia y, por lo tanto, quien nombra, ejerce poder. Esto implica la constante desvalorización e invisibilización de las mujeres, lesbianas, gays, bisexuales, travestis, trans, no binaries y otras identidades disidentes. Siendo el lenguaje una herramienta discursivo-política por medio de la cual aprendemos y aprehendemos la realidad, reviste especial importancia en nuestra concepción del mundo, y resulta importante que refleje la existencia autónoma de todas las personas, en la búsqueda de que todas podamos apropiarnos de nuestro destino y ser protagonistas del mismo. La disputa lingüística es parte no menor de la batalla contra la opresión patriarcal (Colectivo de Abogadxs Populares La Ciega, 2015).

una herramienta tendiente a colaborar en la garantía de los derechos fundamentales de este sector social.

Otro eje central del espacio es la concurrencia de estudiantes de la carrera de abogacía quienes participan activamente en la atención semanal de la comunidad implicada y en los talleres y jornadas que se realizan en el territorio, adquiriendo así una mirada crítica sobre los acontecimientos sociales.

Los objetivos del Centro Jurídico se vinculan con el fortalecimiento de una propuesta integral y sustentable para la agricultura familiar de la región, aportando trabajo colaborativo en el asesoramiento y la asistencia técnica-legal y facilitando el acceso a la justicia de estos actores. Por otro lado, se busca abarcar las dificultades que deben afrontar les profesionales recién recibidxs como consecuencia de la ausencia de prácticas efectivas en el ejercicio profesional durante la formación académica, generando la posibilidad de adquirir experiencia bajo la supervisión de abogadxs referentes. "Por ello este espacio pretende presentar una propuesta educativa que aborde la relación entre universidad y sociedad, la enseñanza como compromiso colectivo y como práctica efectiva con los sectores más desprotegidos, sobre la base de considerar al Centro Jurídico como una instancia de enseñanza y aprendizaje del derecho en donde se busca generar un espacio crítico y transformador de todos los participantes (docentes, estudiantes, egresadxs y productores). Por ello, la estructura del Centro Jurídico está pensada como una instancia de formación en la práctica jurídica para estudiantes avanzados de la carrera y jóvenes recién recibidxs, pero con el quehacer diario constituye un espacio formativo de todxs lxs que integramos el espacio, incluidos lxs productores familiares y extensionistas que trabajan en el sector" (Camera, et. al., 2016:2) Entendemos que la Universidad se encuentra atravesada por demandas sociales de manera permanente por lo que los docentes y extensionistas tenemos la obligación y responsabilidad de responder a ellas y atenderlas. Por ello, este espacio brinda una propuesta educativa que aborda la relación entre universidad y sociedad, la enseñanza como compromiso colectivo y como práctica efectiva, trabajando con los sectores más vulnerables de la sociedad, desarrollando actividades de extensión que se posicionan a partir de esas demandas sociales y problematizan el aporte institucional como un saber en disponibilidad para la interpelación social, abierto al diálogo intercultural.

# 2. Trabajo interdisciplinario e interinstitucional

La complejidad de las demandas que llegan al espacio requiere un abordaje integral y la intervención de otras disciplinas que aporten sus saberes, brindando herramientas claras en la resolución de las problemáticas. Las estrategias dirigidas a la resolución de los casos, no son sólo jurídicas y son definidas desde una perspectiva que excede la mera cuestión individual, para pensar en estrategias de tipo colectivas. Por ello consideramos imprescindible el contacto con instituciones que actúen como intermediarias ya que su situación y/o función, las posicionan en un lugar capaz de tener injerencia en la solución del tema. Además del trabajo con otras casas de estudio de la UNLP, como Facultad de Ciencias Agrarias y Forestales, Facultad de Ciencias Veterinarias, Facultad de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Exactas.

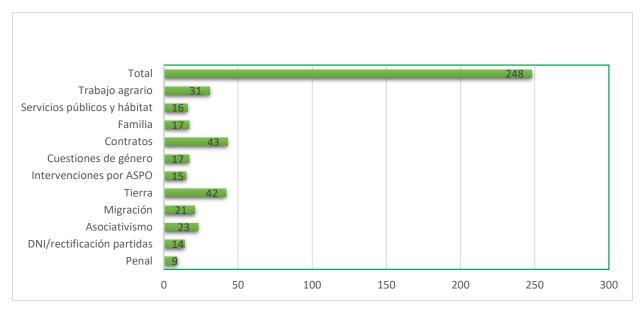
#### 2.1 Casos de consultas

El Centro de Atención Jurídica Gratuita atiende consultas particulares semanalmente y además desarrolla talleres en territorio para abarcar problemáticas colectivas, generalmente en conjunto con las organizaciones del sector. Esta dinámica entre lo individual y lo colectivo permite compartir conocimientos y saberes con productores y productoras de la zona.

Este año, como consecuencia de la pandemia, la atención de consultas se realizó por teléfono, WhatsApp y correo electrónico. También desarrollamos talleres virtuales por diferentes plataformas y cursos de derechos por WhatsApp.

Las consultas que recibimos son muy diversas: temas de tierra, contratos (arrendamiento, mediería, aparcería, accidentales, etc.), asociativismo (creación y normalización de asociaciones civiles, cooperativas, etc.), cuestiones migratorias y de DNI, violencias de género, cuestiones de familia, hábitat y acceso a servicios públicos.

A continuación, mostramos un gráfico con la cantidad de casos (248) y temáticas trabajadas entre los años 2016 y 2020.



Cuadro de elaboración propia según los registros de casos del Centro de Atención Jurídica Gratuita

# 2.2 Trabajo con otras instituciones

A lo largo de estos años, los diversos abordajes de las problemáticas nos han llevado a vincularnos con distintos organismos e instituciones; ya sea en el ámbito nacional como así también provincial y municipal.

En el plano nacional nos vinculamos con el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, específicamente con la Secretaria de Agricultura Familiar de la Nación, participando de diferentes mesas de trabajo para el desarrollo de la Agricultura Familiar a partir de la ley Nacional 27.118<sup>2</sup>. Del mismo modo, existe vinculación con diversas Agencias y Estaciones Experimentales del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA), lo que nos permite brindar un asesoramiento integral y dar resolución a las demandas.

Lxs destinatarixs que se acercan al Centro Jurídico son agricultores/as familiares de la zona sur del AMBA, en mayor medida arrendatarixs, medierxs, aparcerxs y en menor medida propietarixs de la tierra que trabajan. La gran mayoría proviene de la zona norte de Argentina

\_

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ley de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar para la Construcción de una Nueva Ruralidad en la Argentina. Sancionada el 17 de diciembre de 2014 y promulgada de hecho el 20 de enero de 2015.

y de países limítrofes, principalmente del Estado Plurinacional de Bolivia, por lo que la necesidad de vincularnos institucionalmente con organismos como el Ministerio del Interior y Transporte de la Nación, específicamente la Dirección Nacional de Migraciones; distintas delegaciones regionales, Juzgados Federales, Consulado de Bolivia en Argentina, Oficinas Centrales Consulado en Buenos Aires, Viceconsulado de La Plata, debido a las problemáticas que se presentan, hacen necesario este abordaje interinstitucional.

El trabajo realizado desde el Centro de Atención Jurídica Gratuita desde el año 2011, vinculado a cuestiones de arrendamientos, con los productores, productoras y organizaciones de la agricultura familiar permitió que desde fines del año 2017, en conjunto con la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, se constituyera una mesa de trabajo como respuesta al pedido de las organizaciones, con diferentes actores, instituciones y organismos que tienen injerencia en esta problemática, para dar respuestas a la cantidad de conflictos que se originan como consecuencia de la no aplicación de la ley de arrendamientos rurales, en perjuicio de la parte más débil de la relación contractual (arrendatario/a).

Esta mesa publicó, en julio de 2018, en conjunto un documento diagnóstico de la situación del sector y la problemática de los arrendamientos. Participaron: la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y todas las instituciones, organismos y organizaciones que parte de la mesa de trabajo: las organizaciones de la agricultura familiar de la zona, la Secretaría de Producción de la Municipalidad de La Plata, la Cámara Inmobiliaria de la Provincia de Buenos Aires, el Colegio de Martilleros de la Provincia de Buenos Aires, el anterior Ministerio de Agroindustria de la Provincia de Buenos Aires, la Secretaría de Agricultura Familiar de la Nación y la agencia local de INTA, entre otras,

Producto de este espacio, también se elaboró un material informativo sobre contratos de arrendamientos, explicativo de la legislación de arrendamientos y las principales cuestiones a tener en cuenta al momento de firmar un contrato. Se realizó la difusión de estos materiales entre los productores y productoras, abordando el conocimiento de los derechos y obligaciones de los arrendadores y los arrendatarios mediante talleres en el territorio.

#### 2.3 Visitas al Centro de Atención Jurídica y a las quintas con estudiantes

En el marco de la cursada de la materia Derecho Agrario de las cátedras 2 y 3 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, les docentes invitamos a les estudiantes a conocer y participar del Centro de Atención Jurídica Gratuita, para de este modo tener la experiencia de observar problemáticas reales del sector y la posibilidad de idear soluciones jurídicas frente a las mismas. Esta actividad se enmarca en una propuesta de integración de los contenidos teóricos abordados en la materia y la práctica profesional. "Entendemos que nuestra experiencia en la universidad está signada por una enseñanza fuertemente teórica, en donde se privilegia la transmisión dogmática del derecho a través de clases magistrales que dificultan la participación y el rol activo de los estudiantes. Esta forma de enseñanza y de aprendizaje genera ciertas dificultades a la hora de aportar herramientas para la defensa de casos concretos de violación a los derechos de sectores sociales vulnerables. Consideramos que ello está íntimamente relacionado a que nuestra enseñanza ignora, intencionalmente, la relación que existe entre el derecho y su contexto social, político y económico de creación y aplicación" (Camera, et.al, 2016:2).

La experiencia se complementa con visitas a quintas de productores y productoras en las que les estudiantes escuchan relatos y experiencias personales y observan el funcionamiento productivo de los predios. De este modo se produce un encuentro de saberes, nuevos pensamientos, prácticas y sensibilidades que forman a les estudiantes y profesionales desde lo personal y profesional con mirada crítica.

Ante el desafío de llevar la realidad de la agricultura familiar al ámbito académico de la formación de grado de estudiantes de abogacía, el Centro de Atención Jurídica Gratuita es un espacio idóneo para problematizar sobre las dificultades que históricamente atraviesan al sector y generar un ejercicio sumamente interesante de reflexión, comprensión y búsqueda de soluciones para las problemáticas de la agricultura familiar.

Siguiendo a Gonzalez, (2001:9) "si la Educación reconoce dentro de su misión la formación de personas problematizadoras, capaces de rastrear, formular y solucionar problemas reales, es entonces que la educación comienza realmente a formar ciudadanos verdaderamente competentes para la vida, desde los primeros años de la escuela hasta los niveles postgraduados".

# 2.4 Prácticas Preprofesionales Supervisadas

En diciembre del año 2013 se aprobó la propuesta de "plan de estudio" para la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (Res. 336 del HCD), que luego fue aprobado por el Consejo Superior de la Universidad y que en la actualidad ya se está implementando.

El plan de estudios "se propone con una lógica de articulación en los diferentes bloques que superan una estructura estanca de un currículum pensado solo en términos disciplinares. Los diferentes bloques permiten una visión común al interior de cada uno de estos espacios. Asimismo, permiten pensar la integración de los propósitos formativos de cada bloque superando una lógica de fragmentación al concebir el recorrido por los mismos como un itinerario que va incorporando distintas vertientes para la formación" (texto del plan de estudios).

En el texto del plan de estudios se afirma que: "La propuesta de aumentar la cantidad y calidad de la formación práctica proviene de una realidad insoslayable en los desarrollos actuales de la Educación Superior acerca de la importancia en el proceso formativo de incluir la experiencia directa como instancia de aprendizaje privilegiada en donde la actividad reúne los diversos saberes (saber, saber hacer y saber ser). Se valora esencialmente el conocimiento que surge de la misma acción y del entrecruzamiento de relaciones personales, reglas y cultura institucional en que se desarrolla la práctica". Quedando así plasmado el desafío de incluir prácticas en toda la carrera al transformarse en uno de los pilares de la reforma. Las Prácticas Profesionales Supervisadas (PPS) son una de las modalidades que por las que les estudiantes pueden optar para realizar las prácticas de la carrera.

En este contexto, la inserción en las situaciones concretas de enseñanza, para quienes llevamos adelante tareas docentes, genera una serie de interrogantes, preocupaciones, ansiedades, como también expectativas y nuevos desafíos.

Glenda Morandi (1997:1) afirma que: "El problema de la relación teoría-práctica en la formación de profesionales se ha convertido en un lugar común en casi todos los diagnósticos acerca de las instituciones de educación superior. Ese problema, sin embargo, no es conceptualizado siempre de la misma manera, sino que se articula en torno a suposiciones y valoraciones diferentes sobre los aspectos que darían cuenta del mismo".

Entonces ante la certeza de la importancia de incluir la práctica en la enseñanza estamos obligados a preguntarnos: ¿cómo relacionar la teoría con la práctica en este proceso educativo?, lo que genera algunas reflexiones.

En primer lugar, entendemos que la teoría no dirige la práctica, sino que en cada contexto se produce el conocimiento de cómo se enseña. Hay que tener en cuenta, las particularidades de las dimensiones específicas de los contextos de enseñanza.

Edelstein y Coria (1995) plantean el "hacer" de las prácticas como una síntesis de diferentes dimensiones: teórica, ideológica, ética, etc., que configuran distintos modos de articular la teoría y la práctica. Las prácticas de enseñanza se materializan en un conjunto de tareas que hacen les docentes y estudiantes, en un espacio y tiempo en instituciones creadas y sostenidas para tales fines. Lo cual implica múltiples dimensiones.

Díaz Barriga (1991:20) sostiene que "desde sus inicios (la didáctica) aparece marcada con el signo de lo técnico frente a lo teórico. De ahí la importancia de reconocer la necesaria articulación teoría-técnica. Cada una es expresión de la otra. Tal es la necesidad de construir una didáctica en un reclamo de tal articulación".

Este recorrido nos permite pensar la dimensión de la práctica, no solo como ámbito de aplicación de la teoría, o "como ejemplo de la misma", sino como espacio de producción del conocimiento. Posibilita entender el espacio de la Docencia Universitaria y de la Extensión, no solo como ámbitos de aplicación de los conocimientos surgidos en la Investigación, sino como un espacio específico de producción de conocimientos y de formación de los estudiantes.

En la formación de abogades la práctica es esencial para que los futuros profesionales adquieran las herramientas necesarias para desenvolverse adecuadamente y sentido crítico. La complejidad de la realidad hace necesaria esta formación, en conjunto con los conocimientos teóricos del derecho.

"La formación práctica da lugar a un dominio creciente, tematizado, consciente, reflexivo y autónomo del sujeto que transita dicha experiencia" se sostiene desde el texto del nuevo plan de estudios.

Este escenario sumado al trabajo interdisciplinario permite que los estudiantes que forman parte puedan vincular los conocimientos teóricos aprehendidos en su formación de grado con

saberes de otras disciplinas, pensar estrategias de resolución de conflictos que no impliquen necesariamente su judicialización y repensar de forma crítica la teoría.

En razón de ello, entendemos que el Centro de Atención Jurídica Gratuita resulta idóneo para que les estudiantes puedan cumplir con las horas prácticas exigidas por el nuevo plan de estudios y cursen las prácticas PPS.

Durante este año llevamos adelante dos ediciones de estas PPS con cupo de estudiantes completo, con el "Taller en Pluralismo Jurídico para la Agricultura Familiar". Durante los encuentros se buscó en un primer momento plantear y abordar la resolución de los conflictos individuales que surgen a partir de las relaciones productivas de la agricultura familiar, tanto desde el lado del acompañamiento jurídico como desde la comprensión de la complejidad social, cultural, económica y política; y en un segundo momento se abordaron las problemáticas estructurales desde una perspectiva relacionada con la reflexión, propuesta y aportes de construcción de políticas públicas en temáticas fundamentales para la agricultura familiar.

En referencia a los casos de conflictos individuales se trabajó en torno a la cuestión del trabajo agrario en el sector, los contratos agrarios más utilizados por este actor y violencias de género en el contexto de la actividad agraria. Y en cuanto a la reflexión sobre políticas públicas se abordaron los temas de acceso justo al hábitat (en relación a la tenencia segura de la tierra) y canales de comercialización.

#### 3. A modo de cierre

El Centro de atención es para nosotres una instancia de enseñanza y aprendizaje del derecho en donde el gran desafío es generar un espacio crítico y transformador de todes les participantes.

El espacio de trabajo tiene en cuenta a su vez distintas instancias de discusión y propuestas para la investigación, extensión y docencia universitaria, construyendo la interdisciplina a partir de las distintas miradas que complejizan los problemas y permite abordarlos con mayor integralidad. Asimismo, nos permite reflexionar acerca de la extensión en la UNLP y las maneras de avanzar en la institucionalización y jerarquización de la misma, y de les estudiantes y graduados que quieren intervenir en el trabajo territorial, generando espacios

de conocimiento de los derechos y garantías básicas, asesoramiento, capacitación, asistencia técnica en la resolución de conflictos/problemas, promoviendo espacios interinstitucionales de gestión de instrumentos de políticas diferenciales que involucren a los actores destinatarios a fin de lograr su permanencia en la actividad productiva y el mejoramiento de su calidad de vida.

Se debe legitimar la extensión al nivel de la docencia y la investigación y promover la articulación de las mismas, reforzando su interrelación e interdependencia como condición ineludible.

Claramente es una instancia en la cual les actores que intervenimos desde aquí, logramos un compromiso con la realidad social a través de la generación de una perspectiva teórica y práctica del derecho acorde a las necesidades sociales.

# 4. Bibliografía

- Camera, L.; González, E.; Hang, S.; Murga, C.; Palleres Balboa, R.; Pianzola, A.; Sardella, A. y Vero, L. (2016). "El Centro Jurídico Como Espacio de formación multidireccional y acrobática".

Disponible en:

http://ensenanzaderecho.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/practica/camera-laura-gonzalez edgardo-murga-carolina

- Colectivo de Abogadxs Populares La Ciega (2015). Hecha la ley: Legislaciones Kirchneristas, apuntes críticos para la reflexión.
- Díaz Barriga, A. (1991). *Currículum y evaluación escolar*. REI/IDEAS/Aiqué. Buenos Aires, Argentina.
- Edelstein, G. y Coria, A. (1995). *Imágenes e imaginación. Iniciación a la Docencia*. Kapelusz editora S.A. Bs. As.
- González Valdés, A. (2001) Creatividad y problematización el carácter social y la dimensión afectiva en la competencia problematizadora. CIPS, La Habana.
- Morandi, G. (1997) La relación teoría-práctica en la formación de profesionales: problemas y perspectivas. Ponencia presentada en las 2° Jornadas de Actualización en Odontología. Facultad de Odontología de la UNLP. La Plata, Argentina.

- Plan de estudios reformado. Disponible en <a href="http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/academica/reforma\_plan/plan\_estudios\_abogacia.pdf">http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/academica/reforma\_plan/plan\_estudios\_abogacia.pdf</a>
- Planes de estudio en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: Abogacía-Escribanía. Camino a lo nuevo. (2016). Argentina. Disponible en: <a href="http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/academica/reforma\_plan/planes\_estudio\_abogacia\_escribania.pdf">http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/academica/reforma\_plan/planes\_estudio\_abogacia\_escribania.pdf</a>

# LA INFLUENCIA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL FEMINICIDIO EN MÉXICO<sup>1</sup>

María de Guadalupe Huesca González

En la década de 1970 Diana Russell y Nicole Van de Ven pusieron sobre la mesa del debate internacional el término "femicidio" como parte de las discusiones del Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres. Desde entonces, los organismos internacionales (OI) han discutido, ampliado y moldeado el término, atendiendo a las características propias de las regiones donde ocurre. Los debates y conceptualizaciones de estos organismos han marcado a su vez la agenda de los países que por las presiones internacionales han adoptado el feminicidio en su legislación y agenda pública. Antes de estas elaboraciones se hablaba de "crímenes pasionales"<sup>2</sup>, "pena de muerte por hechicería"<sup>3</sup>, "muerte de la víctima con ocasión de un atentado sexual"<sup>4</sup>, por mencionar algunos. Y no es que estos últimos abordajes hayan desaparecido, sino que ahora contamos con otros andamiajes conceptuales y jurídicos para nombrarlos.

Abordaremos el caso mexicano por dos cuestiones fundamentales que se relacionan entre sí: el hecho de que la primera sentencia internacional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre feminicidio es contra México y que los asesinatos de mujeres (ahora nombrados feminicidios) ocurridos en la ciudad fronteriza de Ciudad Juárez en la década de 1990 (sobre los cuales, por cierto, versa esta sentencia) constituyeron la base para que el feminicidio fuese colocado en la escena internacional.

En México, el delito de feminicidio fue tipificado en el Código Penal Federal en 2012 (y en las entidades federativas, la tipificación no se completó hasta 2017). Para entonces, diversos OI habían trabajado en torno a una definición para este fenómeno. El objetivo de este trabajo es analizar cuál ha sido la influencia de los instrumentos

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La presente es una reescritura que retoma en parte lo abordado en los capítulos 1 y 2 de mi Tesis de Licenciatura con el mismo título presentada en febrero de 2020 en el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Un caso paradigmático fue el de la muerte de la modelo uruguaya Alizia Muñiz a manos de su esposo, Carlos Monzón en 1988

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> En Tanzania, se ha reportado la persecusión y muerte de decenas de mujeres acusadas de hechicería en las últimas décadas.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Artículo 372 bis del Código Penal español.

internacionales para entender y conceptualizar el feminicidio en un contexto de normalización de las violencias contra las mujeres en México.

Los organismos internacionales han sido clave para conceptualizar y entender las dimensiones del feminicidio en México dado que permitieron aproximarse a un fenómeno que hasta la década de 2000 carecía de definiciones desde conceptos ampliamente elaborados en el ámbito internacional como el genocidio, los crímenes de guerra, lesa humanidad y el uso de la tortura. En este proceso, los feminicidios ocurridos en Ciudad Juárez, región mexicana fronteriza con Estados Unidos en la década de 1990 fueron de particular interés para el moldeado de estos abordajes. En aquel entonces, dada la falta de herramientas analíticas para definir el feminicidio con claridad en el momento en que éste se convirtió en un tema de preocupación internacional, algunas teóricas feministas propusieron aproximarse a éste desde el marco legal de otros fenómenos como el genocidio, los crímenes de guerra y lesa humanidad, así como el uso de la tortura a partir de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTOTPCID)*, en vigor desde 1987.

Por otro lado, influyeron en el desarrollo de un marco normativo que en México tomó como punto de partida el camino recorrido desde la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW)<sup>5</sup> de la década de 1980, la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (Belem do Pará) de 1994<sup>6</sup> y la *Declaración y plataforma de acción de Beijing* (Beijing) de 1995.

Se puede trazar entonces una línea histórica de las respuestas internacionales frente a las violencias contra las mujeres, donde el feminicidio es la forma más extrema y de preocupación más reciente debido a su acelerado aumento y la diversificación de las formas en la que ocurre.

Abordaremos primero las contribuciones de los OI para la conceptualización del feminicidio y posteriormente nos concentraremos en las aportaciones del fenómeno ocurrido en Ciudad Juárez para el abordaje del feminicidio desde el ámbito internacional.

<sup>6</sup> Firmada y ratificada por México el 4 de junio de 1995 y el 12 de noviembre de 1998, respectivamente.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Firmada y ratificada por México el 17 de julio de 1980 y el 23 de marzo de 1981, respectivamente.

#### Definiciones desde el ámbito internacional

En 1975, Andrea Dworkin nos acercó al concepto de feminicidio a través del denominado "gynocidio": "la devastación, violación y/o asesinato sistemático de las mujeres por los hombres. El gynocidio es la palabra que designa la implacable violencia perpetrada por el tipo de género masculino contra el tipo de género femenino." (Dworkin, 1976, pág. 16)

El término "femicidio" se atribuye a Diana Russell y fue difundido por primera vez en el marco del Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres de Bruselas en 1976. Al respecto, en *Femicide. The Politics of Woman Killing*, Russell y Radford (1992) lo conceptualizan como "el asesinato misógino de las mujeres por los hombres" y forma parte de un continuum<sup>7</sup> de violencia sexual, donde ésta se entiende como "el deseo del hombre por poder, dominio y control" cuyo origen es el deseo o necesidad del género masculino de preservar su poderío sobre el femenino; una forma de control fundamental para el "mantenimiento del patriarcado". (Russell & Radford, 1992, págs. 3-5)

Podemos rastrear los primeros antecedentes para llegar a la conceptualización del feminicidio que hoy conocemos en el surgimiento de los instrumentos internacionales dedicados a los problemas de género. Identificamos así un primer momento con la CEDAW (entrada en vigor en 1981), cuyo principal interés era hacer visible la discriminación en contra de las mujeres.

A la CEDAW se suma la *Recomendación 19* de su Comité (de 1992) donde se comienza a trazar el puente entre la discriminación y la violencia contra las mujeres. Al respecto podemos destacar que se hacen dos constataciones de gran importancia:

1) Que la violencia es una forma de discriminación contra la mujer, por lo que ejercer violencia en su contra es un acto que contraviene lo establecido en la CEDAW aunque ésta no mencione de manera explícita el término "violencia".<sup>8</sup>

el abuso físico de mujeres y ninos.

8 Al respecto menciona: "En el artículo 1 de la Convención se define la discriminación contra la mujer. En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> En este continuum de "violencia sexual" se encuentran también la violación, el acoso sexual, la pornografía y el abuso físico de mujeres y niños.

definición de la discriminación se 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. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no."

2) Que el Estado es responsable de no adoptar las medidas necesarias para impedir la violación de derechos (de las mujeres) y de no investigar y castigar los actos de violencia (contra las mujeres) y proporcionar la indemnización adecuada.<sup>9</sup>

Este andamiaje conceptual desembocaría naturalmente en 1994 en Belém do Pará, instrumento interamericano cuyo énfasis ya se encuentra puesto en la violencia que sufren las mujeres y que no obstante, no incluye todavía el término "feminicidio".

Mientras se signaba Belém do Pará, en México estaban ocurriendo los feminicidios de Ciudad Juárez<sup>10</sup>. La petición inicial de demanda contra México por este caso ante la Corte IDH fue presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en marzo de 2002. La sentencia *González y otras vs. México* (conocida como *Campo Algodonero*) es de noviembre de 2009 y cinco años después, la Corte IDH publicaría la segunda sentencia relacionada con el feminicidio en el caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* (Veliz Franco).

La conceptualización del feminicidio ha requerido de un largo proceso en los OI, dado que al igual que todo aquello que involucra los derechos de las mujeres, tuvo que esperar la existencia previa de un andamiaje normativo y conceptual que proporcionó primero la CEDAW (de 1981) y su *Recomendación 19* (de 1992) y luego, Belém do Pará en 1994.

Con estos antecedentes, fue la presentación del caso de Ciudad Juárez ante la CIDH en 2002 la que nuevamente puso en marcha a los OI hasta llegar a la primera definición formal del feminicidio en el ámbito internacional en 2007. Analizaremos ahora lo que ocurrió en los OI desde esta primera definición.

El 11 de octubre de 2007, el Parlamento Europeo dicta su *Resolución sobre los* asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central y el papel de la Unión Europea en la lucha contra este fenómeno (Resolución PE)<sup>11</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> La declaración dice textualmente: "No obstante, cabe subrayar que, de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre (véanse los incisos e) y f) del artículo 2 y el artículo 5). Por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes de comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización."

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> En general se considera el año 1993 como fecha de inicio de los feminicidios en Ciudad Juárez.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> El Parlamento toma como antecedente las recomendaciones del *Informe del 12 de mayo de 2005 de la Comisión de Equidad y Género del Consejo de Europa sobre las desapariciones y asesinatos de un gran número de mujeres y niñas en México*; las recomendaciones emitidas en el informe *Integración de los derechos humanos* 

En dicho documento aparece ya el término concreto "feminicidio":

[E]l término 'feminicidio' emana de la definición de la violencia contra la mujer de la *Convención de Belém do Pará* en cuyo artículo 1 se establece que "debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"; considerando que el castigo y erradicación del feminicidio es una obligación y debe ser una prioridad para cualquier Estado de Derecho. (Parlamento Europeo, 2007)

Podemos observar que dicha definición toma en cuenta que el feminicidio: 1) forma parte del conjunto de acciones de violencia que se ejercen en contra de las mujeres por el hecho de ser tales ("basada en su género"), 2) que en este caso causa su muerte y 3) que puede ocurrir en el ámbito privado o en el público.

Esta resolución toma como referencia los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y en Guatemala, los cuales, según la propia Resolución PE "se han caracterizado por una brutalidad excepcional". Menciona también que numerosas víctimas han sido objeto de violencia sexual, "lo que constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante".

Asimismo, se plantea que para explicar los feminicidios objeto de la Resolución PE debe tenerse en cuenta "la discriminación y el contexto local socioeconómico desfavorable para las mujeres" y la impunidad como uno de los factores que rodea los casos, "entendida como la inexistencia de hecho o derecho de responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria o civil para los responsables de dichas acciones, la elusión de la investigación o la condena, la falta de recursos presupuestarios y la frecuente obstaculización del acceso a la justicia a las mujeres víctimas y a sus familiares".

-

de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer del 13 de enero de 2006, la cual contiene las conclusiones de la Relatora Especial de las Naciones Unidas tras su misión a México; la *Audiencia conjunta sobre feminicidio: los casos de México y Guatemala* del 19 de abril de 2006 por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género y la Subcomisión de Derechos Humanos del Parlamento Europeo, entre otros.

Un año más tarde, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI), emitió la *Declaración sobre el femicidio* (Declaración MESECVI), en la cual consideró la siguiente definición:

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. (Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI), 2008)

En esta definición se puede observar que 1) se incorpora el aspecto violento de las muertes, 2) se subraya, al igual que en la definición del Parlamento Europeo, la "razón de género" que subyace en dichos crímenes, 3) se señala también que puede ocurrir en el ámbito privado o en el público por diversos agentes o actores, en diferentes lugares o contextos y 4) incorpora al Estado en la ecuación al considerar que puede ser "perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión."

En efecto, en dicha declaración se destaca que la mayoría de los feminicidios quedan impunes por el "limitado acceso de las mujeres a la justicia, así como los prejuicios de género durante los procesos judiciales, policiales y fiscales" y que este factor, aunado a "la persistencia de patrones socioculturales discriminatorios" incide en el aumento del número de muertes.

En 2009, la Corte IDH refirió que utilizaría la expresión "homicidio de mujer por razones de género", también conocido como feminicidio" en la sentencia de *Campo Algodonero*. (Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009, párr. 143). Habían pasado siete años desde la petición inicial de demanda contra el Estado mexicano.

En dicha sentencia se explicó ampliamente que el feminicidio es "una forma extrema de violencia contra las mujeres; el asesinato de niñas y mujeres por el solo hecho de serlo en una sociedad que las subordina" y que para determinar si un homicidio de mujer es feminicidio o no "se requiere conocer quién lo comete, cómo lo hace y en qué contexto" y que es posible hacerlo a través de indicadores como "las mutilaciones de ciertas partes del

cuerpo, como la ausencia de pechos o genitales." (Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009, párr. 138)

Tres años después de la sentencia de Campo Algodonero, se presentaría el caso de Veliz Franco sobre el mismo tema: feminicidio. De 2012 a 2014 (año de publicación de la sentencia de este último caso) se desarrollaron nuevos abordajes del concepto de feminicidio en los OI. En esta etapa se buscó distinguir entre diferentes tipos o modalidades del fenómeno así como la incorporación de otros contextos sociales donde éste puede ocurrir. Ejemplos de esto se encuentran en la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 2012, donde se distinguen cuatro principales tipos de feminicidio: el feminicidio íntimo, el feminicidio por "honor", feminicidios ligados a la dote y feminicidios no íntimos. Está también la *Declaración de Viena sobre Feminicidio* (Declaración de Viena) de 2013 cuya elaboración contó con la participación de Diana Russell y donde se mencionan 11 diferentes formas en las que el feminicidio puede manifestarse (Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, 2013).

Así, en 2014, la sentencia Veliz Franco cerraría el cuadro. En ella, la Corte IDH opta por utilizar la definición del MESECVI de 2008, presentada por las representantes de las víctimas.

Vale la pena destacar que para Campo Algodonero transcurrieron siete años desde la presentación del caso a la sentencia y fue el trabajo de los OI sobre el tema y los esfuerzos que se requirieron para definir un fenómeno hasta ese entonces inexplorado los que asentaron las bases para que en el caso de Guatemala se necesitaran (sólo) dos años de la admisión del caso a la publicación de la sentencia. En efecto, cuando se presentó el caso Veliz Franco ante la CIDH, ya se contaba con un amplio andamiaje conceptual sobre el feminicidio, construido principalmente por y para el caso Campo Algodonero.

Para que esto fuera posible es importante señalar los esfuerzos que se realizaron desde la academia, el activismo y los grupos feministas para entender un fenómeno hasta entonces indefinido desde las herramientas conceptuales proporcionadas por los propios OI existentes en ese momento. Es por ello que elaboraremos un recuento de las aproximaciones desde el genocidio, crímenes de guerra, lesa humanidad y uso de la tortura para entender el feminicidio.

# Aproximaciones desde el genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad

Algunas autoras han planteado similitudes del feminicidio con otros crímenes que ya han sido definidos y tratados en el ámbito internacional en contextos de guerra o conflicto armado: el genocidio, lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Quienes han defendido la postura de dar al feminicidio el mismo tratamiento que estos crímenes parten del hecho de entender a las mujeres como grupo poblacional y no como seres individuales aislados así como la relación inversa que existe entre el número de perpetradores y el número de víctimas que notó Caputi (1989) (un asesino ya no es responsable de la muerte de dos o tres víctimas, sino de al menos una veintena) y que también apuntó Segato:

[L]a multiplicidad de las víctimas en relación inversa con el número de responsables por el crimen, ya que los feminicidios de naturaleza impersonal, llamados aquí femi-geno-cidios, revisten una sistematicidad y un carácter repetitivo resultantes de normas compartidas dentro de la facción armada que los perpetra, que los diferencia de los crímenes que ocurren en contextos interpersonales o de motivaciones subjetivas, como en el caso de los seriales. (Segato, La guerra contra las mujeres, 2016, pág. 149)

Los objetivos que plantean estas autoras al equiparar los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio con el feminicidio consisten primero, en dar mayor visibilidad internacional a este fenómeno usando las herramientas internacionales de derechos humanos; en segundo lugar, despersonalizar o retirar del ámbito privado los crímenes cometidos contra mujeres (dado que suele argumentarse que éstos suceden en la intimidad del hogar, que son cometidos por sujetos desviados, que son hechos aislados, atribuibles a motivaciones personales, que son fruto de la violencia sexual o instrumental y no de la violencia por medios sexuales, expresiva o estructural como de hecho ocurre); y, finalmente, hacer uso de la imprescriptibilidad de los crímenes referidos en el ámbito internacional para eventualmente dar con los responsables y castigarles. (Segato, 2011)

#### Genocidio

Dentro de los actos atribuibles al genocidio, se considera el artículo 6 del *Estatuto de Roma* de la Corte Penal Internacional donde se enumeran los actos llevados a cabo "con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal", entre éstos se incluyen la "matanza de miembros del grupo" (inciso a), la "lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo" (inciso b) y el "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial".

Lo que se ha intentado desarrollar al respecto es la identificación de las mujeres como grupo cuya identidad no sería la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión sino su pertenencia al género femenino.

Rita Laura Segato (2008), al proponer similitudes entre el genocidio y el feminicidio, propone que este último es el asesinato de la mujer entendida como "mujer genérica". El feminicidio es para la autora una agresión genérica a las mujeres por el hecho de ser mujeres y busca la eliminación de la víctima no por sus señas particulares, sino por su pertenencia al grupo femenino. En el mismo sentido se expresan autoras como Atencio (2014) al expresar que las mujeres deben ser entendidas como grupo; Caputi (1989) cuando habla de crímenes de odio por motivos de raza, etnia o religión y propone ampliar las bases de éstos también al género; Dworkin (1981) cuando menciona que el poder de los hombres como grupo sobre las mujeres como grupo es su "capacidad de aterrorizar, de usar el ser y la fuerza para inculcar miedo, miedo *en* una clase entera de personas *de* una clase entera de personas" (pág. 15).

# Crímenes de guerra

Los crímenes de guerra se encuentran en el artículo 8 del *Estatuto de Roma* e incluye los siguientes actos "contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del *Convenio de Ginebra* pertinente" de acuerdo al tema que nos ocupa: el homicidio intencional 13; la tortura

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Dentro de las personas protegidas se encuentran heridos y enfermos de los ejércitos (*I Convenio de Ginebra*); heridos, enfermos y náufragos en el mar (*II Convenio de Ginebra*); prisioneros de guerra (*III Convenio de Ginebra*) y personas civiles (*IV Convenio de Ginebra*).

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Estatuto de Roma, artículo 8.2.a)i)

o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos<sup>14</sup>; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud<sup>15</sup>. Se incluyen también, en el apartado 2, inciso b) del mismo artículo "otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes":

Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, [...] esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra. (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, artículo 8, numeral 2, inciso b), numerales xxi) y xxii))

En el párrafo 2.c) del mismo documento encontramos también "los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura" y "los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes" Nobre estos últimos, en el párrafo 2.d) se menciona que dichos actos se aplican "a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos." La mayor dificultad de usar los crímenes de guerra como referentes para el feminicidio es el requisito previo de "la existencia de un conflicto armado, ya sea que tenga o no carácter internacional y que los crímenes se cometan en el contexto de tales conflictos y tengan relación con los mismos." (Toledo Vásquez, 2009, pág. 55)

Rita Laura Segato ha elaborado una hipótesis según la cual existen "nuevas formas bélicas" que se caracterizan por ser no convencionales e informales, sin uniformes ni insignias o estandartes ni territorios delimitados estatalmente, con victorias provisionales e

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Estatuto de Roma, artículo 8.2.a)ii)

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Estatuto de Roma, artículo 8.2.a)iii)

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Estatuto de Roma, artículo 8.2.c)i)

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Estatuto de Roma, artículo 8.2.c)ii)

inestables y cuyos actores son "facciones, bandos, maras, patotas, gangs, grupos tribales, mafias y fuerzas paraestatales y estatales de varios tipos" (Segato, 2016, pág. 146). Esta caracterización nos remite a los nuevos escenarios de violencia evocados por Santamaría (2014): "El narcotráfico, el tráfico de personas, la trata y la explotación sexual son solo algunas de las expresiones de violencia criminal que se han intensificado en la última década y que han dado lugar a cientos de casos de abuso y violencia en contra de las mujeres." (pág. 29)

No obstante, la caracterización de estos contextos violentos visibles en México como guerra o conflicto armado resulta complicada, especialmente por las implicaciones que traería su reconocimiento para los Estados donde ocurren. Más aún, es más probable que estos contextos lleguen a caracterizarse como "situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos", mismos que como señalamos anteriormente, el *Estatuto de Roma* excluye específicamente de los denominados "crímenes de guerra".

#### Lesa humanidad

El artículo 7 del *Estatuto de Roma* establece la definición de crímenes de lesa humanidad, dentro de los cuales se incluyen acciones como "asesinato"<sup>18</sup>; "exterminio"<sup>19</sup>, "esclavitud"<sup>20</sup>, "encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional"<sup>21</sup>; "tortura"<sup>22</sup>; "violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable"<sup>23</sup>.

Una de las principales diferencias que tiene lesa humanidad sobre las opciones anteriores es la posibilidad de que estos actos sucedan tanto en tiempos de guerra como de paz, eliminando las dificultades de elaborar y desarrollar la pertinencia de declarar la existencia de contextos bélicos no tradicionales como el caso de los crímenes de guerra.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Estatuto de Roma, artículo 7.1.a)

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Estatuto de Roma, artículo 7.1.b)

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Estatuto de Roma, artículo 7.1.c)

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Estatuto de Roma, artículo 7.1.e)

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Estatuto de Roma, artículo 7.1.f)

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Estatuto de Roma, artículo 7.1.g)

Este crimen incluye además el género como motivo de persecución de un grupo o colectividad (apartado h) del párrafo 1, artículo 7), donde "género" se define en el párrafo 3 del mismo artículo como referente "a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad".

No obstante, en el caso de lesa humanidad la dificultad reside en que se debe probar que los actos realizados forman parte de "un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil y con conocimiento de dicho ataque" (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, artículo 7).

Encontramos también otra dificultad en probar que el acto de lesa humanidad es realizado "de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política", según lo establecido en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 7 del *Estatuto de Roma*.

Existe otro factor que pertenece al campo del derecho internacional que ha sido puesto de manifiesto en las legislaciones de los Estados sobre el feminicidio. Se trata del uso de la tortura, la mutilación y la crueldad extrema con la que se cometen los feminicidios, éste fue analizado por la jueza Medina Quiroga en el caso Campo Algodonero.

#### Uso de la tortura, mutilación y crueldad extrema

Una dimensión que debemos añadir al feminicidio es, como observó Caputi (1989), un fenómeno de crecimiento de los denominados asesinatos seriales donde un solo perpetrador es responsable de la muerte de más de 20 víctimas, caracterizados por uso de la tortura y/o mutilación previa y donde los asesinos son hombres y las víctimas, mujeres.<sup>24</sup>.

Reconocer la importancia del uso de la tortura, mutilación y crueldad extrema en la construcción del concepto de feminicidio tiene múltiples aristas. Establece de inicio, una clara diferencia entre el homicidio donde el bien jurídico tutelado es la vida y el feminicidio, donde no sólo se tutela la vida, sino también la integridad personal y la dignidad. (Católicas por el derecho a decidir A.C., 2014, págs. 23-25)

\_

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> La autora estudia el caso de Estados Unidos a través de los casos de Hedda Nussbaum y Ted Bundy.

Permite también establecer criterios de prueba que permitan corroborar la denominada "razón de género" o misoginia. En el caso Veliz Franco (2014), la Corte IDH refirió que "se ha indicado que las mujeres víctimas de homicidios por razones de género con frecuencia presentaban signos de brutalidad en la violencia ejercida contra ellas, así como signos de violencia sexual o la mutilación de sus cuerpos" (párr. 178) y que al abrirse una investigación de este tipo de homicidios, se deben abarcar ciertas afectaciones específicas contra la integridad personal como la tortura y actos de violencia sexual (párr. 188). Esto nos permite por un lado, entender de qué hablamos cuando nos referimos a la "razón de género" o "misoginia" que se expresa en el feminicidio y por otro, contar con criterios que contribuyan a desarrollar protocolos e informes periciales para investigaciones efectivas del feminicidio como delito.

Sobre la tortura, la jueza Medina Quiroga a través su voto concurrente en la sentencia de Campo Algodonero (2009), expresó que ésta ocurre cuando el maltrato es: intencional ("conciencia del sujeto de que está realizando un acto que va a causar un sufrimiento o un sentimiento de humillación"), causa severos sufrimientos físicos o mentales y se comete con determinado fin o propósito<sup>25</sup>(las razones por las cuales ejecuta el acto y que pueden ser: dominación, discriminación, sadismo, logro de alguna acción u omisión de la víctima u otros) (párr. 3).

Para ella, la Corte IDH podría haber declarado al Estado responsable también de la tortura sufrida por las víctimas, siguiendo la tendencia de otros organismos internacionales de responsabilizar al Estado por actos de tortura cometidos por agentes no estatales. Esto hubiese contribuido a enriquecer las interpretaciones en torno a la *CTOTPCID*, según la cual todo acto de tortura, para ser entendido como tal debe ser infligido "por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".

En este caso resulta de especial interés la violencia extrema perpetrada contra mujeres con el *consentimiento* o *aquiescencia* del Estado expresada a través de la impunidad.

Finalmente, el uso de la tortura deja en claro que existe una distinción entre lo que se denomina violencia sexual (un lugar común según el cual la violación es producto del libido, de la provocación de la víctima, de necesidades biológicas incontrolables de los

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Toma como antecedente el caso *Bueno Alves vs. Argentina*.

hombres (Caputi, 1989) o bien la obra de desviados individuales, enfermos mentales o anomalías sociales (Segato, 2016)) y la violencia por medios sexuales, entendida como "una forma de terror que funciona para mantener el status quo" (Caputi, 1989, pág. 439), una expresión de poder entendida como "la capacidad de aterrorizar, de usar el ser y la fuerza para inculcar miedo, miedo *en* una clase entera de personas *de* una clase entera de personas." (Dworkin, 1981, pág. 15) Al respecto, Segato sugiere que se trata de una violencia expresiva cuya finalidad es la manifestación del control absoluto de una voluntad sobre la otra, un símbolo de dominación. (Segato, 2016, pág. 39)

La idea que subyace a este concepto de violencia expresiva, por medios sexuales, como expresión de poder y control de un grupo (hombres) sobre otro (mujeres) es relevante para explicar el porqué algunas autoras han propugnado por entender el feminicidio desde el campo del Derecho Penal Internacional, como ilustramos en el presente apartado.

Ahora bien, al reflexionar en torno a la posibilidad de retomar los crímenes del Derecho Penal Internacional para caracterizar y tipificar el feminicidio nos advierte Toledo que se debe tomar en cuenta que para todos los crímenes internacionales la responsabilidad penal es individual y no del Estado. (Toledo Vásquez, 2009, pág. 48)

Esto quiere decir que si bien se puede ganar en cuanto a la imprescriptibilidad de estos crímenes, se deben tomar en cuenta también los avances logrados en las sentencias de la Corte IDH al determinar la responsabilidad del Estado en la comisión del feminicidio y si esto no generaría contradicciones que nos hicieran retroceder en este aspecto.

La importancia de esto para la conceptualización del feminicidio es el establecimiento de criterios para valorar la responsabilidad del Estado por sucesos cometidos por sus agentes o bien, entre particulares y nos permite situar la impunidad como factor determinante para la perpetuación de la violencia contra las mujeres y el feminicidio.

Al respecto, para autores como Vázquez Camacho, la importancia de la sentencia de *Campo Algodonero* reside, entre otras cuestiones, en que "es de las pocas sentencias en que la [Corte IDH] atribuye responsabilidad internacional a un Estado por violar los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal contenidos en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, al incumplir su deber de prevenir diligentemente hechos causados por personas no identificadas como funcionarios públicos, militares o sujetos que tengan un nexo cercano con el Estado". (Vázquez Camacho, 2011, pág. 3)

En efecto, una de las aportaciones de la Corte IDH a la conceptualización del feminicidio es que la responsabilidad del Estado no se limita a que los crímenes sean cometidos por agentes gubernamentales, sino que existe también cuando confluyen tres factores: 1) que el Estado tenga conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para una persona o grupo de personas determinadas (en este caso, las mujeres), 2) que no adopte medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí y 3) que incumpla con la obligación de actuar con debida diligencia en la investigación de los crímenes cometidos.

# El feminicidio en México desde las aproximaciones de genocidio, crímenes de guerra, lesa humanidad y uso de la tortura.

Para dimensionar la importancia que México ha tenido en la construcción del concepto de feminicidio en el ámbito internacional nos enfocaremos en el caso paradigmático de Ciudad Juárez dado que constituye el ejemplo que permite retomar el análisis del feminicidio desde las herramientas conceptuales proporcionadas por los OI. Asimismo, Ciudad Juárez resaltó la importancia de incluir la responsabilidad del Estado y la impunidad como dimensión de análisis en la prevalencia del feminicidio.

Desde 1993, la tasa de homicidios de mujeres en Ciudad Juárez aumentó de manera alarmante y se acompañó de nuevas características que no habían sido analizadas con anterioridad. Gran parte de las víctimas eran jóvenes de 15 a 25 años, muchas habían sido golpeadas u objeto de violencia sexual antes de ser estranguladas o muertas a puñaladas. De estos asesinatos, se calculaba que sólo el 20% había dado lugar a procesamientos y condenas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

En este contexto, las autoridades emplearon ante la opinión pública y los organismos internacionales que observaban el fenómeno con preocupación una estrategia que más tarde caracterizaría Rosa Linda Fregoso (2003) como "negación" y "desagregación" (págs. 3-6).

La negación consistió en rechazar que los asesinatos que estaban sucediendo en Ciudad Juárez tenían un carácter sistemático. Cuando esto ya no fue posible, se comenzó a culpar a las víctimas por tener comportamientos fuera de las normas sociales aceptables o por llevar una "doble vida". Establecido este discurso, se planteó que los homicidios no estaban relacionados entre sí y que sólo 76 de los 261 casos presentaban rastros de violencia

sexual o eran parte de "homicidios múltiples" y que el resto eran crímenes pasionales, por tráfico de drogas, producto de un asalto, de violencia intrafamiliar o por venganza, por mencionar algunos ejemplos (Fregoso, 2003, pág. 5).

Este esfuerzo de las autoridades juarenses buscaba devolver al ámbito privado los feminicidios, personalizando los crímenes y negando el carácter sistemático de los asesinatos.

Una década más tarde surgieron nuevos análisis que propugnaban por entender lo sucedido como un fenómeno social donde el Estado también es responsable y no como casos aislados.

En estos nuevos análisis, el uso de las herramientas proporcionadas por los OI ha buscado poner en evidencia el carácter genérico de los crímenes, la complicidad del Estado y el uso de la violencia como mecanismo expresivo y no instrumental.

Para Rita Laura Segato (2016), por ejemplo, los feminicidios de Ciudad Juárez son más próximos al genocidio dado que pueden ser caracterizados como:

"[...]el asesinato de una mujer genérica, de un tipo de mujer, sólo por ser mujer y por pertenecer a este tipo, de la misma forma que el genocidio es una agresión genérica y letal a todos aquellos que pertenecen al mismo grupo étnico, racial, lingüístico, religioso o ideológico. Ambos crímenes se dirigen a una categoría, no a un sujeto específico. Precisamente este sujeto es despersonalizado como sujeto porque se hace predominar en él la categoría a la cual pertenece sobre sus rasgos individuales biográficos o de personalidad." (pág. 47)

El genocidio pone en relieve la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. ¿Qué podemos encontrar en el caso mexicano al respecto?

Además del ejemplo paradigmático de Ciudad Juárez, Arteaga y Valdés (2010) analizaron 121 casos de feminicidio en el Estado de México y encontraron que dentro del grupo de mujeres asesinadas hay otras características que debemos tomar en cuenta, ciertas intersecciones que nos permiten caracterizarlas más allá de su género, partiendo de éste como su característica principal. Es decir, son mujeres y además son jóvenes, pertenecen a cierta clase social, viven en cierto lugar (donde los procesos de urbanización imposibilitan la

creación de redes sociales y donde se requiere reconstruir el tejido social) y forman parte de un proceso comunitario de independización de las mujeres en sentido económico y emocional.

Un hallazgo similar se encuentra en Fregoso (2003) para Ciudad Juárez cuando concluye sobre las mujeres asesinadas que la vulnerabilidad ante el feminicidio viene de ciertas intersecciones que caracterizan la identidad, tales como la pertenencia a cierta clase social, raza y género (pág. 23).

Los diversos análisis que buscan similitudes entre el genocidio y el feminicidio vieron la luz en el proyecto de decreto de 2006 de la Cámara de Diputados donde se planteó adicionar al Código Penal Federal que "comete delito de feminicidio quien, con propósito de destruir total o parcialmente a uno o más grupos de mujeres por motivos de su condición de género, perpetrase por cualquier medio delitos contra la vida de las mujeres pertenecientes al grupo o grupos" y define la "condición de género" como "la situación social que determina comportamientos socioculturales estereotipados, donde las mujeres se encuentran en desventaja, discriminación y alto riesgo resultado de una relación de poder desigual." (Cámara de Diputados, 2006)

Esta propuesta tendría múltiples modificaciones hasta llegar al tipo penal del *Código Penal Federal* de 2012. Vale la pena señalar al respecto que en la evolución del tipo penal del feminicidio en México se eliminarían las elaboraciones en torno al concepto de genocidio, inspiradas en lo ocurrido en Ciudad Juárez ("con propósito de destruir total o parcialmente a uno o más grupos de mujeres") para apostar por una definición que lograra incluir también los feminicidios que suceden al interior de los hogares, por las parejas o ex parejas sentimentales de las víctimas y que hubiesen quedado excluidos con la tipificación propuesta en 2006.

Dos años más tarde entraría en escena una nueva propuesta que incorporaba los aspectos relacionados con la tortura y la crueldad que suelen tener estos crímenes. En 2008, se propuso que el delito de feminicidio incluyera dentro de sus circunstancias el haber "construido una escena delictiva denigrante y humillante contra el pasivo, para su postvictimización" así como el haber infringido "lesiones infamantes y en zonas genitales o en ambas que evidencian un trato degradante y destructivo hacia el cuerpo del pasivo" e incorporaba además la definición de "lesiones infamantes" como "el daño físico o mutilación

corporal cuya visibilidad y exposición pública genera indignación, estupor, repulsión, induzca o produzca al miedo, independientemente de que se presente o no en zonas genitales" y la de "postvictimización" como "el diseño de la escena del crimen, que cause asombro, indignación e impacto psicoemocional a través de degradar el cuerpo del pasivo. Incluyendo el arrojo del cuerpo en lugar público." (Arvizu Rivas, 2008)

En esta propuesta resulta claro el concepto de violencia expresiva que analizamos anteriormente a través de autoras como Segato y Caputi. Se trata de la misma expresión de poder que refieren Arteaga y Valdés (2010) al encontrar que en 31% de los feminicidios que analizaron en el Estado de México había una violencia "de posesión". Esta violencia tiene como fin "manipular e inflingir dolor al cuerpo femenino, antes de provocar la muerte" así como "la inscripción de significaciones de poder sobre su cuerpo." (pág. 19)

Encontramos también la impotancia de tomar en cuenta la dimensión simbólica de esta "postvictimización", ya que como señalaron tambien Arteaga y Valdés (2010):

El hecho de que en 53% de los casos de feminicidios los cadáveres se arrojen en casas abandonadas, terrenos baldíos, canales de aguas negras, hoteles o simplemente en la calle y lugares públicos (panteones, parques, mercados y tianguis), así como en lugares de difícil acceso como cerros, cuevas y descampados, parece sugerir la idea de que la mujer, una vez que ha sido anulada como sujeto, deviene un desecho que nada vale. El abandono resulta una especie de castigo y un mensaje inscrito sobre el cuerpo que va mas allá de la muerte y no es -como creen muchos criminólogos- únicamente resultado de una estrategia racional para deshacerse del cuerpo de una victima. (pág. 29)

En el mismo sentido, el estudio *Claves para entender y prevenir los asesinatos de mujeres en México* de 2019 nos señala que entre 2000 y 2017, las mujeres morían en mayor proporción por asfixia (17.4% de los casos vs. 6.2% para los hombres), con un arma blanca o contundente (18.3% de los casos vs. 15% para los hombres) o como resultado de una agresión con fuerza corporal (1% vs. 0.8% para los hombres) y que de los casos registrados de muertes como resultado de una agresión sexual con fuerza corporal, el 86% eran mujeres. (Data Cívica, 2019, pág. 46)

Es de la mano de estos desarrollos conceptuales que llegamos al denominado "feminicidio sexual sistémico", el cual ha sido emblemático de Ciudad Juárez y es definido como

el asesinato codificado de niñas y mujeres por ser mujeres, cuyos cuerpos expropiados han sido torturados, violados, asesinados y arrojados en escenarios transgresivos, por hombres que hacen uso de la misoginia y el sexismo, para delinear cruelmente las fronteras de género por medio de un terrorismo de Estado, secundado por los grupos hegemónicos, que refuerza el dominio masculino y sujeta a familiares de víctimas y a todas las mujeres a una inseguridad crónica y profunda, a través de un periodo continuo e ilimitado de impunidad y complicidades. (Toledo Vásquez, 2009, págs. 32-33)

Es en este sentido que Marcela Lagarde (2005) propone conceptualizar el feminicidio como "el conjunto de delitos de lesa humanidad que contienen los crímenes, los secuestros y las desapariciones de niñas y mujeres en un cuadro de colapso institucional." (Lagarde y de los Ríos, 2005, pág. 155)

Entenderíamos entonces que la "política de Estado" que requiere la caracterización de lesa humanidad es esta voz que autoriza que el feminicidio ocurra y siga ocurriendo al relegar la violencia contra las mujeres al ámbito privado, al estigmatizar a las víctimas de feminicidio y negarles justicia. En palabras de Marcela Lagarde (2005):

"Para que se dé el feminicidio concurren de manera criminal, el silencio, la omisión, la negligencia y la colusión de autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos crímenes. Hay feminicidio cuando el Estado no da garantías a las mujeres y no crea condiciones de seguridad para sus vidas en la comunidad, en la casa, ni en los espacios de trabajo, de tránsito o de esparcimiento. Sucede, cuando las autoridades no realizan con eficiencia sus funciones. Si el Estado falla, se crea impunidad, la delincuencia prolifera y el feminicidio no llega a su fin. Por eso el feminicidio es un crimen de Estado." (pág. 156)

Sobre la impunidad que rodea estos crímenes, baste decir que ésta se expresa en la estigmatización de las víctimas, la falta de una debida diligencia, la ausencia de un debido

proceso y un número pequeño de sentencias condenatorias. La impunidad contribuye a esparcir el mensaje de que la violencia contra las mujeres es tolerada, promoviendo la aceptación social del feminicidio y aumentando la sensación de inseguridad e indefensión en las mujeres. Es así como se crea un círculo vicioso que sostiene las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, lo que a su vez crea un ambiente propicio para que el feminicidio continúe sucediendo.

La Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) sintetizó las consecuencias de la impunidad en su sentencia del 25 de marzo de 2015 sobre el caso de Mariana Lima Buendía:

[L]a impunidad de los delitos contra las mujeres envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en la administración de justicia. Además, la inacción y la indiferencia estatal ante las denuncias de violencia de género reproducen la violencia que se pretende atacar e implica una discriminación en el derecho de acceso a la justicia. En sentido similar, el Protocolo de actuación estatal establece que la impunidad en este tipo de delitos "provoca entre las mujeres un sentimiento de desamparo que repercute en un mayor nivel de vulnerabilidad frente a sus agresores; y en la sociedad, la convicción de que la muerte de las mujeres no tiene importancia, ni merece la atención de las autoridades reforzando con ello, la desigualdad y discriminación hacia las mujeres en nuestra sociedad". (Amparo en Revisión 554/2013, 2015, párr. 218)

La impunidad, por la importancia que tiene para México en la comisión y repetición crónica del feminicidio fue incluida en el artículo 21 de la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (LGAMVLV) como parte de la definición de violencia feminicida:

Es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar la

impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres.

El feminicidio como tal se encuentra tipificado en el artículo 325 del *Código Penal Federal*, adicionado en 2012. Su definición está enfocada en las circunstancias que acreditan que detrás del homicidio de una mujer hay "razones de género", tales como "signos de violencia sexual", presencia de "lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia", "antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima", la existencia de "una relación sentimental, afectiva o de confianza" entre el perpetrador y la víctima, la exposición del cuerpo en un lugar público, entre otros. Asimismo, se añade que:

Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días de multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

La adición del feminicidio dentro del marco legal mexicano obedece así a la obligación suscrita a través del artículo 7c de Belém do Pará, donde se reitera la necesidad de los Estados de "incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso" y toma en consideración las elaboraciones y recomendaciones de activistas, académicas y personas interesadas en la materia cristalizadas en e impulsadas por los organismos internacionales.

Quedan deudas en cuanto al cumplimiento del artículo 7b de la misma Convención, donde se señala la obligación de los Estados de "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

De acuerdo con los datos recabados por el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), en México durante 2018 se contabilizaron 892

presuntos delitos de feminicidio; en 2019, 933 y de enero a agosto de 2020, 626. Cabe señalar que el SESNSP detalla que la contabilidad de este delito se ha realizado conforme a su tipificación en las entidades federativas, la cual no se completó hasta octubre de 2017. Esto quiere decir que previo a esta fecha, en algunas entidades del país no existía el feminicidio como delito y por lo tanto, no fue contabilizado.

Es así que en el estudio *La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2016*, publicado en 2017, se elaboró un análisis del fenómeno a partir de lo que se denominó las "defunciones femeninas con presunción de homicidio", debido a la inexistencia de datos precisos sobre el feminicidio como tal. De acuerdo con este estudio, de 1985 a 2016 hubo 52,210 asesinatos de mujeres. Es de particular interés que cerca del 30% de dichas muertes ocurrieron en los últimos seis años. Además, según los hallazgos de este estudio, los asesinatos de mujeres con respecto a los de los hombres presentan mayor resistencia al descenso, es decir, una vez que aumentan, es difícil cambiar la tendencia (Secretaría de Gobernación, Instituto Nacional de las Mujeres, ONU Mujeres, 2017).

Ante este panorama cabe preguntarnos acerca de la capacidad (o incapacidad) del sistema de justicia de dar tratamiento a los casos de feminicidio en tanto delitos y la ineludible paradoja que supone el hecho de que parte de la definición de éste incorpore la impunidad como una de sus características.

# Bibliografía

Cámara de Diputados. (abril de 2006). *Histórico Comunicación Social*. Obtenido de Cámara de Diputados:

http://www3.diputados.gob.mx/camara/005\_comunicacion/a\_boletines/2006\_2006/004\_abril/26\_26/2978\_expiden\_la\_ley\_general\_de\_acceso\_de\_las\_mujeres\_a\_una\_vida\_libre\_de\_violencia

Lagarde y de los Ríos, M. (2005). *Feminicidio, justicia y derecho*. México: Cámara de Diputados, LIX Legislatura.

Lagarde, M. (2006). Del femicidio al feminicidio. Desde el jardín de Freud, 216-225.

Caputi, J. (1989). The sexual politics of murder. Gender and Society, 437-456.

- Casar, M. A., & Maldonado, C. (Noviembre de 2008). Formación de agenda y procesos de toma de decisiones: una aproximación desde la ciencia política. *Documentos de trabajo del CIDE*. Ciudad de México, México: CIDE.
- Católicas por el derecho a decidir A.C. (2014). Estudio de la implementación del tipo penal de feminicido en México: Causas y consecuencias 2012-2013. Ciudad de México: Católicas por el Derecho a Decidir A.C.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (7 de marzo de 2003). Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. Obtenido de Capítulo VI Ciudad Juárez: http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/cap.vi.juarez.htm
- Commission on Crime Prevention and Criminal Justice. (2013). *Vienna Declaration on Femicide*. Viena: Economic and Social Council, United Nations.
- Arteaga Botello, N., & Valdés Figueroa, J. (2010). Contextos socioculturales de los feminicidios en el Estado de México: nuevas subjetividades femeninas. *Revista Mexicana de Sociología*, 72(1), 5-35.
- Arvizu Rivas, A. M. (9 de diciembre de 2008). Que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal Federal. *Gaceta parlamentaria*(2651-II).
- Atencio, G. (19 de 08 de 2014). *Feminicidio.net*. Recuperado el 25 de 02 de 2016, de Feminicidio.net: http://www.feminicidio.net/articulo/%C2%BFpor-qu%C3%A9-registramos-todos-los-asesinatos-de-mujeres-cometidos-por-hombres
- Data Cívica. (mayo de 2019). Claves para entender y prevenir los asesinatos de mujeres en México. México.
- Dworkin, A. (1976). *Our Blood. Prophecies and Discourses on Sexual Politics*. Nueva York: Perigee Books.
- Dworkin, A. (1981). Pornography. Men possessing women. Auckland: Penguin Books.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (17 de Julio de 1998). Roma.
- Fregoso, R. L. (2003). *MeXicana Encounters. The Making of Social Identities on the Borderlands*. Berkeley: University of California Press.
- Garita Vílchez, A. I. (2012). La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe. Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres. Ciudad de Panamá: Campaña del

- Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres.
- Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI). (2008). Declaración sobre el femicidio. Washington: Organización de los Estados Americanos.
- Monárrez Fragoso, J. E. (2010). Violencia de género, violencia de pareja, feminicidio y pobreza. En J. E. Monárrez Fragoso, L. Cervera, C. Fuentes Flores, & R. Rubio Salas, *Violencia contra las mujeres e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez* (págs. 233-274). Tijuana, B.C., México: Miguel Ángel Porrúa.
- Nelson, B. J. (1993). La formación de una agenda. El caso del maltrato a los niños. En L. F. Aguilar Villanueva, *Problemas públicos y agenda de gobierno* (págs. 105-139). Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa.
- Parlamento Europeo. (11 de Octubre de 2007). Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de octubre de 2007, sobre los asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central y el papel de la Unión Europea en la lucha contra este fenómeno.
- Rule of Law in Armed Conflicts. (12 de Febrero de 2019). *Non-international armed conflict in Mexico*. Obtenido de RULAC: http://www.rulac.org/browse/conflicts/non-international-armed-conflict-in-mexico#collapse4accord
- Russell, D. E., & Radford, J. (1992). Femicide. The Politics of Woman Killing. Twayne Publishers.
- Santamaría, G. (2014). La otra cara de la violencia. Foreign Affairs Latinoamérica, 29-35.
- Secretaría de Gobernación, Instituto Nacional de las Mujeres, ONU Mujeres. (2017). La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2016. ONU Mujeres.
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. (2019). *Información sobre violencia contra las mujeres. Información con corte al 31 de julio de 2019*.
- Segato, R. L. (2008). Qué es un feminicidio. En M. Belausteguioitia, & L. Melgar, *Fronteras*, *violencia*, *justicia*: *nuevos discursos*. Ciudad de México, México: UNAM.
- Segato, R. L. (2011). Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación. Feminismos poscoloniales y descoloniales: otras epistemologías. Ciudad de Guatemala.

- Segato, R. L. (2013). Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres. Ciudad de México: Tinta Limón.
- Segato, R. L. (2016). La guerra contra las mujeres. Madrid: Traficantes de sueños.
- Small Arms Survey. (2012). Femicide: a global problem. Research Notes Armed Violence.
- Toledo Vásquez, P. (2009). *Feminicidio*. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- United Nations Office on Drugs and Crime. (2011). Global Study on Homicide. Vienna.
- United Nations Office on Drugs and Crime. (2013). Global study on homicide. Vienna.
- Vázquez Camacho, S. J. (2011). El caso "campo algodonero" ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario mexicano de derecho internacional*.
- Vela, E. (2018). Desigualdad de género: más allá de los síntomas y del castigo. En H. Beck, & R. Lemus, *El futuro es hoy* (págs. 41-73). Ciudad de México: Biblioteca Nueva.
- Vela, E. (12 de Febrero de 2019). ¿Una milicia con perspectiva de género? Animal Político.
- World Health Organization. (2012). *Understanding and Addressing Violence Against Women, Femicide*. WHO/PAHO.

# TEORÍA DE CONFLICTOS: UN APORTE COMO SUPUESTO POSIBLE PARA LA TEORÍA DEL CASO

José María Lezcano Rodolfo Piccioni

# 1. INTRODUCCIÓN1

Los estudios y reflexiones sobre el fenómeno relacional "conflicto", han tenido un interesante y particular desarrollo en los últimos años. Las discusiones que han permitido el análisis de la Teoría de Conflictos de Remo Entelman (2002). Esto no quiere decir que en la enseñanza del Derecho, las facultades se hayan desvinculado absolutamente del interés que el fenómeno social "conflicto" tiene, sino que han construido sus perspectivas fundamentalmente desde los aportes que derivan tanto de la sociología (con largos y copiosos estudios del conflicto social) desde la ciencia política (abocada a su estudio, aunque especialmente a partir análisis del poder como elemento clave de su configuración) o la filosofía<sup>2</sup>.

Corresponde señalar que el desarrollo teórico de la TC que aquí se presenta no se basa en la perspectiva marxista del análisis sociopolítico, enmarcado en la lucha de clases dominantes y dominadas. La perspectiva que se desarrolla, no se apoya en una desigualdad de los frentes en conflicto que disputan por el poder, sino en la interacción de dos bandos (actores) que interactúan de acuerdo a sus objetivos, poniendo en juego sus recursos de poder en la búsqueda de tales metas<sup>3</sup>.

En el avance la formación jurídica como operadores de conflictos, así como las instituciones jurídicas que se han transformado en los últimos 20 años en el proceso judicial en general, damos cuenta de las articulaciones y explicaciones posibles que permiten visualizar la aplicación de los elementos o conceptos operacionales de trabajo, con cierta proyección, al menos didáctico-pedagógica, sin renunciar a considerar la posibilidad de profundizar estos estudios en ámbitos más prácticos y de campo.

La unidad básica de análisis en este trabajo es "el conflicto" que, por la consideración jurídica

Antes de comenzar el trabajo, queremos expresar nuestro agradecimiento al Dr. Francisco Marull, con quien gracias a unas breves conversaciones e intercambios de ideas realizadas en el Congreso de Enseñanza del Derecho en la UNLPam en el 2019, pudimos esclarecer ideas y conceptos didácticos y pedagógicos, que sirvieron de base para el humilde desarrollo que aquí se expone.

<sup>2</sup> En general, en tradicionales planes de estudio de abogacía, suelen ser consideradas como "complementarias", distinguiéndolas de aquellas que se centran en alguna de las ramas clásicas del derecho (Civil, Penal, Administrativo, Comercial, etc).

<sup>3</sup> En el sentido que podemos identificar en este trabajo, se puede reconocer en demostrar la culpabilidad y demostrar la inocencia, aplicar una u otra pena, una u otra calificación delictiva, etc. en definitiva, la imposición de una teoría del caso sobre la otra.

de los objetivos que ponen en juego los actores, es relevante en el derecho penal y directamente vinculado al Derecho Procesal Penal. Es por ello que el conflicto aparecerá en primer lugar como una abstracción intelectual en la que se reconoce una relación social en la que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí (Entelman 2002, pág. 49). Seguidamente, al salir de la abstracción y llevarlo concretamente a una situación específica identificable en la realidad, se reconoce esa relación, identificando los miembros de la misma así como sus metas, las cuales son incompatibles entre sí.

Sin embargo, en razón a las dimensiones y objetivos del presente trabajo, en este aporte se evitarán las ricas y actuales discusiones sobre la finalidad del proceso penal. Muchas veces las preguntas acerca de su finalidad aparece marcada en las dicotomías: conocimiento/persuasión y verdad/resolución del conflicto<sup>4</sup>. Por su parte, también reconocemos la incidencia de sus postulados en los efectos de los análisis que se realizan en la interpretación de varios de los elementos de la teoría de conflictos<sup>5</sup>.

Bajo este enfoque, parte del problema de conocimiento que nos proponemos abordar giran en torno a preguntas tales como ¿cuáles son algunos de los puntos de contacto y divergencia entre la Teoría de Conflicto de R. Entelman (TC), y la concepción general de la teoría del caso (TdC) en materia penal? ¿qué comparaciones analíticas podemos identificar en los postulados de ambas y de qué manera estos resultados pueden ser útiles a la hora de la elaboración de estrategias de litigación así como de resolución de conflictos?

Así, nuestros objetivos en este trabajo son presentar las bases conceptuales de lo que se conoce como TC, bajo la necesidad y aspiración de ponerlos en discusión con el campo del derecho penal. En particular, buscamos establecer una relación analítica que lleve a reconocer los puntos de contacto de ésta con la llamada TdC, que resulta principalmente aplicable en los esquemas de litigación.

Metodológicamente presentaremos sintéticamente y de manera teórica los aspectos más destacados del aporte de R. Entelman, sus esquemas de análisis (matriz), para luego considerar elementos generales de la TdC, buscando establecer una relación analítica y coherente entre

Como expresa Benavente Chorres, puede considerarse que frente a lo señalado, se puede afirmar que no son excluyentes ni contrapuestos la averiguación de la verdad y la resolución de un conflicto de intereses, en la medida que la misma no dependa de la simple persuasión –alejándonos así de toda razón pragmática– al auditorio, sino en la armonización de los enunciados fácticos, material probatorio y decisiones basadas en la aplicación del Derecho. Es decir, no la pura resolución del conflicto sino una respuesta justa al conflicto de intereses que envuelve a los partes en un litigio; y el contenido de lo justo estaría conformado por la validación de los enunciados fácticos a través de los medios de prueba, así como, de aquellos pronunciamientos emitidos por el operador jurídico conforme a Derecho, siguiendo de esta manera a Taruffo y a Gascón. (Benavente Chorres, H. (2011, pág. 24)

Un claro ejemplo de las incidencias de las preguntas que surgen de las dicotomías enunciadas puede observarse en la interpretación de los recursos de poder que los actores ponen en juego, de acuerdo a la TC, en relación a recursos tales como la persuasión, así como en la transformación de los objetivos de los actores en un proceso, cuando los mismos apelan a resoluciones negociadas del proceso, entre otras.

ambas, tratando de determinar los aportes que la TC presenta como supuestos posibles de la TdC.

# 2. LA TEORÍA DEL CONFLICTO EN EL MUNDO JURÍDICO

Hacia fines de los años 90 y principios de este siglo se presentaron en el mundo jurídico desarrollos teóricos sobre la función del Derecho como mecanismo de solución o resolución de conflictos<sup>6</sup>. En gran medida, varios de ellos nacieron desde los estudios sobre los medios de resolución, en particular los llamados por cierta literatura como medios "alternativos"<sup>7</sup>. En esencia presentaron fuertes cuestionamientos a las concepciones jurídicas clásicas de que la solución judicial del juez, terminaba con el conflicto que los protagonistas le presentaban.

Por su parte, debe considerarse que el "conflicto" en tanto relación social, resulta una circunstancia presente en cualquier actividad profesional abogadil. Sin embargo, es posible pensar que dada la naturalización del mismo, no ha tenido una reflexión ontológica tan profunda como otros conceptos jurídicos claves (VG. delito, pena, persona, propiedad privada, entre otros)<sup>8</sup>. Es quizás en la enseñanza y el aprendizaje sobre el "litigio" -y su asociación inmediata al derecho procesal y al juicio- el ámbito donde encontramos un tratamiento más metódico y sistemático del conflicto en el sentido antes enunciado. Sin embargo, dicha óptica resulta necesariamente reduccionista, en función del método de resolución. Si bien la disciplina del derecho procesal se aboca al estudio del conflicto, lo hace entendiéndolo como aquel que surge de pretensiones jurídicas antagónicas. Es decir, el conflicto surge cuando existen conductas cuyos objetivos pueden ser reducidos a pretensiones jurídicas (derecho civil, comercial, laboral, familia), o acusación y defensa (derecho penal), que a partir de su configuración a través de la norma jurídica, se configuran el litigio.

En este orden de ideas, desde la perspectiva del derecho procesal, conflicto y litigio se identifican. Entendemos que el estudio del conflicto como fenómeno social y jurídico -sobre todo como objeto de análisis de la academia-, es de radical importancia para el desempeño de las funciones de futuros operadores jurídicos. Estos y estas, serán gestores y constructores de

No puede dejar de mencionarse también en este sentido, la abundante literatura crítica del orden sociojurídico dominante en la sociedad, así como los valiosos y documentados aportes del pluralismo jurídico, las escuelas críticas tanto europeas como latinoamericanas que cuestionan fuertemente la estructura de lógica hegemónica del derecho y sus consecuencias en la realidad. Para profundizar en estos aspectos, puede recurrirse a autores como B. de Sousa Santos, Rodriguez Garavito, Wolkmer, entre otros.

<sup>7</sup> La apelación al carácter de "alternativo", más allá de objetable desde el posicionamiento mismo de la función de resolución de conflictos, no deja de marcar una perspectiva dominante en la función jurisdiccional, procesal y adjudicativa de solución en cabeza del Poder Judicial. Se han propuesto denominaciones diferentes como "complementarios", "adecuados", entre otros.

Esto no quiere decir que en la enseñanza del Derecho, las facultades se hayan desvinculado absolutamente del interés que el fenómeno social "conflicto" tiene, sino que han construido sus perspectivas fundamentalmente en los aportes que derivan tanto de la sociología, -con largos y copiosos estudios del conflicto social-, de la ciencia política, que también se aboca al estudio del conflicto, particularmente a partir análisis del poder como elemento clave de su configuración, o en la filosofía, como se indicará en la nota siguiente.

soluciones de los diversos problemas sociales que amenazan la paz y organización social<sup>9</sup>.

Fue Remo Entelman quizás uno de los pocos estudiosos contemporáneos del conflicto que, desde el Derecho, realizó un estudio sistematizado, metodológicamente ordenado y claro del fenómeno, con una perspectiva esencialmente jurídica. Su obra "Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma", cuya primera edición fue publicada en el año 2002, marcó para el mundo jurídico argentino, un punto de inflexión en la observación de los conflictos desde la perspectiva ontológica que propone<sup>10</sup>.

## 2.1 Una Perspectiva Ontológica

La perspectiva ontológica la podemos encontrar en los esfuerzos intelectuales que presenta el profesor Entelman cuando explica que la teoría del conflicto que expone

"no se ocupa de ninguna especie concreta de conflicto. No es una Teoría del conflicto internacional, ni del racial, religioso, familiar, jurídico o social, en el amplio sentido de esta última expresión. Es una teoría del conflicto a secas, que trata sobre el conflicto en general, y que, lejos de ocuparse de ninguna de esas especies, trata sobre lo que es esencial a todas ellas, porque el objeto de sus descripciones es el género conflicto..." (2005, pág. 24).

Para construir las categorías de análisis, Entelman ha entendido que el conflicto es una clase de relación social en los términos de Weber, que se da cuando los individuos realizan conductas recíprocas entre sí, y estas conductas resultan conflictivas (o de competencia) para ellos o para alguno de ellos. Ahora bien, lo que hace conflictiva la conducta de un individuo para otro, no son las normas jurídicas. Sino el hecho de ser antagónica con la del otro miembro de la relación

Varias han sido las disciplinas que se han abordado al análisis y tratamientos de los conflictos. En psicología el estudio y análisis de los conflictos intra-personales y relacionales constituye base de la formación. Por su parte, uno de los máximos referentes de la psicología social, S. Moscovici (1984) explica que ésta es la ciencia del conflicto entre el individuo y la sociedad. También se podría pensar en la economía, como una ciencia que se ocupa de resolver el conflicto de la distribución de bienes escasos en un contexto determinado. En un sentido general y abstracto, los aportes de la filosofía y particularmente de la filosofía jurídica han planteado la problemática del conflicto presente entre "el ser" y el "deber ser", en la relación de los hechos con la norma desde la perspectiva Kelseniana. Por su parte, no podemos dejar de considerar que el mismo Carlos Cossio, al definir al derecho como "las conductas en interferencia intersubjetiva", nos está enunciando la importancia de las conductas de los agentes, los actos de fuerza que supone el derecho y la situación de las normas jurídicas que conceptualizan la conducta en interferencia intersubjetiva. Si bien las llamadas ramas del derecho, particularmente los dos grandes paradigmas que fundamentan tanto al derecho privado como al derecho público, incorporan una idea de conflicto, estas se centran en definirlo para sus propios objetos de estudio, a partir de las instituciones que estructuran tales saberes. La mayor parte de los casos, el conflicto sufre un necesario reduccionismo para poder ser interpretado y tratado por el derecho procesal, dejando una idea de la complejidad del fenómeno a la simplificación del litigio, llegando muchas veces a ser considerado en el imaginario social sólo en esos términos.

Los continuadores de sus estudios, como Rubén Calcaterra ("El Sistema Conflicto", 2016), desde el Seminario Permanente de Teoría del Conflicto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires han avanzado en esta línea de trabajo, poniendo en revisión los aportes del maestro Entelman y muchas veces señalando nuevos avances y conclusiones. También en otras facultades de Derecho y Ciencias Jurídicas han tomado sus aportes, conformando materias que trabajan aspectos de esta perspectiva, con perfiles particulares: en la UNC existe la materia "Teoría del Conflicto y de la Decisión", en la UNS la materia es "Teoría del Conflicto y Métodos de Resolución", en la UNLP "Teoría del Conflicto".

social. Entonces bajo estas consideraciones, Entelman sostiene que en una sociedad los individuos establecen relaciones sociales, algunas de ellas son conflictivas por el hecho de que resultan incompatibles para el otro miembro de la relación social. Con lo cual, el conflicto es para este autor una clase o tipo de relación social en la cual los actores tienen o creen tener objetivos incompatibles entre sí. De esta manera, al observar el fenómeno conflictual desde este lugar, poniendo la mirada en la relación y no en la norma, rompe con la idea de que el conflicto se reduce a la idea de litigio, y abre a la consideración de otras formas de tratamiento de los conflictos además del proceso judicial.

A su vez, Entelman recurre a esta matriz de estudio, la cual, a partir del análisis estático del conflicto y sobre la dinámica del mismo, resulta un instrumento sumamente didáctico e interpretativo de este fenómeno de todas las sociedades. Como se explicará más adelante, en su teoría ofrece dos análisis simultáneos de un mismo conflicto, conforme el proceso de evolución del mismo. En este sentido, el autor se refiere al análisis estático del conflicto, como aquel que permite observar los elementos que integran el conflicto a analizar. Para ello, se recurre a la idea de "tomar una fotografía" del conflicto, para representar esta idea de lo estático y que nos permite ubicar algunos elementos del fenómeno, tales como los actores, los objetivos que cada uno plantean, la conciencia de estos en la situación objetiva y sus subjetivas respecto del conflicto. Asimismo, este análisis también permite integrar el estudio del poder como, así como los terceros y las tríadas que pueden establecerse en la relación. Seguidamente, propone un análisis dinámico del mismo fenómeno el cual permite verlo como un proceso, con una vida, un ciclo que incluye diferentes niveles conforme el tiempo en el cual transcurre. Bajo este análisis incorpora el estudio de la intensidad (escalada, desescalada, etc.), dimensiones y variables.

Como se adelantó, una de las vocaciones de la teoría es la universalidad, es decir, una construcción teórica tal, que pueda ser explicativa de los diferentes tipos de conflictos a los que se aplique. Es decir, permite describir bajo similares patrones de análisis, distintos tipos de disputas, sean de orden internacional, civil, militar, empresarial, familiar, etc. Es sin embargo el conflicto que involucra al derecho penal, uno de los menos explorados en términos teóricos de explorar sobre tal universalidad.

Otra de las bases teóricas bajo las cuales se sustenta la teoría, principalmente desarrollada por R. Calcaterra, es la apelación a las teorías de sistemas para describir y explicar el fenómeno<sup>11</sup>. Considerando al conflicto como un sistema abierto y complejo, presenta las consecuencias de

Al respecto puede consultarse Calcaterra (2008) "El Modelo de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos. Del objeto conflicto al sistema conflicto" (Rev. Electrónica de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, Año IV – Número VI (2008), así como "El sistema Conflicto: Análisis y Gestión Estratégicas de Conflictos. Hacia un nuevo Paradigma en la Administración de Justicia", Ed. Ibañez (2016), Bogotá, Colombia.

estas concepciones en relación a la comunicación con el entorno o contexto, las causalidades lineales y no lineales, la cibernética, entre otras.

Por su parte, y a partir de lo considerado sobre la universalidad y perspectiva sistémica, en el estudio y desarrollos de estos análisis, desde la observación de casos y explicación didáctico-pedagógica de la teoría, puede considerarse también un sentido fractal de la aplicación de la teoría. Reconocemos una estructura fractal de la aplicación de la teoría al momento de instrumentarla. Al hacerlo, se puede identificar la "autosimilitud" como propiedad de la teoría de los fractales<sup>12</sup>.

## 2.2 Una Perspectiva Teleológica

Fundamentada en aquella perspectiva ontológica, pero desde un punto de vista centrado en la utilidad del análisis jurídico, es aquel que consideramos un enfoque teleológico. Ello dado que no resulta una mirada neutral, sino que tiene la finalidad de lograr comprender las características del conflicto, poniendo el foco en el análisis de la disputa con la intención de evaluar y lograr las posibilidades de solución. Esta mirada tiene muy en cuenta las perspectivas sociales, políticas y ontológicas, en tanto nutren y brindan explicaciones al fenómeno conflictual, pero proponen la atención en aquellos elementos que permiten articular recursos (argumentos, teorías, experimentos, observaciones, etc.) que construyan y proyecten medios de atención y tratamiento del objeto conflicto estudiado.

Se parte del conflicto como un fenómeno que resulta natural y propio de toda organización social, de todo grupo o institución, sobre los cuales se pueden identificar ciertos patrones comunes y matrices de análisis. En consecuencia, en las reflexiones analíticas e investigaciones que realizan los operadores sobre los conflictos, están bien presentes la finalidad de reconocer, entender e interpretar los elementos de la disputa y el contexto en el que los actores conflictuales despliegan sus acciones.

Se analizan también las consecuencias y efectos que emergen de la relación conflictual. En esta línea, la mirada deja de ser completamente objetiva y se involucra en el mismo análisis, la perspectiva del operador de encontrar posibilidades de acción sobre el conflicto o su entorno. El objetivo de esta óptica es que directa o indirectamente, se disminuya la violencia, gestione u oriente hacia una solución en su caso. Que sea menos neutral, bajo ningún punto de vista quiere decir que el análisis pueda ser parcial. Por el contrario, la objetividad en este caso está dada por la imparcialidad o equidistancia que la aplicación de la teoría debe guardar en relación a las partes conflictuantes.

En esta línea y en referencia a la función del derecho como prevención, gestión y de resolución

La aplicación bajo criterios de fractalidad de la teoría de Entelman es una las perspectivas que se está utilizando en algunos de los estudios sobre el tema en la cátedra de Teoría del Conflicto en la UNLP.

de conflictos, es posible pensar que operador jurídico (fiscal, defensor, o tercero imparcial), al considerar el entorno desarrolle análisis que permitan encontrar soluciones al problema planteado. Los estudios sobre la justicia restaurativa, mediación penal, e incluso institutos procesales como la suspensión del juicio a prueba y el juicio abreviado, han sido insumo fundamental para nutrir estas miradas. Sin embargo, somos conscientes que bajo una perspectiva teleológica, debe buscar superarse posiciones instrumentalistas y discusiones sobre el método, para poner el acento en lo que los análisis permiten conocer, comprender y en su caso, dar posibilidades de intervenir en la organización social.

# 3. DESAFÍOS DE LA TC EN EL DERECHO PENAL

Visto desde una perspectiva eminentemente teleológica, el Derecho Penal es una rama o disciplina jurídica encargada de la interpretación de leyes penales, que tiene por finalidad otorgar un marco decisorio a los operadores jurídicos (proyecto de jurisprudencia) para contener y reducir el poder punitivo, para así impulsar el Estado constitucional de Derecho e impedir el avance de las contra-pulsiones del Estado de Policía (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2006).

De la interpretación de la literatura *zaffaroniana* surge que el objeto de trabajo del derecho penal (y por extensión, del derecho procesal penal) es el conflicto com relevancia penal. El conflicto como objeto se encuentra presente potencial e hipotéticamente desde la primera decisión de la Política Criminal (Binder, 2016): la elaboración por parte del Congreso de la Nación (art. 75 inc. 12 CN) de un programa político de prohibiciones -criminalización primaria-. Es decir, ¿qué consideramos delito y bajo qué supuestos? También, está presente en la segunda decisión: la prevención de la generación de conflictos con relevancia penal. Es decir ¿cómo prevenimos la comisión de delitos? O mejor dicho, frente a situaciones de conflicto, ¿cómo evitamos que adquieran relevancia penal? Y en tercer lugar, la noción de conflicto como presupuesto se encuentra presente en un tercer momento: la determinación de la existencia de un delito y la respuesta estatal que debe adoptarse.

Un Derecho Penal respetuoso de los principios constitucionales tiene su límite en lo óntico. En este sentido, un conflicto penal no deja de ser un conflicto social con una característica extra: lesiona o pone en peligro cierto un bien jurídico determinado que el legislador ha previsto con anterioridad. El Estado pena así conductas típicas, antijurídicas y culpables que lleva a cabo alguno de los actores del conflicto, y que producen la interrupción de la relación de disponibilidad del otro actor para con un determinado objeto (vida, patrimonio, integridad sexual, etc.).

La TC es necesaria entonces para el entendimiento de esta base óntica que sirve como límite a la determinación de la existencia de un delito, pero fundamentalmente, para su prevención. La perspectiva ontológica del conflicto permite vislumbrar las relaciones y las lógicas de cualquier

conflicto, para así actuar antes de que sea tarde: intervenir en el conflicto previo a que adquiera la relevancia penal que abre al ejercicio punitivo del Estado. Esto no sólo tiene sentido desde la lógica constitucional de un derecho penal de *ultima ratio*, sino que también tiene un fin práctico: evitar un innecesario dispendio de actividad coercitiva y jurisdiccional.

La perspectiva de la TC permite así penetrar la lógica binaria tradicional del Derecho Penal (delito-no delito, castigo-no castigo) y adentrarse en la naturaleza y esencia de los conflictos penales, que no es otra que las de relaciones sociales de objetivos incompatibles. Abrir esta vía es animarse a las resoluciones horizontales de conflictos penales, tradicionalmente reservados al ejercicio vertical y estatal del *ius puniendi*.

# 4. ELEMENTOS DE LA TEORÍA DE CONFLICTOS (TC)

#### 4.1. Análisis estático

Si definimos al conflicto como una especie de relación social caracterizada por la incompatibilidad de los objetivos de sus actores, parece ilógico hablar de un análisis estático, ¿cómo se puede analizar estáticamente un fenómeno naturalmente dinámico? Justamente, el pedagógico adjetivo de "estático" responde para Entelman a la descripción de los elementos que componen la relación conflictual. Si retomamos el ya usual ejemplo de la película<sup>13</sup>, realizar un análisis estático significa poner "pausa" y determinar quiénes son las partes, qué quieren (-o dicen que quieren-), si saben o no que se encuentran en un conflicto, con qué elementos cuentan para alcanzar eso que quieren, qué terceros pululan alrededor de la relación y cómo eso se puede ver de una manera triádica<sup>14</sup>.

Como fuera mencionado, el primero de los elementos que se analizan desde una perspectiva estática son los actores: se trata de los seres humanos involucrados en la relación social, titulares de los objetivos que resultan incompatibles. Enseña Entelman que las relaciones sociales conflictivas tienden a la bipolaridad, es decir, se inclinan a separar sólo dos bandos o campos conflictuales enfrentados. Sin embargo, consideramos necesario señalar la inconveniencia que presenta para el operador del conflicto, el circunscribirse a una de los dos opciones que genera la bipolaridad, evitando así la consideración de terceras vías. Además, se aporta una esencial y

Desde la pedagogía, el ejemplo de la película es de una implacable claridad. Sin embargo, la vastísima cantidad de información que modernamente se tiene acerca de las nuevas tecnologías, permiten afirmar que, matemáticamente, lo digital es siempre discreto, nunca continuo. Si aplicamos una minuciosa consideración (dejando de lado el valor pedagógico, está claro), tal vez el ejemplo de la película sea cada vez menos feliz para hablar de las propiedades y principios de las perspectivas analíticas de la TC.

Se trata de una cuestión eminentemente matemática. El desarrollo de la interacción social es continuo en el tiempo. Naturalmente, las unidades en las que el tiempo se mide son números reales, por lo cual estos pueden ser divididos con tendencia al infinito. Es decir, se podría realizar un análisis estático correspondiente a cada hora, cada minuto, cada segundo, cada milésima de segundo, cada millonésima de segundo, y así sucesivamente. Esto es así porque para cada análisis estático corresponde sólo uno de los infinitos puntos de un continuo (en este caso, el período de tiempo que dura el conflicto).

rudimentaria clasificación de los actores, que permite una primera aproximación a su entendimiento: individuales y colectivos; siendo este último de crucial estudio la cuestión del liderazgo.

En relación a los objetivos de los actores, bajo el esquema de la TC, en un sentido amplio, son objetos materiales o espirituales, a los que cada actor les agrega un valor. Son objetos culturales, con un sustrato y un sentido axiológico. Recurriendo a la distinción de Rickert sobre objetos naturales y culturales, distingue a los objetivos de los actores como concretos, simbólicos y trascendentes <sup>15</sup>. Los objetivos constituyen aquellas metas a alcanzar por los actores, que además de ser en principio incompatibles entre sí, son puntos en función de los cuales se ponen en juego los recursos de poder para obtenerlos.

Otro de los elementos del análisis estático de la TC lo constituye la conciencia del conflicto por parte de los actores. Se indica como el producto de un acto intelectual en el que un actor admite encontrarse con respecto a otro actor en una relación en que ambos tienen o creen tener objetivos incompatibles. Se hace también una distinción entre conflicto objetivo y subjetivo, entendiendo al primero como aquel en el que objetivamente hay un enfrentamiento debido a la propia estructura de la relación (Ej. fiscal y defensor), en tanto que el segundo apunta al reconocimiento de los actores de encontrarse en dicha relación antagónica. Entelman, Calcaterra y otros hacen una adecuada distinción entre conciencia y percepción del conflicto. Uno de los aspectos que en el ámbito de la investigación penal se presenta es la asincronía en la conciencia de los objetivos de aquella conciencia sobre el o los actores que se enfrentan a la posición del Estado. El elemento de lo que la TC denomina poder de los actores para alcanzar sus objetivos, tiene diferentes aristas. Advirtiendo el carácter polisémico del concepto, se identifica como el conjunto de recursos de cualquier índole de que dispone cada actor, o cree disponer, para procurar su objetivo (Entelman, 2002). En función de esto, se considera el carácter relativo del concepto, enmarcado en la propia relación conflictual y mencionan las diferentes fuentes del poder de los actores, así como también los efectos que su utilización tiene para el propio actor y para el adversario en acercar o alejarlos de sus objetivos. Para el análisis se pone en juego la situación del cálculo del poder (relación costo/beneficio), así como medición y aquella relatividad referida<sup>16</sup>.

El análisis sobre los terceros también constituye uno de los aspectos más ricos y nutridos de la

De acuerdo a la clasificación que propone el autor, los objetivos pueden clasificarse en concretos, simbólicos o trascendentes. En los primeros, es el objeto, en su sentido "material" y/o su "funcionalidad" lo que está puesto en juego. Su satisfacción se logra con su concreción misma. Los objetivos "simbólicos" se reconocen cuando se observa que aquello que manifiesta o plantea el actor que busca obtener, es sólo una representación

El análisis de este elemento requiere una profundidad mucho mayor que la que se puede realizar en estas páginas, no obstante lo cual consideramos necesario mencionarlo y dar algunas de sus aristas principales.

TC. En función de autores como Simmel, Freund y los propios planteos de Entelman se realizan distinciones en función del carácter y su participación en el conflicto<sup>17</sup>. Uno de los aspectos más interesantes que se plantean es la idea de magnetismo conflictual, referido como una fuerza de atracción ejercida por el centro de cada campo del conflicto, que atrae a los terceros hasta una zona que bordea los límites del sistema social en conflicto. En esta misma línea, siguiendo a Freund utiliza la expresión "implotar" para referirse a un tercero que se aproxima demasiado a uno de los bandos del conflicto y termina por caer en él.

Finalmente el análisis estático se completa con un modo particular de observar las relaciones sociales en torno al conflicto: las tríadas. Siguiendo a Theodore Caplow (1974), indica que una tríada es un sistema social formado por tres miembros relacionados entre sí en una situación persistente. A partir de este modo de observación, a partir de Caplow presenta un conjunto de ocho posibles coaliciones que se pueden desarrollar en un esquema triádico<sup>18</sup>, a partir de los equilibrios y desequilibrios de poder que poseen sus miembros.

#### 4.2 Análisis dinámico

La otra cara fundamental del estudio sobre el conflicto lo constituye el análisis dinámico. Este análisis indica que se interpreta el objeto de investigación "conflicto" como un proceso, en el cual se produce la interacción de los actores vinculados en el tiempo<sup>19</sup>. Esta interacción implica, por un lado, una relación de causalidad (a veces lineal y otras no lineal), en los que las conductas conflictuales de uno de los actores genera una reacción o respuesta por parte del otro actor. Claramente en estas conductas conflictuales se ponen en juego recursos de poder para alcanzar los objetivos. A medida que estas se generan, incrementando los recursos de poder, aumenta la variable de intensidad del conflicto. La TC indica que su ponderación se mide a partir de la percepción de estas conductas por parte del otro actor, en relación a lo más cercano o lejano que los coloquen de alcanzar sus propios objetivos.

Si en esta interacción se produce un aumento de intensidad, la TC indica que el conflicto se encuentra en escalada. Si la intensidad disminuye, estaremos frente a una desescalada, en tanto que si hay un período temporal en el que no se registran estas interacciones, estaremos en una etapa de estancamiento del conflicto.

Dentro de esta observación se incluyen las consideraciones sobre las llamadas variables que prevalecen en el conflicto: acuerdo versus desacuerdo<sup>20</sup>; actos positivos versus actos

Siguiendo a Simmel, habla de tercero imparcial, ventajista y "divide para gobernar"; de Freund utiliza las categorías de terceros que participan en el conflicto (los aliados, protectores y beneficiarios) y terceros que intervienen en la resolución sin participar en la contienda (disuasor, persuasor y moderador)

<sup>18</sup> Estas coaliciones son clasificadas en revolucionarias, conservadoras e impropias.

<sup>19</sup> Esto también se explica desde la interpretación como sistema, en el cual existe un input - proceso - output.

En este plano habrán de darse los intercambios que posibiliten las soluciones negociadas por los actores o a través de la participación de terceros.

negativos<sup>21</sup>; amistosidad versus hostilidad<sup>22</sup>. Las ideas de esta distinción las ubica en el antecedente en el triángulo conflictivo de Galtung (1971) que coloca en los vértices de su figura la situación incompatible, las actitudes como tensión y hostilidad y la conducta conflictual (Entelman 2002).

Es importante remarcar que siguiendo la TC, es posible realidad tantos análisis estáticos como creamos convenientes a lo largo del proceso penal. Cada corte, pausa o fotografía, nos podrá dar resultados diferentes en los recursos de poder, terceros, tríadas y coaliciones, así como algunas variaciones en los objetivos de los actores.

# 5. ELEMENTOS GENERALES DE LA TEORÍA DEL CASO (TdC).

Dice Moreno Holman (2012) que:

"existe un supuesto básico elemental para poder aproximarse a la tarea de elaborar una teoría del caso, el cual es el conocimiento acabado y en detalle que debe poseer el litigante del caso particular, tanto desde la perspectiva fáctica, como también de la normativa sustantiva y adjetiva aplicable. Además, la jurisprudencia y posiciones dogmáticas aplicables al caso".

La TdC comprende, en el marco de la litigación penal, una versión sobre qué pasó, cómo se prueba lo que se dice pasó y cómo encuadra en la normativa lo que se prueba que pasó. Señalan Baytelman y Duce (2004) que esta metodología de trabajo es la idea básica y subyacente de toda presentación en juicio. En definitiva, se trata de la posición de la acusación y de la defensa, la pretensión en el marco del proceso.

La postura clásica en relación a la TdC señala que los elementos estructurales son tres: (a) lo fáctico (los hechos que dan cuenta del caso a plantear); (b) lo jurídico (el derecho aplicable: normativa legal, jurisprudencia y dogmática); (c) lo probatorio (los elementos que acreditan aquellas posturas fácticas y legales).

Es evidente cómo conocer la onticidad del conflicto que es sometido bajo el molde del proceso, ayuda y permite desarrollar una TdC que posea no sólo un fin práctico y beneficioso para quien la propone y sostiene, sino también para la generación de opciones de solución alternativas en el proceso penal.

## 5.1. Estructura de la TdC a la luz de la TC.

Si analizamos el proceso penal como un conflicto, deberíamos partir de diferenciar la fase de investigación de la de juicio propiamente dicho, propio de los procesos acusatorios. En la primera parte, se reconocen a uno de los actores en las fiscalías de investigación, y claramente

Los actos positivos facilitan el alcance de las metas del otro actor en tanto que los negativos lo dificultan.

Dada en el plano de lo afectivo. Debe destacarse que el movimiento en una de las variables, genera una inducción directa en el movimiento de las demás

es identificado prima facie su objetivo prioritario: obtener información pertinente para identificar los aspectos de autoría y prueba sobre el delito que formará parte de la requisitoria de elevación a juicio. A lo largo de la investigación, salvo aspectos de competencias, no hay mutabilidad en el actor, pero no en todos los casos reconoce exactamente al adversario (el otro actor). Desde la perspectiva del otro actor, en primer lugar se identificará con el autor del delito, y muy probablemente sus objetivos estén encaminados hacia el ocultamiento de rastros y pruebas sobre su participación en el hecho, etc. Seguidamente, se integrará la defensa particular o desde el Ministerio Público, estableciéndose así cambios en los elementos de los nuevos análisis estáticos que se realicen.

Durante la etapa de juicio, existe una definición más exacta de los elementos del conflicto. Esto implicará que cada actor (fiscal de juicio y defensa), establezca su propia TdC, estableciendo estrategias de litigación en orden a ellas. El objetivo en cada uno de los actores, estará puesto en lograr la convicción del juez (o jurado), sobre la TdC que se imponga en la sentencia.

Como sabemos, la TdC se sostiene por medio de tres elementos básicos: el fáctico (o narrativo), en el que la identificación de los hechos relevantes o conducentes que deben ser reconstruidos durante el debate oral, a través de las pruebas. No obstante, en la etapa de investigación constituyen objetivos de los actores. Los hechos contienen la acción o circunstancias de tiempo, modo o lugar, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas. Se puede contar con múltiples proposiciones fácticas para cada uno de los elementos legales, o solo con una.

El elemento jurídico, el encuadramiento de los hechos dentro de la norma penal aplicable, determinan los componentes básicos de la constitución de una norma en la cual se constituye en la tipicidad, la culpabilidad y la antijuricidad. Es este el punto de partida para el inicio de la investigación penal. Se fundamenta en la adecuación típica de la conducta, los hechos y el marco reglado sancionador de que dispone la ley.

El probatorio que sustenta lo fáctico; permite establecer cuáles son las pruebas convenientes que soporten la conducta punible y de responsabilidad del acusado, o la ausencia o falla de estos requisitos en el caso de la defensa. En esta línea, cada uno de los elementos probatorios, constituirán seguramente recursos de poder de cada uno de los actores para la TC.

La relación entre los elementos de la TdC es de continuidad: primero se encuentran los hechos (teoría fáctica), tienen relevancia penal. Esos hechos son encuadrados dentro de las normas penales que los actores que planifican su TdC creen que resultan aplicables (teoría jurídica), y posteriormente se contrastan tales hechos con la prueba (teoría probatoria). De esta manera, la teoría jurídica mejor estructurada y más coherente no será eficiente si no tiene una buena base fáctica que la sostenga o si no tiene una fundamentación probatoria que la haga creíble, orientada

a los propios objetivos.

Básicamente podemos identificar una construcción estratégica de litigación en base a los siguientes puntos:

- 1. Revisar los hechos iniciales de que se tiene conocimiento
- 2. Elaborar una versión o relato preliminar de lo ocurrido
- 3. Seleccionar los hechos de la versión o relato preliminar que tendrían que ser probados para darle credibilidad al mismo
- 4. Seleccionar los tipos penales con los que guarda mayor similitud la versión preliminar de los hechos elaborada en el paso 1.
- 5. Identificar los elementos que componen a los "tipos penales posibles" y listar los mismos.
- 6. Elaborar una nueva versión o relato sobre lo ocurrido

## 5.2. Convergencias y divergencias.

A los efectos didácticos y expositivos del planteo que aquí se realiza, se presenta una primera versión de un cuadro comparativo entre ambas teorías, de modo tal que se puedan reconocer puntos de convergencia y divergencia entre ellas.

	Teoría del Conflicto	Teoría del Caso
Instrumentalidad	Analítica	Estratégica
Actores	Es posible un análisis global,	Existe una teoría del caso para
	así como particular	cada actor o participante. Es
	(fractalidad). A partir de esta	decir, de acuerdo al
	mirada, es posible considerar a	posicionamiento que aplique el
	actores en un mismo plano	operador (defensor, fiscal), se
	(bilateralidad). No obstante,	considerará una "construcción
	puede observarse en cada	del caso" propia.
	conflicto que se identifique	
	dentro de un proceso penal, los	
	diferentes participantes:	
	fiscal, particular damnificado,	
	víctima, defensor. imputado,	
	juez, peritos, testigos.	
Objetivos	Son analizados como las metas	El objetivo de quien plantea la
	que buscan alcanzar cada	propia teoría del caso, está en
	actor, para darse por satisfecho	construir y presentar
	y ganador del conflicto.	racionalmente, un caso que

	Téngase en cuenta que	esté ligado a la representación
	dependiendo de la perspectiva	de un interés y de una parte
	que se adopte, puede variar la	procesal concreta.
	"relación ganar-perder"	
	frente a la "relación ganar-	
	ganar".	
Conciencia	Debe diferenciarse entre	Se da la particular situación de
	Percepción y Conciencia del	la distinción procesal penal de
	conflicto por parte de los	"investigación" y "acusación".
	actores: la percepción es "el	Desde la fiscalía, en la etapa de
	contenido con que acceden a	investigación o instructoria, no
	nuestro intelecto" los datos de	necesariamente hay un
	la realidad externa; la	conocimiento de quien es el
	conciencia "menciona el	otro actor. Si tiene conciencia
	producto de un acto intelectual	del conflicto y reconoce sus
	en el que un actor admite	metas, pero no necesariamente
	encontrarse con respecto a otro	reconoce al otro actor. De
	actor en una relación en que	hecho, parte de sus objetivos es
	ambos tienen o creen tener	identificarlo, hacerlo parte de
	objetivos incompatibles".	su teoría jurídica, narrativa y
	– La falta de conciencia, por	probatoria. Se puede considerar
	parte de alguno o de todos los	la faz de "conflicto objetivo"
	actores,	que presenta Entelman.
	dificulta la gestión del	Por parte del otro actor
	conflicto. (Calcaterra, 2013)	(infractor de la ley penal), es
		natural y necesario que tenga
		conciencia (comprenda la
		criminalidad del acto), y
		lógicamente identifique al
		adversario <sup>23</sup> .
		En la etapa de acusación y
		defensa, la faz objetiva y

subjetiva tienden a igualarse, y

		el requerimiento de elevación a
		juicio, alegatos de apertura, etc.
		dan plena conciencia y
		percepción del conflicto.
Poder	El poder en la teoría tiene	Los recursos de poder se
	diferentes aristas. Ello marca	centran en fortalecer la faz
	diferentes fuentes, así como	probatoria del caso que
	efectos.	quieren presentar como
	Se pone en juego la situación	"verdadero", o que mejor
	del cálculo del poder (relación	convenza, o genere una duda
	costo/beneficio), así como	razonable, etc. en la decisión.
	medición y relatividad.	
Terceros	Hay de diverso tipo y depende	Quien primeramente
	del marco teórico que en la	aparecería como tercero es la
	propia teoría desarrolla, para	autoridad decisoria (juez,
	considerar su participación.	jurado).
		Al analizar la faz probatoria,
		los terceros lo podrían
		constituir también los testigos,
		peritos, etc.
Triadas	Una característica principal de	Siguiendo los estudios de
	las triadas sería que se	Caplow (1974), las triadas
	descomponen o degradan con	tendrían propensión a
	el paso del tiempo,	transformarse en coaliciones de
	transformando "la fuerza en	dos actores contra uno, lo que
	debilidad y la debilidad en	establece las condiciones
	fuerza" (Caplow, 1974: 15).	mínimas para explicar procesos
	Las coaliciones pueden ser:	de cambio dinámico en las
	revolucionarias, cuando	correlaciones que se pueden
	subvierten la posición	dar en el proceso de múltiples
	dominante de A y trastocan la	sujetos (fiscal, particular
	jerarquía interna entre los	damnificado, víctima,
	actores; conservadoras, cuando	defensor. imputado, juez,
	mantienen la posición	peritos, testigos).
	dominante de A (pero además	

	A resulta fortalecida) y	
	mantienen intacta la jerarquía	
	interna entre los actores;e	
	impropias, cuando mantienen	
	inalterada la posición	
	dominante de A y trastocan la	
	jerarquía interna entre los	
	actores.	
Dinámica	Se van produciendo	En general se debe establecer
	movimientos, diferencias de	como propia y sin alteraciones.
	intensidad, variables, entre	Se sostiene en la faz narrativa.
	otros factores.	

#### 6. CONCLUSIONES

La Teoría de Conflictos y la Teoría del Caso se unen en su fuerza dogmática. La primera, como descomposición de un fenómeno que se constituye como propio de cualquier organización humana: el conflicto; la segunda, como un minucioso planteamiento de la táctica y estrategia a adoptar frente a determinado conflicto penal sometido a proceso. Su conexión central radica en que, justamente, un conflicto penal no deja de ser conflicto sólo por adquirir relevancia penal. Por ende, es posible analizarlo desde la perspectiva ontológica que propone Entelman (2002), sin dejar de considerar también perspectivas teleológicas que en el estudio, los operadores jurídicos consideren estrategias de resolución.

En este sentido, la TC no sólo proporciona un presupuesto de conocimiento para la TdC, sino que también aporta una herramienta de análisis e interpretación de fenómenos de conflicto, reductora coincidente con el Derecho Penal mínimo y de *ultima ratio* que constitucional, doctrinaria y jurisprudencialmente se pregona. Admitir el valor de la TdC como base, implica añadir al *telos* reductor, el *telos* resolutor. Es decir, permite abrir las vías de la resolución alternativa (complementaria, adecuada) de conflictos penales, para contener y reducir el ejercicio del poder punitivo (Zaffaroni, 2006) y buscar la resolución del conflicto, para así disminuir los niveles de violencia social (desafortunadamente altos en este campo).

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Baytelman, Andrés; Duce, Mauricio, "Litigación Penal Juicio Oral y Prueba", Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, (2005)
- Barmat, N. "Toma de decisiones racionales en el tratamiento de los conflictos". Ed. Advocatus.

- Córdoba (2010)
- Calcaterra (2008) "El Modelo de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos. Del objeto conflicto al sistema conflicto" (Rev. Electrónica de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, Año IV Número VI (2008).
- Calcaterra (2016) "El sistema Conflicto: Análisis y Gestión Estratégicas de Conflictos. Hacia un nuevo Paradigma en la Administración de Justicia", Ed. Ibañez (2016), Bogotá, Colombia.
- Caplow, T. "Dos Contra Uno. Teoría de Coaliciones en las Triadas". Ed. Alianza. Madrid (1974)
- Entelman, R. "Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo Paradigma". Ed. Gedisa. (2002)
- Lezcano, J.M. y Forastieri, M. J. "Perspectivas sobre el Conflicto". Material de Catedra. FCJyS
   UNLP
- Marull, F. Narvaja, S y Peñalver, T. (Comp) "Programa de Formación para Profesores Universitarios en Litigación Oral". Manual de Ejercicios y Libro de Casos. Ed. UNLPam. Santa Rosa, La Pampa. Argentina (2019)
- Moreno Holman, Leonardo, "Teoría del Caso". Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial Director Dr. Alberto Binder. Ediciones Didot.
- Zaffaroni, E. "Manual de derecho penal. Parte general" Buenos Aires, Ediar (2006)."
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro (2002): "Derecho penal. Parte general" Buenos Aires, Ed. Ediar (2002)

## PARTICIÓN DE HERENCIA: SUS MODALIDADES

Melanie Lirio Conte Diego José Mayordomo Luciana Savoia Altolaguirre

## 1. Derecho aplicable y vigencia temporal de la ley sucesoria

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) rige desde el primero de agosto de 2015 y una de las cuestiones que plantea su entrada en vigencia es determinar la ley aplicable a las sucesiones que se encontraban en trámite al tiempo de su sanción. El hecho de la muerte implica la apertura de la sucesión y al concurrir ambas con la transmisión de la herencia en un mismo instante se impone como rector el principio según el cual la ley vigente al momento del fallecimiento del causante rige el proceso sucesorio.

El CCyC norma el derecho aplicable en su artículo 2644 receptando el mencionado principio al establecer que la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Igual interpretación abona el artículo 7 del Código mencionado cuando determina que las leyes no tienen efecto retroactivo excepto disposición legal en contrario, razonamiento que se robustece por cuanto su permisión podría vulnerar intereses constitucionalmente protegidos, como el derecho de propiedad. El Código Civil de Vélez Sarsfield observaba el mismo lineamiento en sus artículos 3282 y 3283, siendo los mismos, antecedentes de la normativa actual.

Conforme enseñan Córdoba y Ferrer<sup>1</sup> el fallecimiento del causante es el hecho generador de la transmisión hereditaria por lo que, ante la sanción de una nueva ley sobre la materia, las consecuencias ya están producidas. La muerte agotó el fenómeno sucesorio y los efectos que de ella derivan, la vocación sucesoria de los llamados a recibir la herencia, la transmisión del patrimonio relicto y el derecho de opción, ya se cumplieron, no siendo alcanzados por normas posteriores que los alteren (2016).

En cuanto al derecho aplicable, la partición en su esencia como instituto del derecho sucesorio tendiente a transmitir los bienes del causante de modo exclusivo, derecho sustancial, no debe confundirse con los modos de practicarla, derecho formal, ya sea en el marco del derecho público de un proceso judicial o bajo la autonomía de la voluntad del derecho privado. Como acto atributivo de bienes es una institución del derecho civil mientras que la acción de partición pertenece al derecho formal, instituida con miras a la concreción del acto atributivo que importa la partición y culmina el proceso sucesorio (Costanzo-Posteraro Sánchez, 2015).

El artículo 121 de la Constitución Nacional establece que las provincias se reservan el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal, conservando la potestad de legislar sobre la forma de los procesos judiciales. En este sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa norma el derecho local de contenido procesal aplicable, regulando la partición y adjudicación en su Libro VI, Capítulo VI. No obstante, el referido poder no es absoluto por lo que la legislación de fondo contiene también normas de contenido procesal, las que hayan disipadas en todo el entramado del CCyC.

Relativo a la aplicación temporal de los lineamientos procesales contenidos en la legislación de fondo, en autos "Savio, Herminia Emilia y Otro s/ Sucesión Abintestato" (Revista Jurídica Nº 29, 2015) la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, sentenció que las normas procesales del CCyC exigen un análisis minucioso acerca de cuáles de ellas son inherentes al funcionamiento de las normas sustantivas y cuáles, en realidad, están arrebatando a las provincias sus potestades legislativas no delegadas coadyuvando, si así fuera, a un centralismo que es incompatible con el federalismo. En ese sentido a una sucesión abierta antes del primero de agosto de 2015 que está regida por el Código Civil de Vélez Sarsfield, no le son aplicables las normas de orden procesal contenidas en el Código actual, pues las normas de este carácter contenidas en un código de fondo son normas vinculadas a un determinado derecho sustantivo, con lo cual rigen en tanto rija el derecho sustantivo al cual sirven.

Conforme lo señalado, las normas del ordenamiento vigente no se aplican retroactivamente a las sucesiones cuya apertura se produjo con anterioridad a su sanción, rigiendo exclusivamente a aquellas que sean posteriores.

#### 1. Comunidad hereditaria

Cuando fallece una persona, si sus sucesores son más de uno, se genera entre ellos el estado de comunidad hereditaria, que es el lapso de coposesión de los bienes que poseía el causante y que va desde su fallecimiento hasta el reparto o partición que de los mismos hagan sus herederos.

Es importante subrayar que el estado de indivisión hereditaria sólo cesa con la partición, y no existe otra forma legal de finalización de este.

En la práctica, la comunidad hereditaria se prolonga por muchos años por infinidad de causas.

Respecto de su naturaleza jurídica se ha dicho que: 1) es una persona jurídica, 2) es una forma de condominio, y 3) que tiene identidad propia que nos permite distinguir su origen, su contenido y su fin que no es otro más que el reparto del patrimonio hereditario entre los sucesores según les corresponda y conforme la voluntad de los mismos.

El estado de indivisión hereditaria es, según Adriana Abella, una figura jurídica (diferente al condominio) y aparece como consecuencia inevitable en la legislación que organiza la transmisión hereditaria por causa de muerte, cuando el causante deja pluralidad de herederos y el acervo hereditario como el pasivo no es susceptible de división automática (2009).

## 2. Partición como acto jurídico

La partición privada que pone fin al estado de indivisión hereditaria es un acto jurídico de contenido patrimonial, plurilateral, que se rige por la autonomía de la voluntad. Su efecto es declarativo, no traslativo de derechos, juzgándose que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes que le son adjudicados y que no tuvo derecho en los atribuidos a sus coherederos.

La partición materializa la alícuota de la universalidad que a cada heredero le corresponde durante la indivisión en un derecho exclusivo sobre los bienes integrantes

del patrimonio relicto siendo su causa la transmisión originada por la muerte en virtud del llamamiento legal o testamentario.

#### 2.1. Validez de los actos jurídicos.

Resulta importante abordar el tema de la validez de los actos jurídicos que realizamos y sus efectos. Estos últimos guardan relación con la especial tutela que el ordenamiento jurídico reconoce a la autonomía de la voluntad.

La ley faculta a las personas a crear relaciones jurídicas siempre que estas cumplan determinados requisitos. Luego tutela esa voluntad creadora en tanto productora de efectos. El legislador protege especialmente esa autonomía de la voluntad al asignarle fuerza vinculante. Esa amplia protección que tiene está limitada por la afectación a derechos de grado superior y/o a terceros.

Cuando la voluntad no es sana, tiene vicios o no está animada por un fin lícito, el ordenamiento jurídico aniquila el acto, lo reduce a la nada porque exhibe una falla genética en su estructura. El negocio queda desbaratado desde su inicio o gestación.

El artículo 259 del CCyC define el acto jurídico, e indica la finalidad inmediata de producir efectos jurídicos. En algunos casos, el cumplimiento del acto no se da por circunstancias que hacen perder su eficacia.

La ineficacia puede ser originaria o sobreviniente. El primer caso es el ámbito de la nulidad, el segundo supuesto el de la caducidad, la revocación, la resolución y la rescisión.

La ineficacia y la invalidez no siempre se han distinguido. Parte de la doctrina se refiere indistintamente a ellas<sup>3</sup> (Ruggiero, 2015). Otra parte distingue como un concepto más amplio a la ineficacia. El autor al que se debe esta distinción es Windscheid quien nos dice: "un negocio puede ser ineficaz aun sin que un defecto paralice su potencia", como por ejemplo cuando falta la condición a que se lo sujeta o no consigue la ratificación a la que queda subordinado (Nieto Blanc, 2015, p.91).

La ineficacia hace mención a la falta de efectos del acto, aún cuando sea perfecto. La invalidez se corresponde con la nulidad y, suelen utilizarse de manera indistinta. Se refieren a una sanción que recae sobre el acto con motivo de su imperfección. Por ende, no produce efectos propios (aquellos que constituyen el fin para el que se celebró), pero

esto no implica que no produzca efectos distintos (transformarse en otro acto, indemnización por daños y perjuicios, etcétera).

El CCyC, en el artículo 382, expresa que los actos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas. Un acto inválido puede ser nulo o ineficaz, pero no siempre un acto ineficaz es inválido.

Estas distinciones tienen efectos prácticos a los fines de la confirmación, de la teoría de la apariencia, del principio de conversión (artículo 384) a los que no les resulta aplicable el acto ineficaz. La ineficacia es un modo de tutela especifica que el ordenamiento jurídico otorga a quien puede verse perjudicado por un acto. Esta puede provenir de vicios existentes en el mismo momento de la formación del negocio, pero también un acto puede tornarse ineficaz con posterioridad a su celebración por causas extrínsecas o ajenas a su estructura. Este último caso puede ser un acto válido que se torne ineficaz si el deudor incumple y el acreedor funda en ese incumplimiento su derecho de resolver un negocio jurídico determinado.

El CCyC regula la nulidad de los actos jurídicos en la teoría general de la ineficacia. Distingue el concepto de ineficacia por nulidad e ineficacia por inoponibilidad y desaparece la tipificación que establecía el artículo 1037 del Código velezano. Así, da lugar a sostener que los jueces tienen mayor libertad de interpretación para declarar la nulidad. Sin embargo, el eje de la discusión está en que existen directivas precisas que nos indican que se debe tratar de preservar la subsistencia del acto aplicando el principio de conservación. El cambio conceptual se debe a que no siempre la nulidad o invalidez de un acto provoca un resultado justo sino todo lo contrario, ya que en muchas ocasiones puede dejar en peores escenarios a la parte en cuyo beneficio se estableció la sanción. Por tal motivo, el legislador previó, más allá de los institutos de confirmación, caducidad, prescripción, otros como el principio de conservación que se desprende de la normativa vinculada al error (artículo 269) y de las normas vinculadas a los contratos (artículo 1066). Este último constituye una directiva aplicable a los actos jurídicos tendientes a una autorregulación de intereses, de los que nacen derechos para una y para otra de las partes. También el principio de conversión del acto (artículo 384) forma parte de los remedios que inhiben la declaración de nulidad.

#### 3. Formas de partir

Desde el aspecto formal de la partición, la misma puede ser:

- Partición judicial, que es aquella que se da en el proceso de división de condominio o comunidad; y
- 2. Partición extrajudicial, o ahora definida por el CCyC como "partición privada", que podemos decir que puede ser en sede notarial, otorgándose la misma por escritura pública, o la llamada "partición mixta", cuya su vigencia y validez se encuentra bajo debate, que consiste en otorgar la partición por instrumento privado, y luego presentarlo ante el juez para su homologación.

Para un análisis más profundo de cada una de las formas, nos remitimos a los acápites siguientes.

## 4. Partición judicial

Adentrándonos en la partición judicial, el Código Civil y Comercial vigente desde el año 2015 la contempla en el artículo 2371 que reza "La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente."

Conforme lo expuesto, frente a alguna de las circunstancias estipuladas en el artículo referido, apreciamos que la partición judicial se encuentra contemplada como excepción a la partición privada y a su vez como imposición, al utilizar el artículo las palabras "debe ser".

Por lo tanto, si todos los comuneros son mayores de edad, capaces, están presentes y de acuerdo en cómo partir, no hablando de la forma instrumental, sino en cuanto al contenido, podrá proceder la partición privada. Caso contrario, deberá ser judicial, que tiene lugar cuando hay alguien merecedor de protección que se podría ver perjudicado, por ejemplo, un incapaz o capaz restringido miembro de la comunidad, o un tercero acreedor de alguno de los comuneros que se oponga a que su deudor sea desfavorecido. En este punto, cabe aclarar brevemente que si alguno de los comuneros en la partición, no resulta adjudicatario de ninguno de los bienes, parte de la doctrina entendería que hubo una transmisión a título gratuito, por lo que aplicando el artículo 1543 del CCyC, se aplicarían subsidiariamente las reglas de las donaciones, y toda su observabilidad,

que obviamente, es un tema merecedor de un análisis más profundo que no nos convoca en este trabajo.

Es menester explicar, con riesgo de pecar de obviedad, que respecto al inciso *a*) del artículo en análisis en cuanto sostiene que si hay copartícipes ausentes deba proceder la partición judicial, nada obsta que la partición sea efectuada por un tercero que actúe como mandatario.

La partición podrá ser pedida por cualquiera de los comuneros, una vez aprobado el inventario y el avalúo. E incluso, en cuanto a la legitimación, el mismo C.C.C.N. dispone en el artículo 2364 "Legitimación. Pueden pedir la partición los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos. También pueden hacerlo, por vía de subrogación, sus acreedores, y los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero.- En caso de muerte de un heredero, o de cesión de sus derechos a varias personas, cualquiera de los herederos o cesionarios puede pedir la partición; pero si todos ellos lo hacen, deben unificar su representación."

Los dos artículos que le siguen al artículo 2371 son de naturaleza meramente procesal, por lo que sorprende su integración al CCyC. Es así que el artículo 2372 contempla la posibilidad de que cualquiera de los copartícipes pueda solicitar la licitación de alguno de los bienes que integran el acervo hereditario para que se le adjudique, siempre que sea por un valor superior al de su avalúo, que los demás comuneros no superen su oferta y que la misma se haga dentro de los 30 días de aprobada la tasación.

En el caso de efectuarse la licitación, el bien le será imputado a su hijuela por el valor que ofertó y quedando por lo tanto modificado el avalúo del respectivo bien.

El artículo sigue explicando que, si la licitación es hecha por dos o más copartícipes, el bien adjudicado lo será en copropiedad, y se les imputará de manera proporcional en la hijuela de cada uno de ellos.

El artículo 2373 habla de la figura del partidor, sosteniendo lo siguiente "Partidor. La partición judicial se hace por un partidor o por varios que actúan conjuntamente.

A falta de acuerdo unánime de los copartícipes para su designación, el nombramiento debe ser hecho por el juez."

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aclara esta figura en los artículos 727, 728 y 729, disponiendo sintéticamente que el partidor deberá tener título de abogado, cumplir con los plazos que fije el juez y que, para hacer las adjudicaciones, si

las circunstancias así lo requieren, deberá oír a los interesados para obrar de conformidad con ellos en todo lo que pueda conciliar.

Marcos M. Córdoba<sup>4</sup> señala lo siguiente el partidor es un delegado del juez. Ello resulta de la misma naturaleza de la función que realiza, pues si se llama judicial a la partición, no es solo porque se verifique ante la justicia de acuerdo con determinado procedimiento, sino porque es el juez quien decide acerca de su contenido. Previamente cuenta con la labor de un perito, es decir de un entendido, (...) de una persona que poseyendo determinados conocimientos informa al juzgador en cuanto se relaciona con su especial saber. (2017).

#### 5. Partición mixta

Es en este punto que la doctrina más ha discutido respecto de la partición desde la sanción del CCyC. Su causa se debe a que la partición mixta, que es aquella que se concretaba extrajudicialmente por convenio celebrado en instrumento privado, y se presentaba al juez para su homologación o aprobación, se sustentaba en el artículo 1184 inciso 2 del Código Civil Velezano, que sostenía "Deben ser hechos en escritura pública, (...) las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión", en cambio el CCyC, no contempla expresamente la partición mixta, al omitirse dicho supuesto en el artículo 1017 que establece qué actos son aquellos que deben celebrarse por escritura pública.

La forma de instrumentar la partición mixta en la manera indicada originariamente surgió de modo consuetudinario y la práctica repetida tuvo reflejo jurisprudencial en el plenario "Bollini de Battilana, Matilde c/ Schoo Lastra, Oscar y Bonneu, Enrique J.s/Escrituración - Sucesión" donde se estableció que es procedente la partición otorgada por instrumento privado aprobada judicialmente. (J.A. 000181925000111, Id SAIJ: FA24020004).

Tal como adelantamos, el Código vigente no impone expresamente forma para las particiones privadas y, habiéndose suprimido el artículo indicado, se han elaborado dos interpretaciones: 1) Postura que no otorga validez a las particiones mixtas y 2) Postura que otorga validez a las particiones mixtas.

Prestigiosa doctrina considera que al no receptarse en el CCyC el artículo 1184 inciso 2 del Código Velezano, si entre los bienes a adjudicarse por la partición existe un inmueble, no son válidas las particiones mixtas en cuanto a su forma.

Entiende esta postura que al indagar acerca de la norma equivalente del anterior artículo 1184 inciso 2 en el régimen actual no se encuentra similitud. Por ende, no existiendo reflejo del mismo y revistiendo las particiones privadas la calidad de contratos, la forma requerida es la escritura pública por aplicación del artículo 1017 inciso a del CCyC. que establece que deben ser otorgados con dicha formalidad los contratos que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (Sabene, 2017)

Otro de sus fundamentos es que cuando el Código quiso admitir la presentación de un instrumento para su aprobación judicial, lo hizo expresamente por lo que cuando existe un inmueble entre los bienes partibles, si la partición se realizó mediante el derogado sistema mixto el instrumento implica para las partes la obligación de otorgarla conforme surge de la interpretación de los artículos 969 y 1018 del CCyC. (Urbaneja, 2018).

La tesis que otorga validez a las particiones mixtas, en cambio, entiende que es de aplicación el artículo 2369 del CCyC, el que dispone que si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente, admitiendo así, la libertad de formas.

Esta doctrina, señala que la partición no implica creación o modificación de un derecho real, ya que el heredero tiene desde la muerte del causante una parte indivisa del patrimonio relicto transformando la adjudicación la cuota ideal en la atribución de un bien determinado. Su efecto es declarativo, no traslativo de derechos, juzgando que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes que le son adjudicados y que no tuvo derecho en los atribuidos a sus coherederos. Es decir, la partición materializa la alícuota de la universalidad que a cada heredero le corresponde durante la indivisión en un derecho exclusivo sobre los bienes integrantes del patrimonio relicto siendo su causa la transmisión originada por la muerte en virtud del llamamiento legal o testamentario.

Por lo tanto, esta parte de la doctrina entiende que se rige por las normas y forma del derecho sucesorio conforme manda aplicar el artículo 1892 del CCyC, último párrafo, y no por la forma de las transmisiones entre vivos propias de los contratos. Y, al

exceptuarse de aplicación al derecho sucesorio las normas de los derechos reales, el artículo 2363 determina que si la partición incluye bienes registrables es oponible a terceros desde su inscripción, lo que de aplicarse el régimen de los derechos reales, no hubiera sido necesario precisar por resultar redundante.

Otro de sus fundamentos, es que, la llamada "partición mixta" es contemplada en muchos códigos procesales provinciales, como el nuestro, que en su artículo 701 señala "Partición privada. Una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos capaces y representantes de los incapaces estuvieran de acuerdo, podrán formular la partición y presentarla al juez para su aprobación. (...)."

#### 6. Partición en sede notarial

La partición privada actualmente se encuentra regulada en el ya mencionado artículo 2369 del CCyC. Dicha norma ha sido tomada del artículo 3462 del Código velezano, reemplazando los términos herederos por "copartícipes" y capaces por "plenamente capaces", incorporándose un agregado según el cual podrá ser total o parcial.

#### Por lo tanto:

Se exigen en el artículo 2369 tres requisitos para que proceda la partición privada: 1) presencia de todos los herederos, 2) capacidad y 3) decisión unánime. A lo dicho, debe sumarse que no medie oposición de un tercero fundándose en un interés legítimo según expresa el artículo 2371 inc b). Esto debido a que en este caso la partición deberá ser judicial (Clusellas, 2015, p.89, Tomo 8)

La presencia de los copartícipes debe ser entendida como la prestación de conformidad con la partición realizada en forma privada. De la misma forma esta queda cumplida con la intervención de un representante designado a tal fin.

En el caso de la existencia de personas menores de edad o que se les haya restringido su capacidad quedan excluidos de la posibilidad de realizar la partición de forma privada.

En cuanto a la unanimidad requerida en el artículo 2369 se refiere tanto a la forma como al acto por el cual se concreta la partición. En el caso de que no haya unanimidad en cuanto a lo indicado inevitablemente deberá realizarse en forma judicial.

El artículo 2369 en su última parte nos expresa que la partición realizada en forma privada podrá ser total o parcial siempre y cuando lo acuerden los coparticipes. Si una parte de los bienes no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de los que son actualmente partibles.

En cuanto a los beneficios de este tipo de partición, podemos enumerar entre ellos: 1) El documento tiene matricidad. Esto significa que el documento original firmado por las partes está en el protocolo del notario, y ante la pérdida de la primera copia podría emitirse una segunda copia y así sucesivamente en el caso de ser necesario; 2) Al realizarse ante notario y por instrumento público otorga fecha cierta al instrumento con las garantías que otorga ello ante cualquier eventualidad; 3) No está discutida doctrinariamente su existencia como tal. No obstante que los coautores de este trabajo entendemos como no observable un antecedente de una partición mixta, sabemos que existe importante doctrina que sostiene ambas posturas antagónicas con respecto a la partición mixta; 4) Interviene en la redacción del instrumento un profesional del derecho a cargo de una función pública, garantizando seguridad jurídica, imparcialidad y objetividad en su otorgamiento; 5) Al otorgarse en sede notarial previamente el notario realizará el Estudio de Títulos de los antecedentes tanto notariales como judiciales, lo que garantiza la seguridad jurídica al momento del otorgamiento del acto declarativo; 6) La publicidad registral y los beneficios que de ella derivan, en un todo de acuerdo con la Ley Registral 17,801 y Ley 483/68.

# 7. La inscripción de la declaratoria de herederos, ¿una forma de partir?

Este es un problema, que tiene su origen en los Registros de la Propiedad Inmueble y que existe o, por lo menos, ha existido a lo largo y ancho del país. La cuestión comienza cuando al inscribirse una declaratoria de herederos dictada en un proceso sucesorio, se inscribe adjudicándose a cada heredero conforme ley su llamada hijuela. Y es así que una vez inscripta, surgen algunos de estos interrogantes: ¿sigue habiendo comunidad hereditaria? ¿Estamos ahora frente a un condominio? ¿Operó "de pleno derecho" la partición de la comunidad?

El artículo 2675 del Código Civil velezano sostenía "El condominio se constituye por contrato, por actos de última voluntad, o en los casos que la ley designa", y su nota

decía "Como en los casos de los gananciales de la sociedad conyugal, o cuando se prolongue una indivisión, o en los casos de conmistión, o confusión de cosas". A partir de este artículo y su citada nota, cierta doctrina se pronunció sobre la posibilidad de la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio a partir de la inscripción registral de la declaratoria de herederos respecto de un bien determinado (sobre todo si tal situación perdura durante un cierto tiempo).

Antonio R. Coghlan, sostenía en esta línea, que una vez muerto el causante, ciertos actos como la aceptación de la herencia y la declaración de heredero, hacen presuponer el consentimiento expreso a la formación del condominio (1980)

En la postura sustentada por algunos otros doctrinarios, en cambio, la transformación de la comunidad hereditaria en condominio se produce cuando esta situación se prolonga en el tiempo, ya que, al no haber oposición ni reclamo alguno, se puede presumir que han dado su asentimiento tácito. Uno de los inconvenientes de esta tesitura reside en la subjetividad de cuánto tiempo debería transcurrir para considerar que la voluntad de los coherederos es ser condóminos.

Otros se inclinan por la negativa, a cuyo respecto cabe destacar que la constitución del condominio que se refiera a inmuebles o muebles registrables celebrada por contrato, necesita escritura pública.

Jorge Alterini, citado por Adriana N. Abella<sup>,</sup> a nuestro criterio el más claro al respecto, ha sostenido que:

"La tesis de la transformación del dominio del causante en condominio de los herederos implica en definitiva la desaparición de la figura de la comunidad hereditaria, cuyo régimen no es idéntico al condominio. No se comprende porqué la inscripción registral de la declaratoria de herederos, que tiende simplemente a su publicitación, pueda tener tal energía como para convertir una comunidad hereditaria en un condominio, cuando ninguna disposición legal da pie a ese trascendente efecto y máxime que el condominio tiene como objeto único a las cosas. Si la inscripción de la declaratoria es insuficiente para generar el condominio, no debe inferirse de la prolongación de la indivisión luego de esa publicidad registral la virtualidad que ninguna norma prevé de alumbrar el condominio entre los cotitulares: por lo demás, parece objetable una doctrina que asienta una derivación tan significativa en una pauta tan indefinida como es

la "prolongación" del estado de indivisión, sin que haya señalado cuál sería el lapso mínimo, por lo menos aproximado, de esa prolongación" (2008, p. 373)

## Zannoni sostiene que:

"El hecho de que la declaratoria de herederos sea inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble no altera su intrínseca naturaleza: ser el título hereditario oponible erga omnes que acredita ser heredero de quien figura como titular registral del inmueble. La declaratoria por sí sola no constituye, ni transmite, ni declara, ni modifica derechos reales sobre inmuebles. Su valor declarativo se limita al llamamiento hereditario." (1997)

Cabe destacar, que en las provincias en las que se inscribe la declaratoria de herederos o el testamento, dicha inscripción puede ser solicitada por uno solo de los coherederos. Por lo tanto, los restantes no podrían ser obligados a pasar de un estado jurídico a otro sin prestar su consentimiento.

Al sancionarse el CCyC, sin reflejarse el artículo ni la nota citadas precedentemente, y siendo claro el artículo 2363, ya que establece "La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos", podemos decir que se ha impuesto el criterio negativo, por lo que los Registros de la Propiedad Inmueble deberían acondicionarse al respecto, y dejar de inscribir con porcentajes las declaratorias de herederos respecto a la proporción sobre todo el acervo hereditario, no sobre cada bien en particular, ya que mientras no se haya ejercido la partición, los herederos sólo tienen una porción ideal sobre la universalidad del acervo hereditario.

Además, cae de maduro, que un asiento registral no puede generar efectos de fondo, como lo es un efecto partitivo.

En este sentido, cabe citar la Disposición Técnico Registral dictada por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires bajo el número 7 del año 2016, en la que su artículo 1° dispone que "Cuando se presenten a registración documentos que contengan declaratorias de herederos o testamentos sin que exista partición, sólo se tomará razón, con relación a los sucesores y —en su caso— cónyuge supérstite, de sus datos personales, sin consignarse proporción alguna.", y en su artículo 4°: "La publicidad de proporciones en los asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos, que continuará hasta la entrada en vigencia de la presente disposición, no

importará cesación de la indivisión hereditaria ya que ésta sólo concluye con el otorgamiento de la partición."

Por lo expuesto, se concluye que los registros de la propiedad inmueble que todavía no lo hayan hecho, sigan el camino acertado del citado Registro de la Propiedad Inmueble.

# **CONCLUSIÓN**

En virtud de lo expuesto queda de manifiesto que el estado de indivisión hereditaria solo cesa con la partición no surtiendo igual efecto la inscripción de la declaratoria de herederos.

De las modalidades enunciadas resulta evidente la conveniencia de partir en sede notarial. El escribano, profesional del derecho imparcial a cargo de una función pública asegura la validez y eficacia del instrumento contribuyendo además a la seguridad jurídica en general y preventiva en particular.

# **BIBLIOGRAFÍA**

- Abella, Adriana N. (2008). Derecho Inmobiliario Registral. Buenos Aires, Zavalia.
- Benavente, María I. (2015). Régimen de las nulidades. En Kiper, Claudio (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.). *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I.* (Págs. 87-168). Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.
- Coghlan, Antonio R. (1980). *El condominio sin indivisión forzosa*. Buenos Aires, La Ley.
- Córdoba, Marcos M. y Ferrer Francisco A. M. (2016), Práctica del Derecho Sucesorio, 1° edición. Buenos Aires, Astrea.
- Córdoba, Marcos M. (2017) "Sucesiones", Buenos Aires, EUDEBA.
- Costanzo, Mariano y Posteraro Sánchez, Leandro N. (2015). Arts. 2363 a 2423. En Clusellas, Eduardo G. (Director). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado. Tomo 8.* Buenos Aires, Astrea.
- Sabene, Sebastián (2017), "Inscripción de declaratorias de herederos y particiones, con especial referencia a los instrumentos judiciales informáticos" en LXXIII Seminario teórico práctico Laureano Moreira, 1 y 2 de junio de 2017.
- Urbaneja, Marcelo E. (2018) "Formas de la partición de las comunidades" en *Revista del Notariado*, N° 934, Buenos Aires.
- Zannoni, Eduardo A. (1997) Derecho de las Sucesiones. 4ª Edición. Tomo 1. Buenos Aires, Astrea.

#### **Referencias Jurisprudenciales**

- **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F**, "Savio, Herminia Emilia y Otro s/ Sucesión Ab-intestato", 28/09/2015, Cita Online: AR/JUR/35711/2015 en *Revista Jurídica de San Isidro*, N° 29, 2015, p. 65 y 66.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (en pleno), "Bollini de Battilana, Matilde c/ Schoo Lastra, Oscar y Bonneu, Enrique J.", 17/10/1924, J.A. 000181925000111, Id SAIJ: FA24020004.

# EL LAWFARE Y LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS

Camila V. Loggiacco

#### I.- Introducción.

Cuando hablamos de Lawfare y nos adentramos en el estudio y análisis de su aplicación se advierte que es usual abordar la temática partiendo de casos referidos a la persecución jurídica y mediática que sufren los funcionarios públicos e integrantes de partidos políticos que cuenta con un amplio apoyo popular.

Desde el Centro de Investigación en Derecho Crítico se buscó visibilizar a otros actores sociales que pese a no contar apoyo popular, eran víctima de la persecución mediática y judicial por oponerse a una política de estado. Es así que abordamos el reclamo indígena de las Comunidades Mapuches de Río Negro y la región.

A diferencia de las figuras políticas como Lula Da Silva, Cristina Fernández de Kirchner, Rafael Correa y Evo Morales donde existe un amplio apoyo popular (que es el que se busca desmontar a partir de noticias falsas), las Comunidades Originarias son un sector social altamente vulnerado, estigmatizado y relegado, donde la persecución ha sido moneda corriente en su devenir histórico. Tal ha sido la asedio sufrido por los pueblos originarios de la región Patagónica que el estado argentino tiene una gran deuda que saldar en cuanto al reconocimiento del genocidio mapuche-tehuelche y la posesión ancestral del territorio, aún hoy en pugna con empresarios y multinacionales.

Pese a esta clara desventaja, en tanto al ser un sector vulnerable y estigmatizado la criminalización es más fácil de llevar a cabo, son actores sociales que han sufrido a los largo de 500 años las consecuencias de una guerra asimétrica.

La construcción del término "guerra asimétrica" (Dunlap, 2009) está relacionado con la construcción del enemigo interno, especialmente a través de los medios de comunicación y el proactivismo ilegal y parcial de la justicia. El pueblo Mapuche viene padeciendo esta forma de persecución, entre otras, desde la conformación del estado argentino. En un primer momento a través del Poder Ejecutivo donde con la intervención del Registro de la Propiedad, caja fuerte del estado, se era cómplice con los privados que alambraba un espacio del territorio con gente originaria dentro, y procedía a elaborar un documento público que establecía que esa tierra ahora pasaba a ser "propiedad privada" de un particular ().

Es la misma historia de la conformación del estado nacional la que nos permite entender

que las instituciones democráticas hayan venido en decadencia. En tanto debemos preguntarnos qué democracia fundamos si ésta se cimienta en el racismo, la tortura, el exterminio humano y el ocultamiento a través de una versión oficial de la historia?.

El descreimiento que tenemos respecto de las instituciones del estado es lo que nos lleva a hablar de un proyecto de reforma del Poder Judicial. Ese descreimiento relativamente nuevo respecto de las instituciones democráticas es un padecimiento que las Comunidades Originarias conocen desde siglos.

La región patagónica es una región de fuerte actividad minera y energética. La evolución del pensamiento social nos ha permitido ver que aquellas inversiones que se entendía como de progreso económico, desarrollo social y crecimiento personal, principalmente fines de los 80´ y durante los 90´, hoy sean entendidas como retroceso ecológico, disminución de la calidad de vida, y desde el punto de vista estatal pérdida de soberanía. La contracara de ese desarrollismo y sus efectos, son aspectos que como sociedad nos llevó décadas entender, pero es una lucha que las comunidades originarias de la región y de todo el territorio vienen batallando solos.

El lawfare, como modalidad delictiva que afecta a las institucionalidades de los estados, nos llama no solo a reformar el poder judicial, sino también a generar cambios en los demás poderes que integran un sistema democrático; y algunos antecedentes rionegrinos que aquí abordamos darán sustento de ello.

#### II.- Definición de Lawfare.

El lawfare es una nueva forma de golpe silencioso que se inserta dentro de formas de gobierno democráticos haciendo uso de derechos fundamentales como lo es la libertad de expresión y de prensa, y construye una versión oficial que dá sustento a figuras delictivas, donde la denuncia e instrucción de la causa exacerba y autosustenta la versión que le da origen.

Es el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabitabilidad de un adversario político. Combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos), de forma tal que este sea más vulnerable a las acusaciones sin prueba. El objetivo es lograr que pierda apoyo popular para que no disponga de capacidad de reacción. (Vollenweinder y Romano, 2017, p. 1)

Esta definición nos ha permitido entender el accionar mediático y jurídico desplegado para deslegitimar y socavar dirigentes y referentes políticos cuya imagen debía ser desacreditada en virtud de su amplio apoyo popular o social.

Pero qué sucede cuando el objetivo de los grupos empresariales resulta ser sectores sociales históricamente relegados, olvidados, vulnerados y despojados, que resisten en el territorio los avatares de los particulares inescrupulosos y de las grandes corporaciones?. Cuando se da a conocer el término lawfare, se lo define como un método militar no convencional en el que la ley es usada como un medio para conseguir un objetivo militar y que resulta necesario para enfrentarse a enemigos en guerras asimétricas<sup>4</sup> (Dunlap, 2009).

Esta definición nos parece acertada dentro del contexto geopolítico patagónico, en tanto los antecedentes nos muestran que la intervención del poder legislativo a través de por ejemplo las "leyes de emergencia" se fundaron los cimientos para establecer nuevas formas de mercado y legitimar la pérdida de soberanía. Esta fue la primer arma desplegada a los fines de preparar el terreno para inversiones megamineras en contra de derechos sociales y del Pueblo Mapuche.

Pero, qué se entiende por guerra asimétrica? Entendemos que esa asimetría en la temática que me convoca -Pueblos originarios- se da especialmente en la falta de paridad de armas, recursos y acceso a los medios de comunicación. Es decir, no hay correspondencia entre los medios empleados y el objetivo a repeler para conseguir un fin determinado. Consecuencia de ello fueron las muertes de Santiago Maldonado y Rafael Nahuel en agosto y noviembre de 2017.

De aquí que considero importante remarcar las diferencias entre el fin, el objetivo y el medio utilizado por el lawfare. La finalidad del lawfare es deslegitimar referentes políticos y sociales que se opongan a la implementación de una política mercantil que beneficia a corporaciones extranjeras y que se traducen en una clara pérdida de soberanía de los estados "víctimas". El objetivo, es la destrucción de las formas democráticas de gobierno para insertar el imperialismo (Borón, 2015) Mientras que el medio utilizado para deslegitimar al adversario es la persecución política mediante el despliegue mediático y el armado de causas judiciales.

# III.- Contexto geopolítico y los intereses económicos en pugna.

El 10 de diciembre de 2011 asume en el gobierno de la provincia de Río Negro el Abogado Carlos Soria. Una de las decisiones políticas que se tomó fue la aprobación de la ley de disponibilidad del empleado público provincial que se sancionó el 30 de diciembre del 2011 (veinte días después de su asunción), con el fin de remover a agentes de la administración sin cumplir con el procedimiento ni las causales establecidas en la ley provincia N° 3487. Esta decisión estaba en colisión con el principio de estabilidad del empleado público.

Por esos mismos días la legislatura provincial deroga la Ley anticianuro N° 3981 sancionada en el año 2005, que impedía el uso del cianuro en el territorio rionegrino para la extracción de minerales. Antecedentes desastrosos existen en Argentina producto del uso del cianuro para la extracción de minerales, como lo es la situación de la ciudad de Jáchal en San Juan, donde el agua de sus ríos ha sido contaminada con más de cinco millones de litros de solución cianurada.

Es decir que fue política de estado de los representantes que asumieron el gobierno provincial, el recorte de trabajadores públicos y habilitar a las empresas energéticas a disponer sin restricciones del suelo patagónico.

Los primeros intentos de implementar una política económica extractivista se da a través del accionar activo del poder ejecutivo y el poder legislativo provincial. Con la derogación de la ley anticianuro, se habilitó a que las empresas mineras que ya trabajaba en el territorio provincial -sin las evaluaciones de impacto ambiental que correspondentuvieran aún más margen de acción para extraer los minerales sin importar las consecuencias ambientales y humanas que ello conlleva, especialmente para las comunidades que integran esos territorios.

Tras el asesinato del Gobernador Soria el 1 de enero del 2012, asume la administración de la provincia de Rio Negro el Sr Alberto Weretilneck. Este último será electo gobernador provincial en las elecciones del año 2015.

Durante su período de mandato debemos destacar dos planes de acción. Por un lado la implementación del Plan Castello (denominación dada en honor al primer gobernador constitucional de la provincia de Río Negro, el abogado Edgar Castello), cuyo proyecto de ley fue presentado en la legislatura provincial con el propósito de avanzar con la toma de deuda por 580 millones de dólares, dando como garantía recursos de origen provincial. En segundo lugar, se presentó un proyecto para la modificación de la ley de tierras N° 279

por un "Código de Tierras Fiscales". El proyecto busca legislar sobre unas 5 millones de hectáreas, apuntando a modificar el destino de la tierra, promover la explotación de hidrocarburos, energética e inmobiliaria.

Este proyecto de código de tierras fiscales no solo afecta a las Comunidades Mapuches sino también a miles de habitantes rionegrinos que no tienen acceso al suelo para construir sus viviendas. Con este proyecto de ley el estado rionegrino omite cumplir con derechos humanos elementales como lo es el acceso a una vivienda digna, y en materia de derecho aborigen, incumple con la consulta previa, libre e informada a los pueblos originarios.

Hacer mención a las políticas de estado desplegadas desde el 2011, nos permite evidencia un perfil económico-capitalista bien marcado, que fue gestando la antesala de los acontecimientos que vendrían casi seis años después con el reclamo de las comunidades originarias de la región patagónica, con la consecuente desaparición y muerte de Santiago Maldonado y la ejecución por la espalda de Rafaél Nahuel en el año 2017.

#### IV.- El Control Social de las políticas de Estado.

A fines del año 2016 se conoció de la existencia de un proyecto de ley impulsado desde el Poder Ejecutivo Provincial con el propósito de modificar la ley de tierras provincial N° 279. Las autoridades y referentes de las comunidades originarias iniciaron diversos Traunes (reuniones) en diferentes puntos del territorio rionegrino con el propósito de comunicar a los peñis y lamuen (hermanos y hermanas) que habitan las tierras afectadas por el proyecto, sobre los alcances del mismo y debatir el impacto que ello tiene para vida de los pueblos originarios mapuches- tehuelches que habitan ancestralmente esas mal llamadas "tierras fiscales".

Fue así que se organizó una marcha pacífica, llevada adelante el 20 de abril del 2017 donde diferentes comunidades de la línea sur de la provincia de Río Negro, atravesaron el territorio provincial para hacer llegar su reclamo. Se recorrieron más de 800 km desde la ciudad andina de San Carlos de Bariloche hasta la ciudad de Viedma, Capital de la provincia, con el propósito de reunirse con el Sr Gobernador Alberto Weretilneck y este escuche el pedido de las Comunidades Originarias del territorio, bajo la consigna PETU MONGELEIÑ FEY MUTA TREKALEIÑ, FEY MUTA ZUNGULEIÑ KOMPUCHE (Estamos vivos, por caminamos, por eso hablamos todos).

La ciudad de Viedma respondió con blindaje en los organismos públicos. Se custodió el ingreso a los tres poderes del estado provincial con las fuerzas policiales, y en la casa de

gobierno como así también en el Dpto de tierras de la provincia se plantaron grandes vallados en sus ingresos.

De esta forma, mientras unos miembros del Pueblo Mapuche interpelaban al gobierno para frenar un proyecto de ley del que no habían podido participar; en la región cordillerana se gestaban recuperaciones. La recuperación territorial llevada adelante en Villa Mascardi de forma pacífica, sin armas, a plena luz del día por la Comunidad Mapuche Lof Winkul Mapu, fue una de ellas.

En Chubut la Comunidad Mapuche Lof Cushamen –comunidad a la que pertenece Facundo Jones Hualas- meses anteriores ya había iniciado la recuperación de territorios que el estado de dicha provincia había vendido a Benetton.

Por ambas recuperaciones se iniciaron despliegues mediáticos que criminalizaron a las Comunidades Mapuches, se armaron causas judiciales, represión de gendarmería, lo que trajo como consecuencia la muerte de dos jóvenes que reivindicaban la recuperación de tierras ancestrales, frente a el poder punitivo del estado Argentino.

A fines del año 2019 hubo otro intento del gobierno de la provincia de Río Negro de tratar el proyecto de código de tierras fiscales. En esta instancia a modo de respuesta se conformó un Foro Público por la Tierra, integrado por diferentes agrupaciones, sindicatos, centros de estudios, autoridades universitarias de la Universidad de Río Negro y de la Universidad del Comahue, Comunidades Originarias, el Consejo Asesor Indígena, la Coordinadora del Parlamento Mapuche y asociaciones civiles, entre otros.

Los antecedentes provinciales nos muestran que el accionar del Pueblo Mapuche ha sido un gran elemento de control al poder estatal, especialmente cuando el sistema de "controles y contrapesos" de los tres poderes del estado democrático no accionan y vulneran derechos humanos y ecológicos, en pos de intereses capitalistas.

# V.- La Criminalización del Poder Judicial, el Terrorismo del Poder Ejecutivo y la creación de un enemigo público a través de los medios de comunicación.

La marcha mapuche PETU MONGUELEIÑ tenía por bandera la pasividad del reclamo. María Cona, más conocida en el territorio rionegrino como La Abuela María, es Pillancushe de la Comunidad Cona Torres e hizo llegar sus palabras a los peñi, lamuen y organizaciones que participamos de la marcha, manifestando que "los mapuches no

podemos dar motivos para que el estado reprima. Porque eso es lo que quiere el gobierno que quedemos como violentos y brutos."

Esto nos demuestra que los miembros de las comunidades originarias son conscientes del rol del estado. Desde hace siglos son vínctimas del dedo inquisidor de las colonias, del genocidio del estado naciente y de la criminalización que se construye en los "estados democráticos".

### V.1.- Los Medios de Comunicación en la construcción del enemigo público.

En enero del año 2017, antes de que la mano ejecutora del estado argentino matara a Santiago Maldonado y Rafael Nahuel, el diario La Nación iba dibujando un perfil beligerante de las Comunidades Mapuche al expresar:

Resistencia Ancestral Mapuche (RAM) es una agrupación formada por descendientes de etnias mapuches que pretenden recuperar tierras ... y formar una nación propia.... La resistencia ancestral que propugna no es retórica ni discursiva, sino violenta. RAM se siente autorizada a ejercer la fuerza para lograr sus objetivos y promete que, dentro de su territorio, "sólo habrá justicia ancestral". (La Nación, 2017).

En un solo párrafo el medio de comunicación logra desinformar y confundir al lector al expresar que existe interés de los mapuches de crear una nación propia, naturaleza que ya poseen y que suelen confundir con el término Estado. Se replica la vieja idea de "bárbaros" de Faustino Sarmiento al acusarlos de hechos violentos, y se tergiversa el mensaje de justicia ancestral al desconocer la cosmovisión mapuche.

Pero el rol de los medios de comunicación no queda solo ahí, no alcanza solo con referenciar como violentos a un grupo de personas que batalla el cumplimiento de sus propios derechos, sino que además es necesario personificar ese enemigo para que todo el peso del sistema punitivo argentino actúe.

En ese sentido el mismo artículo periodístico identifica a una persona y construye un perfil violento. Deslegitima la lucha y arma el entramado de hechos para el inicio de un proceso judicial por actos terroristas.

Facundo Jones Huala encabeza ese movimiento, que ha tomado notoriedad por sus ataques a estancieros y productores mediante incendios, robos de ganado, tomas de tierras, daños a propiedades y lesiones a personas en Chubut. ...Poco han hecho los jueces y fiscales por miedo a las represalias (La Nación, 2017).

Aquí resulta muy clara la interpelación al Poder Judicial por parte de uno de los medios de comunicación más poderosos y con mayor alcance del país.

Por último, se advierte un discurso destructivo disfrazado de empatía que busca fraccionar la organización mapuche.

Como el resto de los argentinos, nuestros hermanos mapuches, descendientes de boroas, pehuenches ..., aspiran al bienestar de sus familias y a educar a sus hijos para que logren su realización personal en un mundo competitivo, conectado y tecnológico, sin olvidar nunca su pasado. Ése es el verdadero logro que se espera de quienes aman sus pueblos de origen y no el fracaso impulsado por quienes los usan para satisfacer patologías individuales hasta el punto de cometer delitos gravísimos que la Nación no debe tolerar.

Otros diarios encabezan las noticias con titulares como "Facundo Jones Huala, el mapuche violento que le declaró la guerra a la Argentina y Chile." (Perfil, 2018).

Ya para marzo del año 2018 se había resuelto la extradición de Facundo Jones Hualas a Chile para ser procesado por destrucción de la propiedad privada, tenencia de armas e ingresar al país vecino a través de un paso fronterizo de forma clandestina para cometer los ilícitos. En diciembre de ese mismo año se lo condenaba en Chile a 9 años de prisión. Para noviembre del año 2017 la situación de la Comunidad Pu Lof de Resistencia de Cushamen en la provincia de Chubut era de público conocimiento, especialmente con la desaparición y muerte de Santiago Maldonado, por lo que el despliegue mediático en torno a la recuperación de la comunidad Mapuche Lof Lafken Winkul Mapu en Villa Mascardi, Rio Negro no resultó tan incisivo. No obstante ello, el resultado del allanamiento trajo como consecuencia la muerte de Rafael Nahuel el 25 de noviembre de 2017 en manos de la Gendarmería Nacional.

Tres años después de la recuperación territorial y el asesinato del joven mapuche, los medios de comunicación continúan manifestándose en apoyo de los grandes empresarios y comerciantes de residen en Parque Nacional Nahuel Huapi, al publicar titulares como "Criminal ataque de una patota de Mapuches a un vecino de Villa Mascardi." (Infobae,

2020).

Al igual que los referentes de partidos populistas y de derechos humanos, los integrantes de las Comunidades Mapuches de la Patagonia padecen la criminalización y la deslegitimación de su lucha al referenciar la recuperación del territorio como "usurpación", "ocupación", "terrorismo", y reproducir de forma constante la existencia de violencia o de enfrentamientos armados frente al poder de policía del estado.

Una diferencia de esta persecución mediática, al menos aquí en Argentina, está en que los "enfrentamientos" que batallan los dirigentes y políticos se dan en los juzgados de Comodoro Py; mientras que la pelea que dan las Comunidades Mapuches se batallan en el territorio y los resultados son devastadores.

#### V.2.- Persecución a través del Poder Judicial.

Luego de la denuncia por usurpación realizada por Benetton contra el Lonko Facundo Jones Hualas, integrante de la Pu Lof Cushamen, los medios de comunicación como La Nación, Infobae y Clarín, se hicieron eco del reclamo empresarial construyendo imágenes y estereotipos, y presionando al sistema judicial para que se pronuncie sobre estos actos delictivos. En julio de 2017, el Lonko fue detenido en Esquel en el marco de una causa por usurpación iniciada por el mismo Benetton.

Estos antecedentes alcanzaron para que el Poder Ejecutivo a través del discurso presentado por la Ministra de Seguridad de la Nación, Patricia Bullrich refuerce el montaje mediático en torno a la RAM (Resistencia Ancestral Mapuche). De esta forma, la existencia de un grupo insurrecto resultaba ser el chivo expiatorio perfecto a los fines de justificar el accionar represivo del estado, frente a la desaparición y muerte de Santiago Maldonado el 1 de agosto de 2017 y el fusilamiento de Rafael Nahuel el 25 de noviembre de ese mismo año, con un referente como Jones Hualas que se encontraba detenido antes de que ocurrieran los hechos.

En la provincia de Río Negro, la muerte de Santiago Maldonado lejos de apaciguar la recuperación de territorios, actuó como un motor de lucha. La muerte de un joven en manos de Gendarmería Nacional, que apoyaba la causa mapuche hizo visible la problemática de las Comunidades Originarias.

Es en este escenario que se inicia la recuperación del territorio en Villa Mascardi a principios de noviembre de 2017, por integrantes mapuches de la Comunidad Lof Lafken

# Winkul Mapu.

Con el inicio de la investigación sobre la causa de muerte de Santiago Maldonado, especialmente por las inconsistencias en torno a su muerte, y ya capturado Facundo Jones Hualas como referente de la R.A.M., hubo un impacto atenuante en la redacción de los titulares que hacían referencia a la nueva recuperación territorial en Villa Mascardi.

Sin embargo el 10 de noviembre de 2017 se presenta a declarar personal de Parques Nacionales en la Comisaría de la Delegación Bariloche donde manifiestan la presencia de personas integrantes de una comunidad mapuche en el interior de Parques Nacionales.

A partir de allí se inicia un expediente judicial por usurpación que, con una celeridad poco vista, en menos de 48 horas contaba con 125 fojas, y la Fiscal de la causa Sylvia Little ya había solicitado la intervención telefónica.

Asimismo, frente a la imposibilidad de individualizar a los denunciados, el Juez hace lugar a las primeras diligencias. Se le dio intervención del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) para que certifique que la Comunidad Lof Lafken Winkul Mapu esté inscripta con personería jurídica e integren el registro de relevamiento de tierras de la ley N° 26160; al Departamento de Operaciones de video y Comunicación para que investiguen la organización; y a la Comisaría Regional a los fines de dar con los nombres de los integrantes de la comunidad en los barrios populares de San Carlos de Bariloche.

Producto de las investigaciones se da con las publicaciones en Redes de apoyo a la Comunidad Lof Lafken Winkul Mapu y de allí se extraen dos números celulares perteneciente a dos mujeres.

Hasta este momento no existía una denuncia formal de Parques Nacionales, no obstante se habían realizado las diligencias para identificar a los presuntos culpables, y se había caratulado la causa como de usurpación pero no se había acreditado la concurrencia de los elementos que hacen este tipo penal.

El apoderado de la Cooperativa de electricidad de San Carlos de Bariloche presentó una denuncia por "entorpecimiento del servicio público" de electricidad. De los antecedentes del expediente judicial, la existencia de dicho delito no pudo ser demostrado, en tanto uno de los operarios que presta declaración manifestó que "el servicio podía seguir funcionando en esas condiciones mientras haya caudal de agua". Según el testigo, no se podía afirmar la existencia de usuarios afectados porque el desperfecto fue comunicado por la empresa y él no pudo corroborar personalmente los daños. (C.O.F. expediente judicial FGR 26511/2017. Pag 162 y ss).

Con estos elementos la Fiscal Silvia Little solicita que se abra la etapa de instrucción, y solicita la concurrencia de delitos de usurpación y entorpecimiento de servicios públicos.

Es el Juez Gustavo E. Villanueva, subrogante del Juez Moldes, quien provee de conformidad con lo requerido por la Fiscal.

Recién en la fs 207 se acompaña la denuncia formal de Parques Nacional, cuando ya se había solicitado la instrucción y la conexión de causas pese a no haberse individualizado a los presuntos autores.

Con el solo fin de criminalizar a integrantes mapuches, se incorporan al expediente judicial noticias del diario digital Bariloche de octubre de ese mismo año, donde una Comunidad Mapuche llamada Lof Mapuche Colihuan Nahuel fueron reprimidos por gendarmería nacional producto de un allanamiento ordenado por el Juez Moldes y se agrega un artículo periodístico del año 2015 de otro violento allanamiento a la misma Comunidad.

La incorporación de elementos "probatorios" mediante noticias que vinculan a otras comunidades de origen mapuche, sin establecer previamente la conexión con el hecho denunciado ni identificar a los presuntos autores, da cuenta que el fin perseguido por la Fiscal de la causa no es la búsqueda de la verdad, sino criminalizar al Pueblo Mapuche.

En el segundo cuerpo del expediente judicial la Fiscal solicita que se lleve adelante el allanamiento, el cual se efectiviza el 22 de noviembre de 2017.

Finalmente el 25 de noviembre de 2017 se produce el fusilamiento por la espalda del joven mapuche Rafael Nahuel. Los medios de comunicación dirán que fue un enfrentamiento armado, el poder ejecutivo responderá en el mismo sentido, mientras que una nueva causa judicial se abría con el fin de encontrar "justicia".

#### V.3.- La construcción de la criminalidad desde el Poder Ejecutivo.

Finalizando el año 2017, con la muerte de Santiago Maldonado y Rafaél Nahuel, mediante comunicado de prensa la entonces ministra de Seguridad de la Nación, Patricia Bullrich junto con los ministros de Gobierno de Chubut, Pablo Durán, de Seguridad de Neuquén, Jorge Lara, y el ministro de Seguridad de Río Negro Gastón Pérez Estevan (recientemente designado Fiscal de Estado de la provincia de Río Negro) se manifestaron respecto a la supuesta organización terrorista.

En los últimos años se ha registrado un incremento del accionar violento y delictivo

de la organización Resistencia Ancestral Mapuche (RAM), el brazo armado de un movimiento de liberación etnonacionalista denominado Movimiento Autónomo del Puel Mapu (MAP). La RAM y el MAP, y su organización madre localizada en Chile, la Coordinadora Arauco Malleo (CAM) promueven una lucha insurreccional contra los estados argentino y chileno que persigue el fin último de escindir los llamados "territorios ancestrales" de ambos países, y confirmar un estado nuevo regido por un gobierno propio...reciben el apoyo de grupos anarquistas y de izquierda radicalizada que utilizan su nombre y sus símbolos para cometer actos violentos en las grandes ciudades.

Este comunicado de prensa tiene claramente tres funciones, criminalizar a integrantes mapuches, crear un enemigo público –al hacer referencia a intereses de escisión territorial-y consecuentemente producir quiebres o rupturas al interior de las organizaciones originarias.

#### VI.- Conclusión.

Con este sintético análisis, se busca dejar en evidencia que el lawfare no solo afecta a dirigentes políticos y representantes electos, sino también a grupos altamente vulnerados que se oponen a una forma de mercado de acumulación de capital en detrimento de las necesidades básicas de la sociedad, con políticas económicas extractivistas. Esta posición es coherente con la cosmovisión ancestral del Pueblo Mapuche, por lo que sus intereses tienen una matriz histórica y cultural que nada tiene que ver con partidismo político.

El lawfare es una forma evolucionada de golpe a los estados democráticos y por tanto se ven afectadas todas las instituciones que lo integran. Es la herramienta de guerras asimétricas que buscan entrometerse en los poderes del estado haciendo uso de su "sistema de creencias", de esta forma se introduce en la estructura democrática de los estados latinoamericanos para implementar el capitalismo salvaje.

Entendemos que existe lawfare cuando el poder ejecutivo celebra acuerdos que atentan con la soberanía de un país y vulnera los derechos humanos de su pueblo (golpe blando), también hay lawfare cuando el poder legislativo deroga o sanciona leyes en detrimento de los intereses del pueblo y violando el principio de Progresividad de los derechos. También estamos en presencia de lawfare cuando el poder judicial violentando el principio de inocencia coarta libertades sin sentencia firme.

Por ello consideramos necesario realizar un análisis crítico de la forma de gobierno

democrática y evaluar la integridad del sistema y sus organizaciones, porque no solo resulta imperioso llevar adelante una reforma del poder judicial en todas sus jurisdicciones, sino también rever el funcionamiento del poder ejecutivo y legislativo para que su accionar deje de legalizar acuerdos que atentan contra la soberanía de los pueblos que integran el territorio argentino.

Los tres poderes del estado, lejos de actuar como un sistema de frenos y contrapesos a los efectos de evitar que uno de esos poderes tenga supremacía respecto de los otros, actúan en complicidad frente al avance del capitalismo voraz.

Porque al fin y al cabo en la región patagónica la causas judiciales entorno a la tierra y sus recursos naturales, se debe principalmente a que el territorio es garantía de cumplimiento de acuerdos que el poder ejecutivo celebró y el poder legislativo aprobó en sesiones.

Los acontecimientos aquí expuestos son prueba de la complicidad entre poderes y de estos con los medios de comunicación.

El lawfare nos llama a pensar la forma de gobierno que vamos a implementar de acá en adelante, y para ello se necesita una mirada crítica sobre los tres poderes del estado y las instituciones que se deban crear para que la diversidad toda se encuentre contemplada. Se necesita de una democracia reversionada, deconstruida que se levante sobre nuevos cimientos, conforme los progresos de la época, para que los derechos conquistados no queden en letra muerta dentro de los tratados internacionales o las cartas magnas de los diferentes estados.

#### Bibliografía.

Argentina.gob.ar (2017). Comando unificado contra la violencia de la RAM. <a href="https://www.argentina.gob.ar/noticias/comando-unificado-contra-la-violencia-de-la">https://www.argentina.gob.ar/noticias/comando-unificado-contra-la-violencia-de-la</a>

<u>ram</u>

Dunlap, Charles (2009). *Lawfare: A Decisive Element of 21st-Century Conflicts?*, Joint Force Quarterly, N° 54, pp 34-39. Disponible en: https://scholarship.law.duke.edu/faculty\_scholarship/3347/

Anónimo, (21/01/2017) Facundo Jones Hualas el Mapuche violento que le declaró la guerra a Argentina y Chile. *Diario Clarín*. Recuperado de https://www.clarin.com/suplementos/zona/facundo-jones-huala-mapuche-

#### violento-d eclar-guerra-argentina-chile\_0\_BJneugWvl.html

- Anónimo (29/12/2011). Río Negro deroga la ley anticianuro. *Diario Río Negro*. Recuperado de https://www.rionegro.com.ar/rio-negro-derogo-la-ley-anticianuro-LFRN\_784582/ Anónimo (2017). Mapuches marchan a Viedma contra el Código de Tierras Fiscales. *Diario Río Negro*. Recuperado de
- https://www.rionegro.com.ar/mapuches-marchan-a-viedma-contra-el-codigo-de-tierras-fiscales-FB26 27733/
- Anónimo (27/11/2017). Patricia Bullrich sobre la RAM: no habrá diálogo con grupos violentos. *El Cronista*. Recuperado de <a href="https://www.cronista.com/economiapolitica/EN-VIVO.-Garavano-La violencia debe-ser-repudiada-por-todos-20171127-0064.html">https://www.cronista.com/economiapolitica/EN-VIVO.-Garavano-La violencia debe-ser-repudiada-por-todos-20171127-0064.html</a>
- Expediente judicial FGR 26511/2017 Parques Nacionales c/ NN s/ Usurpación. Fernández, A., Benente, M. y G. Thea F. (2020). *La Justicia Acusada*. Buenos Aires, Argentina: Grupo Editorial.
- Anónimo (27/11/2020). Criminal ataque de una patota de Mapuches a un vecino de Villa Mascardi. *Infobae*. Recuperado de <a href="https://www.infobae.com/sociedad/2020/11/27/criminal-ataque-de-una-patota-de-mapuches-a-un-vecino-de-villa-mascardi/">https://www.infobae.com/sociedad/2020/11/27/criminal-ataque-de-una-patota-de-mapuches-a-un-vecino-de-villa-mascardi/</a>
- Anónimo (30/01/2017). Editorial I. Violencia mapuche en Chubut. *La Nación*. Recurado de <a href="https://www.lanacion.com.ar/opinion/violencia-mapuche-en-chubut-nid1980078/">https://www.lanacion.com.ar/opinion/violencia-mapuche-en-chubut-nid1980078/</a>
- Romano, Silvina compiladora. (2019) Lawfare guerra judicial y neoliberalismo en América Latina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Marmol/izquierdo editores.
- Santillan, L (18/04/2017). Seis claves del nuevo Código de Tierras de Río Negro. *La Izquierda Diario*. Recuperado de <a href="http://www.laizquierdadiario.com/Seis-claves-del-nuevo-Codigo-de-Tierras-de-Rio-Negro">http://www.laizquierdadiario.com/Seis-claves-del-nuevo-Codigo-de-Tierras-de-Rio-Negro</a>
- Vollenweider, Camila y Romano, Silvina (2017), "Lawfare. La judicialización de la política en América Latina". Centro estratégico latinoamericano de geopolítica. Pag 1/12.

#### LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

Carlos Alberto Gabriel Maino

# 1. Introducción: El concepto de dignidad humana en la normativa constitucional y convencional.

El concepto de dignidad se ha vuelto el eje alrededor del cual gira gran parte del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, a partir de la Constitución de Bonn un gran número de Constituciones lo ha incorporado en un lugar preminente, y siguiendo a la Declaración Universal de los Derecho Humanos mucha declaraciones y convenciones también lo han incorporado. Nuestra ecúmene latinoamericana fue vanguardista al incluir el concepto en La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y luego en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Espiell, 2003)

Preámbulo: Considerando que 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 los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

Artículo 1 Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Artículo 22 Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana.

degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano." (art. 5), "El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido" (art. 6),

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> V. gr. España (art. 10.2 de la Constitución de 1978), Israel (Ley fundamental de dignidad humana y libertad, de 1992), Sudáfrica (art. 1 de la Constitución de 1996), y buena parte de las Constituciones del antiguo bloque del Este europeo (por ejemplo, art. 30 de la Constitución polaca de 1997, Preámbulo de la Constitución checa de 1992), y de casi todas las latinoamericanas (por ejemplo, arts. 1 y 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, art. 1 de la Constitución de México reformada en 2006, art. 1 de la Constitución del Brasil de 1988).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> En esta Declaración, se lo encuentra en:

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> En esta Declaración, se lo encuentra en: "los pueblos americanos han dignificado la persona humana" (primer considerando, concepción positivista), "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (preámbulo, concepción iusnaturalista), "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar" (artículo 23, referido a la propiedad).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> En la Convención, se lo encuentra en: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o

Esto ha generado un gran interés pero también críticas, un poco recogiendo la idea que ya esgrimiera Schopenhauer lo consideraba "el *shiboleth* de todos los moralistas perplejos y cabezas huecas (*empty-headed*) que ocultan detrás de esa expresión la falta de una base real de moralidad, o, en todo caso, de una que tenga significado" (Gómez Montoro, 2019). En la actualidad las críticas han venido principalmente del ámbito científico, cuando se ve a la dignidad humana como una cortapisa para el avance de la experimentación u otras cuestiones bioéticas. En el ámbito jurídico la consideración generalizada es más bien la opuesta, aunque algunos sostienen que se trata de un concepto vacío y justifican en ello el éxito discursivo del género. (Gómez Montoro, 2019)

De todas maneras, el tópico de la dignidad humana se encuentra ya tan extendido e incorporado en la legislación constitucional y en la jurisprudencia, que es insoslayable su estudio, y en todo caso, el intento de precisar su significado, alcance y virtualidades jurídicas concretas.

Bajo este análisis, se identifican al menos tres virtualidades jurídicas distintas de la dignidad humana (Gómez Montoro, 2019):

- Como derecho, v.gr. en la Ley Fundamental de Bonn
- Como fundamento de los derechos, v.gr. en la Constitución Española de 1978 (valor jurídico y criterio interpretativo)
- Como adjetivador de derechos, v.gr. derecho a la integridad física (y trato digno),
   derecho al honor (y a la dignidad), derecho al trabajo (digno), derecho a la vivienda (digna).

# 2. La vaguedad del concepto de dignidad humana

El concepto de Dignidad muestra cierta equivocidad en la doctrina y también en el uso que de él hacen los tribunales. Como propuesta de sistematización, se podría sustentar que el concepto encierra tres posibles contenidos distintos\_

- La dignidad como como un límite a la capacidad de decisión del Estado y de los propios individuos.
- La dignidad como un concepto ambiguo o -incluso- como un concepto vacío.
- La dignidad como protectora de cualquier decisión libre de la persona (al menos aquellas decisiones especialmente relevantes para su vida).

-

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> La expresión se recoge en Schopenhauer, A., On the basis on morality (primera edición alemana de 1840).

Desarrollaremos brevemente estos tres contenidos a continuación:

#### 2.1 La dignidad como límite a la libertad de los individuos.

Para Gómez Montoro el origen de la presencia del concepto de dignidad humana en el ámbito jurídico se remonta al constitucionalismo. Los derechos fundamentales nacen como una categoría esencialmente nueva, unida el movimiento constitucionalista que tiene lugar en Francia y Estados Unidos en el siglo XVIII y aunque no aparece allí el término, ni tampoco el concepto, de dignidad, los derechos responden a una visión muy concreta del hombre y de la sociedad que coincide con lo que subyace al mismo (Gómez Montoro, 2019).

El autor español señala que estas ideas se fundamentaban en la teología cultivada en Salamanca, la llamada segunda "escolástica" o "escuela española", que llevó al terreno subjetivo los postulados de la ley natural. También lo hizo de un modo similar el llamado "iusnaturalismo racionalista" de Grocio, Pufendorf y Selden. Otro antecedente destacable es el de John Locke, para quien la libertad y propiedad del hombre son derechos naturales, indisponibles para el propio hombre y a los que, en consecuencia, no puede renunciar ni al formar la sociedad ni al decidir vivir en una comunidad política y someterse al poder (Gómez Montoro, 2019).

Como fueron planteados, estos derechos son inherentes a todos los hombres, previos y superiores al poder político, indisponibles para su titular. Aunque no se expresara enunciativamente, la libertad e igualdad esencial en derechos atribuida universalmente al género humano se explica porque todos tienen la misma dignidad. Según Gómez Montoro habría en el constitucionalismo clásico un concepto de "dignidad tácita" que sustenta todo el movimiento.

Es de destacar que en este período no se protege una libertad a hacer lo que se quiera, es decir, una la total autonomía del individuo, sino aquello que es relevantes para la vida y el desarrollo del ser humano, esto es, la vida, la familia, la libertad religiosa, la libertad de expresión, la prohibición de detenciones arbitrarias, y el derecho a un juicio justo. Son derechos que todo hombre tiene por igual, porque están vinculados a su naturaleza y no a determinadas condiciones sociales.

La dignidad expresamente enunciada aparece con un protagonismo indiscutido luego en la segunda posguerra. En el constitucionalismo se adiciona a la organización del poder, la enunciación de derecho y de la dignidad, y lo mismo ocurrió con las declaraciones y convenciones sobre derechos humanos, como más arriba se expuso. En esta etapa la dignidad, y también los derechos junto con ellas, responde a dos fundamentos filosóficos y una solución de compromiso.

En primer lugar, la filosofía kantiana, que pone a la dignidad en un lugar central de su ética. En la *metafísica de las costumbres* se enuncia que las cosas tienen o un precio o una dignidad, aquello que tiene un precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que está por encima de todo precio y, por tanto, no puede ser restituido con nada equivalente, eso tiene una dignidad (Kant, 2012). Solo el hombre tiene dignidad; solo él tiene un valor insustituible y por ello debe ser tratado siempre como fin y no como medio. Solo el hombre tiene dignidad, este valor intrínseco absoluto y otorga a la persona un derecho al respeto (Gómez Montoro, 2019).

Pero esta visión de la ética kantiana no es pacífica. Al respecto Francisco Carpintero ha señalado que el hecho de que una de las formulaciones del imperativo categórico fuera que cada persona debe ser tomada como fin en sí misma y que las reglas deben cumplirse por respeto las reglas mismas y no por las ventajas que ello nos irrogue, no significa que Kant no fundamentara el deber. En efecto, nuestro autor sostiene que Kant parte desde la realidad existente objetivamente, concretamente de la vivencia del deber personal. Pero ese deber hay que demostrarlo y a ello dedica la segunda parte de su «Crítica de la razón pura». A esto que hay que demostrar los llama los "intereses de la razón", y son tres: la existencia de un orden moral objetivo, la inmortalidad del alma y la existencia de Dios remunerador. Es por esto que Carpintero señala que en realidad el deber kantiano solo existe fundamentado en estas tres realidades (Carpintero Benitez, 2016).

A mayor abundamiento, el autor citado añade que debemos tener "presente que cuando él estaba activo, solamente poseían prestigio las filosofías mecanicistas y los empirismos que se derivaban desde ellas. Él renegó expresamente de sus maestros, Leibniz y Wolff, a los que atribuyó —con cierto cariño— lo que llamó la 'Retórica trascendental', y reaccionó contra el empirismo que había propuesto Hume. Pero Kant hubo de partir también desde un mecanicismo intelectual (un juego mecánico de conceptos) para reivindicar a Dios gracias al deber, o para hacer posible doctrinalmente el deber y la 'autonomía' moral de cada persona. Esta empresa la acometió en la segunda parte de su «Crítica de la razón pura». Lamentablemente, la segunda parte de esta obra de Kant es

poco conocida, y algunos investigadores permanecen en el plano de la primera parte, a la que llamó «Doctrina de los elementos», que es donde habla de la imposibilidad de conocer las cosas en sí, y de la fusión trascendental de los datos sensoriales con los principios a priori del Entendimiento. Pero pierden de vista que, en Kant, una cosa es el momento del Entendimiento (Verstand), y otra realidad bien distinta es la de la Razón (Vernunft), y que dedica dos capítulos distintos —los mencionados— a tratar cada realidad. (Aunque es comprensible que haya confusiones porque él presentó a estos dos tratados, el del Entendimiento y el de la Razón, en una misma obra; si los hubiera publicado en dos libros tipográfica y editorialmente distintos, habría ahorrado confusiones)." (Carpintero Benitez, 2016)

Ciertamente, el empirismo y racionalismo del siglo XVIII que dejaban a Dios fuera del mundo, impedían hablar del deber ni por tanto de la dignidad humana. La dignidad laica estaba condenada al fracaso. De este modo, Kant la salvó del fracaso, dando legitimidad al deber recurriendo a Dios. En el "tratado del entendimiento" Dios no tiene ninguna función, pero es imprescindible en el "tratado de la razón". (Carpintero Benitez, 2016) La otra gran tradición fundamentadora de la dignidad es anterior a la kantiana y es la cristiana. En efecto, el Cristianismo es quien forja tanto el concepto de persona como el de dignidad. La dignidad apunta a la igualdad esencial de los hombres al compartir un mismo valor que deriva, fundamentalmente, del hecho de que todos han sido creados a imagen y semejanza de Dios<sup>6</sup>. La idea de persona como nomen dignitatis es enfatizada por Santo Tomás de Aquino, que expresamente afirma que «persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza»<sup>7</sup> y San Buenaventura habla de la dignidad como una propiedad» distintiva de la persona.8 En la encíclica Rerum Novarum de León XIII de 1891, se incluyan importantes referencias a la dignidad: así, se proclama la obligación de los patronos de respetar en los obreros «la dignidad de la persona» (núm. 15); una dignidad basada en la virtud y que es «patrimonio común de todos los mortales, asequible por igual a altos y bajos, a ricos y pobres» (núm. 19). «A nadie le está permitido violar impunemente la dignidad humana, de la que Dios mismo dispone con gran reverencia; ni ponerle trabas en la marcha hacia su perfeccionamiento» (núm. 30) (Gómez Montoro, 2019).

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Gn 1, 27

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> S.Th., I, q. 29, a. 3

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> S. Buenaventura, I Sent., d. 25, a.1, q. 2

Desarrollando este tema, Samuel Moyn enfatiza el influjo del cristianismo en la introducción de este concepto en constitucionalismo recordando que el primer texto que invoca la dignidad es la Constitución Irlandesa de 1937 que, en opinión del profesor de Yale, vendría a ser parte de una alternativa constitucional, lo que él se permite llamar *el nuevo constitucionalismo de democracia cristiana*, entendida como una corriente de pensamiento y necesariamente partidista (Moyn, 2014).

En efecto, la experiencia irlandesa, aunque excepcional, es verdaderamente interesante, porque representa una respuesta a dos posiciones extremas en ebullición en la década de los años 30 del siglo XX. Por un lado, el individualismo liberal y por otro lado cierto corporativismo estatista dominante en Francia en aquellos años: Moyn lo llama un constitucionalismo de la dignidad (dignitarian constitutionalism) y parecería ser este el recogido por el Papa Pío XI en la encíclica Divini redemptoris del mismo año, y se convertirá en un elemento esencial frente a los totalitarismos, tanto comunista como nacionalsocialista. Como señala Moyn, "la dignidad aporta un individualismo que, lejos de atomizar la humanidad, ofrece el verdadero principio de comunidad y sociedad" La interpretación de esta postura habría sido totalmente asumida por el personalismo, principalmente en la figura de Maritain, lo cual exige el desarrollo del segundo subacápite.

### 2.2 La dignidad como un concepto ambiguo.

El citado profesor de Yale Samuel Moyn sostiene que esta posición es la que hizo de Maritain un filósofo de los derechos fundamentales, buscando esa equidistancia entre el comunismo y liberalismo individualista, pero sin caer en la visión católica tradicional. <sup>10</sup> En el debate de la Declaración Universal de Derecho Humanos, el problema de la fundamentación de los derechos era insalvable entre dos visiones antagónicas acerca del hombre y del mundo, o al menos dos, pues además de las occidentales -liberalismo y

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Moyn, Samuel, «The Secret History on Constitutional Dignity», cit., pp. 4-5. En el mismo sentido Hollenbach afirma que el concepto católico de dignidad niega la legitimidad a los dos polos en conflicto: «no son adecuados ni entendimientos individualistas que ven los derechos humanos primariamente como derechos a ser dejados solos (*to be left alone*) ni aproximaciones colectivistas que subordinan las personas a la comunidad de un modo totalitario» (Hollenbach, David, SJ, «Human Dignity in Catholic Thought», cit., p. 254) Citados ambos por Gómez Montoro, 2019.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Moyn asocia esta postura con el corporativismo, y Gómez Montoro parece secundar esta idea, aunque nosotros creemos que es una simplificación impropia.

comunismo- estaba presente Asia y África.<sup>11</sup> La tercera vía encontrada tenía la suficiente indeterminación como para permitir un acuerdo. Podría decirse que el problema se difirió para más adelante, como lo advirtiera el propio Maritain, "si, nos pusimos de acuerdo en los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte el porqué. Ese «porqué» es donde las discusiones comienzan" (Gómez Montoro, 2019)

A partir de su incorporación a la Declaración el concepto se llevó al constitucionalismo occidental de posguerra, siendo su presencia casi omnímoda tanto en Europa como en Latinoamérica, y en general, en un lugar principal.

Se podrá argumentar con Gómez Montoro que "la dignidad así entendida se vincula con la libertad, pero no se reduce a ella. Es, si se me permite la expresión, una dignidad ontológica, que todos tienen por igual por su condición de seres humanos, con independencia de su nacimiento, rango y posición. Y, también, con independencia de su capacidad de autodeterminación. La misma dignidad tienen la persona adulta, el niño e, incluso, el concebido y aún no nacido; el hombre y la mujer, la persona sana y el enfermo terminal. La dignidad se convierte en el fundamento de los derechos y estos son, al mismo tiempo, su garantía." (Gómez Montoro, 2019).

Sin negar que es esta seguramente la noción de Dignidad de la mayoría de los signatarios de la Declaración y de los constituyentes de la segunda mitad del siglo XX, lo cierto es que su ambigüedad e indeterminación dio lugar -en pocos años, es decir, de forma inmediata- a una muy distinta concepción de término, al punto que ha llegado a esgrimirse en contra del primero.

#### 2.3 La dignidad como reforzador del derecho a la intimidad

En efecto, en las últimas décadas del siglo XX y en lo que corre del presente, el concepto mismo de dignidad ha trocado, produciéndose una parcial desconexión con sus orígenes, no ya sólo de las tradiciones kantianas o católicas, sino incluso del mismo liberalismo clásico.

Este nuevo concepto es el de entender la dignidad como "autosuficiencia" es decir como autonomía personal e ilimitada autodeterminación. En el orden de la jurisprudencia esto

\_

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> En opinión de Mary Ann Glendon, la misión dignificadora propia de las modernas tradiciones jurídicas de Europa continental y Latinoamérica podían ser más fácilmente asumidas por países de Asia y África que la visión individualista del mundo anglosajón. Cfr. Glendon, Mary Ann, Un mundo nuevo. Eleonor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 133.

se ha realizado acaballado en el derecho a la privacidad, que dejó de entenderse como un dominio espacial para pasar a formar parte de un dominio personal. <sup>12</sup> En los Estados Unidos el leading case fue Griswold v. Conneticut (1965), en el que el Tribunal Supremo anuló las leyes del Estado que sancionaban el proporcionar a personas casadas información y asesoramiento médico para prevenir la concepción, en donde la Corte construye un nuevo derecho a la privacidad, no reconocido expresamente en la Constitución ni en sus Enmiendas, pero que se contiene implícitamente en varios de los derechos expresamente reconocidos. Luego, será el argumento que se utilizará en Roe v. Wade (1973), en la que la Corte entendió que el derecho a la privacidad es suficientemente amplio como para abarcar la decisión de la mujer para continuar o no con el embarazo, de forma que, durante los tres primeros meses, la decisión de abortar debe dejarse a la mujer y al médico (Gómez Montoro, 2019). <sup>13</sup>

Al otro lado del Atlántico la situación no es muy distinta, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha configurado, con apoyo en el artículo 8 del Convenio Europeo, un derecho a la privacidad en términos aún más amplios que la Corte Suprema de los Estados Unidos, tanto por la variedad de los supuestos sobre los que se proyecta como por la intensidad de la protección que ofrece. En efecto, el Tribunal radicado en Estrasburgo señaló que el derecho a la vida privada del artículo 8 no está limitado a un círculo íntimo sino que es una noción amplia; y a lo largo de los años ha ido identificando (siempre de modo casuístico y reiterando que no se trata de una lista exhaustiva) distintos ámbitos protegidos por el derecho (Gómez Montoro, 2019).

La Corte-IDH ha tenido similar desarrollo, en especial a partir del caso Artavia Murillo v. Costa Rica, resuelto por sentencia de 28 de septiembre de 2012, en la que la Corte sostiene, con abundante cita de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho; y que la decisión de tener hijos biológicos a

\_

La interpretación es contraria al derecho como fuera concebido originalmente, tanto en los Estados Unidos como en Argentina, Cfr. Legarre, S. Ensayo de la delimitación de las "Acciones privadas de los hombres" [en línea]. La Ley. 1999, 1999-B. Disponible en: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10387

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> En nuestro país, con argumentos casi idénticos se consagró judicialmente el divorcio vincular en el caso Sejean.

través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar.

#### 3. ¿Es la dignidad una cuestión de autosuficiencia?

No cabe duda de que autonomía y dignidad están estrechamente unidas. No hay dignidad si el ser humano no puede tomar las principales decisiones sobre su propia vida, y se afecta gravemente a la dignidad de la persona cuando no se le permite tomar estas decisiones tales como qué ideología y religión adoptar, qué estudiar y a qué profesión dedicarse, con quién casarse y, en general, con quién vivir, con quién asociarse, y demás aspectos que se desprenden de la natural sociabilidad y libertad para conocer la verdad de todo ser humano. Pero esto no significa que la dignidad se reduzca a la autonomía o que cualquier manifestación de esa capacidad de autodeterminación personal deba tener la consideración de un derecho humano o fundamental.

Por esto mismo, creemos que es un error plantear el debate entre autonomía o limitación, o al menos no solamente. La autonomía de las personas está limitada por distintos elementos que hacen a la vida social y a la misma persona humana, principalmente, los derechos de terceros y el bien común. Dentro de este último encontramos las necesidades de la comunidad política, el necesario orden para la convivencia social y la moral públicas. En este contexto, es indudable que la dignidad funge un papel limitador. El individuo no puede venderse a sí mismo como esclavo o vender sus propios órganos vitales. Casos como los de la eutanasia, la maternidad subrogada, y el aborto (tomado en general) parecieran disolver esta segunda limitación a la autonomía de los individuos, y este es un debate abierto y de final aún más abierto (Gómez Montoro, 2019).

En algunos casos, de estas cuestiones complejas y graves, los tribunales han pasado a considerar otras que podrían calificarse de baladíes, violando el adagio jurídico que establece que de minimis non curat praetor. Un ejemplo podrías ser el caso Wackenheim<sup>14</sup> en el que un individuo que sufría enanismo "trabajaba" de ser arrojado por otras personas en un bar, un extraño entretenimiento de reminiscencias circenses, y esto fue prohibido por el mismísimo Consejo de Estado francés y llevado al Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. En el caso se dio la desconcertante situación

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Manuel Wackenheim v. France, Comunicación No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).

de que la actividad era prohibida por ir en contra de la dignidad humana y el mismo interesado descalificaba la prohibición con fundamento -justamente- en su propia dignidad (MacGee, 1993).

No quiero decir que esta sea una cuestión descabellada, pero sí de poca jerarquía en el orden de la dignidad inherente a la persona humana como se la entendiera originalmente, aún más considerando el hecho de que el mismo interesado es el que se opuso a la prohibición. Como afirma Gómez Montoro, "no deja de producir cierta perplejidad que la dignidad sea el valor al que apela el Consejo de Estado francés para prohibir el lanzamiento del enano; y que el Sr. Wackenheim vea precisamente un atentado contra su dignidad en esa prohibición que (en su consideración) limita su libertad, su derecho al trabajo y su derecho a la vida privada." (Gómez Montoro, 2019) De hecho esta situación se da frecuentemente (MacCrudden, 2013).

#### 4. Conclusión: una vuelta a la concepción clásica

En la historia de Occidente la igual dignidad a todos los hombres fue reconocida por los juristas y los teólogos antes que por los políticos, contrariamente a lo que la historiografía suele mostrar. Cuando se produjeron las revoluciones políticas, estas hicieron suyo el concepto de dignidad abandonando el fundamento teológico que le dio sentido. Al día de hoy, pareciera que aún no se ha logrado encontrar un sucedáneo que fundamente y permita delimitar conceptualmente un concepto que ha cobrado la mayor importancia.

En efecto, pareciera que una vez más la modernidad disfruto las obras de la Edad Media sin reconocer derechos de autor; los nominalistas como Luis de Molina, Francisco Suárez, Hugo Grocio y Samuel Pufendorf popularizaron lo que otros habían creado (Carpintero Benitez, 2016).

Desde luego, la noción laica de dignidad no hubiera sido posible sin las fundamentaciones teológicas que las precedieron desde siglos antes. ¿Cuáles son las características principales del concepto en la tradición clásica? En primer lugar, la dignidad es en el orden metafísico una excelencia o perfección, ya sea porque el ente está totalmente en acto, o por comparación de una especie con otra que tiene inferior perfección. Pero históricamente, la noción de dignidad ha ido históricamente unida a la de persona.

La noción de persona como substancia individual de naturaleza racional fue una creación de los teólogos de los primeros siglos –conocidos como 'Padres de la Iglesia'– cuando

hubieron de explicar el dogma de la Trinidad, pero a nosotros llega principalmente por Boecio (Carpintero Benitez, 2016). Al mismo tiempo se la empezó a distinguir de la idea de dignidad aplicada a todo ser humano de aquella asociada a un cargo. <sup>15</sup>

En Santo Tomás de Aquino la persona humana es subsistente en una naturaleza tanto racional como individual<sup>16</sup>, y no sólo alma sino también cuerpo, indisolublemente unidos. Carpintero recuerda que son muchos los lugares en los que habla de la "carnis et ossa" como constitutivos necesarios del hombre (Carpintero Benitez, 2016). En así que Tomás no separa el alma y el cuerpo: para él el alma es la forma del cuerpo, es decir, todo el hombre. Como ya se mencionó más arriba, la nobleza de la persona humana se desprende de ser imagen de Dios, y es imagen porque posee razón o inteligencia<sup>17</sup> El hombre es imagen de Dios por su intelecto y voluntad<sup>18</sup> (Carpintero Benitez, 2016).

Ahora bien, como señala Lamas en un reciente trabajo, la "dignidad" significa la bondad de algo en razón de sí mismo, es decir, secundum se, o propter se ipsum. La dignidad es el máximo valor relativo de algo que es bueno secundum se, es decir, estamos hablando de algo que es fin. Es claro entonces que el orden de la dignidad sigue al orden del bien. Y, así como el bien y el ente se dicen de muchas maneras (se predican con analogía de cosas esencialmente distintas), así también el concepto de dignidad. El concepto de dignidad solo agrega al concepto de bueno una referencia a un orden, jerarquía o grado. Por lo tanto, la radical analogía del concepto trascendental de bonum vale también para el concepto de dignidad. Habrá, pues, dignidades ontológicas, epistemológicas, morales, etc., y conviene no confundirlas. (Lamas, 2020)

Al cabo de este recorrido resulta evidente que cuando las Declaraciones, Constituciones y Convenciones incorporaron la noción de dignidad lo hicieron teniendo en cuenta el origen auténtico de este concepto, intercambiable con el de persona, que hacía referencia a una perfección especial del ser humano por sobre el resto de las criaturas, que la hacía merecedor de un respeto especial, incluso sagrado. Ello explica la relación existente entre el concepto de dignidad y la prohibición de malos tratos físicos, o de mancillamiento del honor. También la dignidad vinculada al trabajo o a la vivienda hacen referencia a esta distinción especial del hombre que no puede convertírselo en animal de carga o esclavo.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Suma Teológica, I, q. 29, art. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> De potentia, q. 9, art. 4..

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> *De veritate*, q. 22, art. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Suma teológica, I, q. 93, art. 5.

Pero como el concepto de dignidad es analógico, por su asociación con la idea de bien, que es máximamente analógica, se puede decir que hay otros aspectos de la vida humana que también son dignos, como actuar libremente, no discriminar injustamente, elegir con quien compartir a la vida en sus distintos ámbitos familiar, laboral, asociativo, religioso, tomar decisiones respecto de sí mismo y su familia. Estos y otros aspectos hacen a la dignidad de un modo analógico o secundario, porque solo se puede comprender que estas acciones hagan a la dignidad humana si guardan relación con aquel concepto primero y de mayor fuerza significativa, que participa y presta significación a las acciones humanas dignas.

#### Referencias

- Carpintero Benitez, F. (2016). La dignidad humana en Tomás de Aquino. *Persona y Derecho*, 117-164.
- Espiell, H. G. (2003). La dignidad en los Instrumentos internacionales de Derecho Humanos . *Anuario de Derechos Humanos*, 193-223.
- Gómez Montoro, Á. J. (2019). ¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad? En M. A. Reyes, *LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESPAÑOLES* (págs. 539-558). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kant, I. (2012). Fundamentación para una metafísica de las costumbres. Madrid: Alianza .
- Lamas, F. A. (2020). GNOSTICISMO, DERECHO Y LEY NATURAL. *Prudentia Iuris Número Aniversario*, 31-46.
- MacCrudden, C. (2013). In Pursuit of Human Dignity: An Introduction tu Current debates. En C. MacCrudden, *Understanding Human Dignity*. Oxford: Oxford University Press.
- MacGee, R. (1993). If Dwarf Tossing Is Outlawed, Only Outlaws Wll Toss Dwarfs: Is Dwarf Tossing A Victimless Crime? *American Jorunal of Jurisprudence Barry University Vol.* 38, 335-358.
- Moyn, S. (2014). The Secret History on Constitutional Dignity. *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. 17*, Available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol17/iss1/2.

# LA GUERRA JURÍDICA ASIMÉTRICA COMO DISPOSITIVO DE PODER EN AMÉRICA LATINA

Alejandro Medici

#### Introducción

Un nuevo animal político recorre América Latina, emerge y atemoriza en distintos cuadrantes de nuestra región, Ecuador, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Argentina: la utilización del derecho como arma de guerra o como se ha popularizado: *lawfare*. Lo hace en un momento de crisis de la democracia y del estado de derecho. Crisis que, entre otros factores, registra el efecto de este nuevo animal. Para comprender estos hechos, proponemos la idea del dispositivo de poder. En una formulación sintética y simple un dispositivo de poder es un conjunto de conocimientos, saberes, normatividades, instituciones, espacios heterogéneos, pero que en su articulación coyuntural tienen un efecto estratégico de poder.

La presencia de articulaciones entre sectores del poder judicial, gobiernos neoliberales, agencias públicas especializadas en inteligencia y seguridad, la función articuladora, formadora y promotora de las embajadas del *hegemón* continental, el protagonismo de los grupos oligopólicos multimediales, la manipulación de la información en las redes sociales, la retórica justificadora, en fin, una variada fenomenología requiere de una explicación crítica comprensiva para situar este nuevo animal en la crisis de la democracia y el estado constitucional de derecho en la región. Para comprender sus efectos en el ejercicio de la autodeterminación democrática de los pueblos, en los derechos humanos y sus garantías. No es posible pensar sobre la suerte de la democracia y el estado constitucional en la región, ni asegurar un servicio de justicia para una sociedad que pretenda adjetivarse como democrática, sin hacer este diagnóstico urgente.

En lo que sigue compartimos unas reflexiones provisionales y abiertas acerca de la situación de América Latina minutos antes de desatarse la pandemia de COVID-19 en curso. No sabemos si la "nueva normalidad" cambiará para mejor o empeorará las cosas, pero es necesario este ejercicio de memoria y balance de la situación en que nuestra región entró a este nuevo escenario. Regímenes de plutocracia electoral neoliberal en la mayoría

de la región. Abuso del estado de excepción en varios cuadrantes de Nuestra América para reprimir la movilización popular, regreso del golpe de estado en un formato mucho más semejante al del siglo pasado en el Estado Plurinacional de Bolivia, y en medio de todo esto, caminando a sus anchas, una nueva bestia depredadora: lawfare, una contracción gramatical entre law y warfare, o, tal vez, "guerra jurídica", traducido al español. Se trata de una brevísima introducción al tema, como ejercicio de preocupación por las consecuencias sociales, por el sufrimiento objetivamente evitable, y más aún cuando ante la creciente deslegitimación se recurre a la represión y criminalización de la protesta social. El sostenimiento del neoliberalismo frente a sus resistencias pasa por políticas que, disfrazadas de seguridad, tienen también un componente de alineamiento geopolítico continental. Nada novedoso, hasta aquí, en la historia de nuestra sufrida América. Lo que sí es nuevo: los gobiernos que movilizan el aparato represivo del estado contra las movilizaciones populares pueden invocar legitimidad electoral. Lo hacen en marcos formales de estado de derecho y regímenes electorales competitivos. Utilizan partes de las agencias de estado de seguridad e inteligencia, sectores del poder judicial y una complicidad con los grandes grupos multimediales y las embajadas del hegemón regional para perseguir y deslegitimar a la oposición política eficaz. A eso se "limitaban", al menos hasta el reciente golpe en Bolivia, que, fue desmantelado por el pronunciamiento contundente de la soberanía popular en las últimas elecciones presidenciales.

#### 1. Geopolítica y colonialidad del poder en Nuestra América.

Desde hace un tiempo, las ciencias sociales latinoamericanas y podríamos decir, del Sur, han desarrollado una nueva sensibilidad hacia lo que podemos llamar la colonialidad del poder en términos de Aníbal Quijano (Palermo y Quintero, 2014) o el colonialismo actual en términos de Santos, para quien "En realidad, la colonialidad es la continuación del colonialismo por otros medios, es otro tipo de colonialismo [...] Al contrario de lo que se piensa vulgarmente, la independencia política de las colonias europeas no significó el fin del colonialismo, tan sólo significó la sustitución de un tipo de colonialismo por otros (colonialismo interno, neocolonialismo, imperialismo, racismo, xenofobia, etcétera)" (Santos, 2019, 31)

o de Zaffaroni (2015,17), entre otros y otras<sup>1</sup>.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, la "herida colonial", en última instancia, consiste en nuestra negación por el colonialismo, es, paradójicamente, nuestra común afirmación o definición inicial como latinoamericanos y caribeños: "Contra la negación colonialista nos hemos dado cuenta de que hay algo que nos une y nos ha creado: el colonialismo. Nos estamos dando cuenta de que América Latina es una realidad unitaria y perfectamente reconocible, como producto complejo de casi todas las atrocidades cometidas por el colonialismo en el planeta" (Zaffaroni. 2015, 27).

La epistemología crítica, los feminismos del sur, la matriz de colonialidad y su incidencia en las interseccionalidades de las violaciones de derechos humanos, la mayor conciencia acerca de las tendencias de homogeneización social impuestas o inducidas que niegan la diversidad de identidades culturales, sexuales, etc., están en lugares destacados de las agendas de las ciencias sociales. No tanto en el derecho, que lleva, pese a honrosas excepciones, retraso en este aspecto.

Pero los acontecimientos de la historia reciente regional y continental ponen en evidencia la necesidad de mirar en fuentes más explicitas del discurso colonial actual. Hacer visible lo visible. Por ejemplo, en los documentos de estrategias de seguridad nacional del *hegemón* regional. De sus agencias, tanques de pensamiento conexos, y también de los organismos económico -financieros, aunque aquí se trate de un subtexto por debajo de la jerga con pretensión técnica de la economía neoliberal globalizada.

En el primer caso, como lo viene sosteniendo Atilio Borón no hace falta una sofisticada teoría del imperialismo ya que los documentos son muy explícitos. Ante las tendencias de la declinación relativa de la hegemonía mundial de los Estados Unidos en el plano económico, la mayor presencia de China, Rusia, India, los intentos de algunos países de la región de integrarse desde sus prioridades (UNASUR, CELAC, etc.) y desarrollar políticas posneoliberales en la primera década del siglo, se hacen explícitas las preocupaciones estratégicas de la potencia regional: en 2008, un documento del Consejo Nacional de Inteligencia admitía por primera vez en la historia de los Estados Unidos que

-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Nosotros haremos uso de colonialidad o colonialismo como sinónimos, para significar tanto la matriz social de Quijano, como los tipos de colonialismo de Santos, como la síntesis que realiza Zaffaroni, especificando según los casos o necesidades de ser necesario.

su poder global se hallaba transitando por una trayectoria declinante. En su informe *Global Trends 2025* sostenía "la transferencia de riqueza global y el poder económico actualmente en curso, principalmente desde el Oeste al Este [...] ha sido un factor principal en el declive de los Estados Unidos" (*National Intelligence Council*. 2008, VI) En otro documento del mismo año, justamente el que develó la crisis económica financiera del capitalismo global más grande desde 1929/30, otro documento del Departamento de Defensa, que diagrama la estrategia nacional, sostiene: "El bienestar de la economía mundial depende del acceso a recursos energéticos. A pesar de los esfuerzos nacionales por reducir la dependencia del petróleo, las tendencias actuales indican una dependencia creciente en los próximos años de petróleo proveniente de zonas inestables, y no una menor dependencia" (*Defense Department*. 2008).

Estos documentos, como vemos, están redactados en claros y directos términos estratégicos de control de "recursos", de conflicto, guerras asimétricas, conflictos de baja intensidad, etc. Todas estas fuentes, y otras muchas que por economía textual no referenciamos aquí, coinciden en la idea fuerza de que las estrategias de política exterior de la potencia mundial, deben adecuarse en consecuencia a la magnitud de las tareas y desafíos que debe enfrentar, para mantener su supremacía.

Así, en un memorándum de la *Henry M. Jackson School of International Studies* (2009) elevado a la Casa Blanca, se propone invertir el orden establecido por los usos y costumbres internacionales, a saber: primero la diplomacia, diálogo y presiones económicas, políticas y, en última instancia, apelar al uso de la fuerza, en su marco de derecho internacional y humanitario. El documento de este influyente think tank que referenciamos, invierte la secuencia al recomendar, "Usar la fuerza militar donde sea efectiva; la diplomacia, cuando lo anterior no sea posible; y el apoyo local y multilateral, cuando sea útil".

Teniendo en cuenta el poder performativo de producir realidad del *hegemón* regional, sin pretender reducir la historia a una monocausa, ni a una teoría conspirativa, manteniendo las pretensiones de comprensión de la complejidad, sin embargo, no podemos negar con mirada alerta sobre la geopolítica regional, que algunos hechos sucedidos en los últimos años toman una cierta coherencia, iluminada a la luz de la tonalidad de los documentos

citados, que son sólo una pequeñísima muestra no exhaustiva sino ejemplificativa a la luz de los objetivos y espacio de este documento.

Existe un contexto del sistema mundo moderno/colonial capitalista patriarcal que genera las condiciones de posibilidad de la geopolítica, generalmente desde los estados centrales o que aspiran a la centralidad en el sistema mundial, como lo explica el destacado discípulo de Enrique Dussel, José Guadalupe Gandarilla Salgado: "La manera geopolítica de ver el mundo está relacionada con una fase distinta de la humanidad, en el proceso construido por la propia modernidad. Es decir, [...]existe un determinado modo de pensar, que es el modo de pensar geopolítico, que justamente acompaña al nuevo proceso en el que los distintos grupos humanos, organizados en formaciones de heterogéneos grados de complejidad, inauguran un entramado de relaciones que permite hablar de una humanidad en conjunto. Las distintas civilizaciones encararon el proceso de encontrarse, por así decirlo, en ese violento saqueo que significó la conquista de nuestro continente" (Gandarilla Salgado. 2018, 27).

Pero por eso mismo, es un saber que debe ser resignificado estratégicamente desde el pensamiento crítico situado en Nuestra América y el Sur global, para poder ganar márgenes de autonomía, integración social regional, desde proyectos que aseguren las soberanías de nuestros pueblos y sus diversidades, los bienes comunes, y los derechos humanos correspondientes. En suma, para remapear los diseños globales y continentales coloniales.

Asumiendo esta perspectiva, podríamos decir que luego de un leve momento de distracción después del atentado a las torres gemelas del 11-7-2001, en New York, análogo, aunque mucho más corto que el de la segunda guerra mundial del siglo pasado, durante el cual los Estados Unidos se centraron en la guerra en Afganistán, Irak y más recientemente Siria, su atención a partir de 2008 volvió a centrarse en su "patio trasero". El breve período en que la potencia continental y mundial debió concentrar esfuerzos en Oriente Próximo, coincidió y sin dudas, facilitó la instalación de un ciclo posneoliberal, encabezado por gobiernos progresistas en la región, que ensayó a través de la diplomacia de las cumbres presidenciales y la puesta en marcha de novedosas instituciones y formas incipientes de integración, ganar márgenes de autonomía para América Latina.

A principios de siglo, la serie de reiteradas victorias electorales de Chávez en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador y Evo Morales en Bolivia, la persistencia de Cuba en su resistencia a medio siglo de bloqueos y agresiones de todo tipo, los gobiernos progresistas de Lula en Brasil, los Kirchner en Argentina, el Frente Amplio en Uruguay y Lugo en Paraguay, señalaban un camino de parcial reversión de la heteronomía regional frente a la potencia continental, que, sintomáticamente había sido balizada por el rechazo de la Alianza de Libre Comercio de las Américas, ALCA, propuesta estratégica de George Bush Jr., en la Cumbre de las Américas de Mar del Plata, en 2005. A esto siguió la puesta en marcha de la UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas), novedoso esquema de cooperación e integración regional sin participación de Estados Unidos y Canadá, que fue clave para solucionar los intentos de golpe en Bolivia en 2008, en Ecuador en 2010, así como para mediar entre Colombia y Venezuela en momentos de tensión.

Estas tendencias regionales motivaron la puesta en marcha de correctivos para asegurar la hegemonía continental. Rápidamente, desde 2007/2008, la estrategia de seguridad nacional de los Estados Unidos vuelve a preocuparse y ocuparse por lo que sucede en América Latina. La reactivación de la IV Flota, la jerarquización del Comando Sur, la multiplicación de bases estadounidenses en la región, sea con fines explícitamente militares o para cooperar en el combate al narcotráfico, emplazadas en lugares estratégicos de la región, son hechos incontrastables.

Desde 2007 comienza también una secuencia de hechos que no pueden imputarse solamente a causalidades internas de los diversos cuadrantes nacionales, siendo funcional a esa reafirmación de la hegemonía continental de los Estados Unidos y el restablecimiento de las políticas neoliberales en la región. Nos referimos al golpe de estado en Honduras, contra el Presidente Zelaya en 2007, el juicio político en tiempo récord y sin las garantías del debido proceso para destituir al Presidente Lugo en Paraguay, a los intentos de golpe en 2008 en Bolivia, al intento de golpe contra el Presidente Correa en 2010 en Ecuador, quien llego a permanecer unas horas prisionero de las fuerzas policiales, del impeachment sin motivos sustanciales contra la Presidenta Dilma Roussef en Brasil, de la causa armada sin pruebas ni garantías del debido proceso contra el ex presidente y pre candidato presidencial Luiz Ignacio Lula da Silva, y su posterior proscripción electoral, a las causas armadas a través del trípode judicial, mediático y de servicios de inteligencia contra Cristina Fernández de Kirchner y varios

ex funcionarios de su gobierno y dirigentes de movimientos populares en Argentina, a la traición de Lenin Moreno al movimiento político que le hizo ganar las elecciones y la posterior persecución judicial contra Rafael Correa y ex funcionarios y miembros de su movimiento político, finalmente, al reciente golpe de estado en Bolivia contra el presidente Evo Morales.

Esta verdadera restauración conservadora en nuestra región coincide y es funcional a una crisis y reconfiguración de las instituciones: la crisis del Mercosur, el virtual cese de la UNASUR, el cerco sobre el ALBA, la cada vez más evidente funcionalidad de la OEA a la política exterior de los Estados Unidos que se nota en la doble vara hacia los acontecimientos de Chile, Colombia y Ecuador en comparación a lo que sucede en Venezuela y Bolivia. Más específicamente, la actuación de la OEA en este último caso.

Todos estos acontecimientos políticos que nos estremecen como latinoamericanos se producen en un contexto de disputa y reconfiguración del orden mundial que oscila entre una configuración multipolar o una unipolar, que genera incertidumbres e inestabilidades en el escenario global. Se trata de una disputa que coincide con los síntomas de una crisis mundial ecológica, económica y social que nos devuelve en nuestra región y en el Sur global imágenes dramáticas. En esos terrenos se juega la remisión relativa de Estados Unidos como potencia mundial no solo militar, sino también económica y cultural que afecta a todo el continente.

Esta situación genera la necesidad de Estados Unidos de impulsar el alineamiento geopolítico y neoliberal en política económica y en general con las necesidades del mantenimiento y fortalecimiento de su posición hegemónica mundial.

#### 2.Lawfare: guerra no convencional.

En los últimos años estamos presenciando en nuestra región un fenómeno que consiste en la utilización de sectores del poder judicial con fines de persecución política. Para que ello sea posible se requiere no sólo de jueces cómplices, sino también de medios masivos de comunicación que actúen coordinadamente con esos objetivos.

Los procesos de utilización del poder judicial para intentar deslegitimar, privar de la libertad y proscribir a líderes políticos populares en contextos de previa condena

mediática, no se producen simultáneamente por casualidad. Tienen un contexto y una estrategia que se reitera en estos momentos en los casos de Ecuador, Argentina y Brasil.

Hoy no sería viable legitimar golpes de estado militares como en la época de la doctrina de la seguridad nacional y la escuela de las Américas, pero, cuando se hizo evidente que el mantenimiento de la política de sostener gobiernos de facto "amigos", traía más costos que beneficios para la política exterior estadounidense, sus tanques de pensamiento empezaron a desarrollar mecanismos de *soft power*. En lugar de formar y apoyar ejércitos que actúen como fuerza de ocupación de su propio territorio, pasaron a influenciar los aspectos simbólicos y culturales en que se moldean las preferencias y agendas políticas de la sociedad.

Término originado hace casi dos décadas surge de la conjunción de *warfare* y *law*, algo así como hacer guerra por medio del derecho. El general Charles Dunlap (2017) de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos lo utiliza sistemáticamente con este sentido a partir de 2002.

Actualmente, en el presupuesto del Departamento de Estado de los Estados Unidos el segundo apartado de gastos después del personal diplomático radicado en el exterior, lo ocupa lo que en otra época, la de la Guerra Fría, por ejemplo, hubiéramos llamado "acción o guerra psicológica", pero hoy denominamos "golpes blandos" o "neogolpes" y nuestro nuevo animal político: *Lawfare*.

Para ello se practica la cooptación y formación ideológica de empresarios, dirigentes políticos, sindicales y sociales, medios de comunicación, periodistas, formadores de opinión en distintos planos culturales, por ej., el religioso. Por supuesto el financiamiento de viajes a seminarios internacionales de jueces, abogados de las grandes firmas y estudios. La compra por testaferros de agencias de noticias y fuentes de información en distintos formatos para diseminar "verosímiles", y de esa manera desinformar, resulta también estratégica.

Así, toma sentido la hilación de acontecimientos políticos regionales que comenzaron con el golpe de estado en Honduras, juicio político en tiempo record y sin garantías del debido proceso contra Lugo en Paraguay, intentos de golpe contra Evo, Correa, Chaves, durante sus presidencias, impeachment sin fundamento material contra la presidenta Dilma

Roussef, procesamiento, privación de la libertad, proscripción electoral sin pruebas contra Luiz Ignacio Da Silva, procesamiento y privación de la liberta de varios dirigentes políticos en Argentina, como el ex vicepresidente Amado Boudou, la dirigente Milagro Sala, procesamiento y pedido de desafuero de la Senadora y ex presidenta de la república Cristina Fernandez de Kirchner.

El *lawfare* articula difamación para desprestigiar a dirigentes populares, con el objeto de ponerlos en situación de vulnerabilidad, predisponer a la opinión pública a aceptar su pérdida de apoyo y condena mediática que instala una sentencia sin juicio previo, como presupuesto de futuros procesos judiciales que serán llevados adelante por sectores del poder judicial cooptados por, o permeables a, esta estrategia.

Se trata, cuando esta estrategia se utiliza para deslegitimar y proscribir la oposición popular eficaz a los regímenes neoliberales como sucede en Ecuador, Brasil y Argentina, de una guerra contra el pueblo, contra su derecho al desarrollo, sus condiciones dignas de vida como explica Eugenio Zaffaroni en "El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo" (2015 cit). Y a su derecho a la existencia como pueblo soberano, ya que se afectan las condiciones políticas de su soberanía (elegir a sus representantes políticos, procesar, controlar popularmente sus liderazgos), y las materiales (los derechos económicos, sociales y culturales que condicionan la eficacia de una ciudadanía activa y protagónica).

# 3. Neoliberalismo y crisis del estado de derecho.

En todos estos casos, ya enfocándonos en el plano jurídico, y en un plano meramente ejemplificativo que requiere de próximos estudios más profundos, se producen ataques a las garantías del debido proceso:

Construcción de justificaciones para excepcionar , permanentemente, la garantía de la presunción de inocencia y por lo tanto, justificar el abuso de la prisión preventiva, como por ejemplo, la "Doctrina Irurzun" así llamada por el camarista federal Martín Irurzun que la usó por primera vez. Es invocada por los magistrados para ordenar las detenciones de ex funcionarios debido a contactos, lazos o relaciones creadas cuando estuvieron en el poder y que, según esta posición, pueden mantenerse aunque los imputados hayan cesado en sus funciones, y de esa forma entorpecer el normal avance de las causas judiciales.

Aplicación de leyes del delator arrepentido, papel que cumplen personas que de lo contrario verían agravada su pena , sin aportar más prueba que su testimonio fuertemente condicionado, en el caso de la ley argentina, por ejemplo, para evitar la privación de libertad. Los delatores arrepentidos deben involucrar en sus declaraciones a personas que tengan igual o mayor responsabilidad de gestión, invocando una suerte de "obediencia debida" producto de una extorsión, de esta forma, empresarios notables (por ej. el primo del ex presidente Macri, Angelo Calcaterra, dueño de una de las principales empresas concesionarias de obra pública, entre otros), declaran haber sufrido presiones para financiar la campaña electoral del Frente Para la Victoria, la denominación electoral del entonces oficialismo kirchnerista, y recuperan la libertad rápidamente. Pasan en pocas horas y *show* mediático de por medio, de ser imputados en una causa de asociación ilícita para defraudar al estado, a ser "víctimas" de presiones no claramente tipificadas en el desarrollo del expediente.

Los jueces que actúan en la fase de instrucción y en el contradictorio con un sentido marcadamente inquisitorio, emiten declaraciones públicas mediáticas amparándose en el prejuzgamiento de periodistas que construyen estados de opinión pública desde "verosímiles" que carecen de toda seriedad jurídica, pero que se disfrazan de investigaciones del "periodismo independiente" de los grandes grupos multimediales.

Esas declaraciones públicas de los jueces los apartan de la posición de terceros imparciales y objetivos frente a las partes, llegando al prejuzgamiento, legitimado ante unos medios y buena parte del público, deseosos de satisfacer su necesidad de chivos expiatorios.

Finalmente, jueces que concentran varias causas sobre los mismos imputados y que tienden a prejuzgar importando hechos o pruebas de unos expedientes a otros, como si poseyeran un fuero de atracción para perseguir la condena de sus imputados. Vale recordar, que, en el caso argentino al menos, todas estas acciones y "doctrinas" justificatorias, configuran arbitrariedades, violaciones de derechos humanos y posiblemente un conjunto de actos típicos, antijurídicos y culpables, empezando por el prevaricato de los jueces, contrarios a una interpretación jurídica consecuente con el bloque de constitucionalidad vigente, que se base en el principio *pro persona*, la garantía de la presunción de inocencia del art. 18CN, el abuso del instituto cautelar de la prisión

preventiva sin que se den las causas excepcionales para su aplicación, y al art. 2 CPN que establece la interpretación restrictiva de la ley penal.

Estas peculiaridades del actuar de jueces como Moro, Bonadío, Irurzun, las instancias de alzada como el Tribunal Regional Federal 4 de Curitiba (Proner, Cittadino, Ricobom y Dornelles. 2018) o la Cámara Federal de Comodoro Py, deben comprenderse en contraste con la realidad cotidiana que se vive por el proceso de concentración económica, desigualdad social y empeoramiento de las principales variables económicas y sociales que afectan la vida cotidiana de las poblaciones. Mencionar esto es contraponer la realidad de los efectos de las políticas neoliberales al mundo virtual de la agenda anticorrupción de las *fake news* y el *lawfare*.

#### 4. Fascismo societal.

Debemos repensar que tipo de régimen político padecemos en varios cuadrantes de Nuestra América, basado en la convergencia del poder económico y del poder político, tejido en lazos opacos, pero al mismo tiempo evidentes, entre gobiernos neoliberales deslegitimados socialmente, poder judicial corporativo y dócil, funcional para la judicialización y crimininalización de opositores políticos, especialmente las/los que pueden liderar movimientos políticos con posibilidades de triunfo electoral, corporaciones multimedia que sustentan la incidencia fundamental de la condena mediática desde "verosímiles" sesgados para condenar y deslegitimar la oposición y en último término la política misma.

La antipolítica, la criminalización de la oposición política, se justifican en una cruzada contra la corrupción y en una creciente agresividad que canaliza la frustración que surge de la ideología meritocrática neoliberal, donde el individuo egoísta nada puede esperar que no surja de su propia iniciativa y capacidad emprendedora, nada puede recibir ni pedir del estado y de sus políticas (que se muestran como el lugar de la corrupción per se), ni de la solidaridad social, al mismo tiempo que las consecuencias socioeconómicas de las políticas neoliberales rebajan la calidad de vida de las clases medias y populares, tornando cada vez más inalcanzables los estándares decorosos de méritos y consumos, siempre en alza.

En ese contexto se engendra una forma peculiar de fascismo, ya no como formato visible de la institucionalidad del estado, sino como fascismo difuso y legitimador de la agresividad, del miedo y hasta del odio hacia las diversas manifestaciones del pueblo pobre, colorido y sexuado. De modo que el neoliberalismo desde sus consecuencias sociales alimenta y al mismo tiempo, se legitima desde el fascismo social, difuso, que marca a las y los diferentes, a las y los disfuncionales de la sociedad del mercado, a las y los que resisten, a las y los que promueven otras formas de vivir.

El fascismo social difuso se reproduce en los discursos y prácticas aporofóbicas, xenófobas, homofóbicas, que permite afirmar la subjetividad neoliberal: meritocrática pero al mismo tiempo sometida a una continua frustración que deriva su deseo frustrado de mérito a través del consumo, a la pulsión agresiva que se alimenta de chivos expiatorios que el mismo sistema provee por sus consecuencias socioeconómicas. Un contexto que se apoya en una política que promueve el prejuicio y los sentimientos de odio que encuentran salida por el éxtasis y goce sádico en la construcción mediático - jurídica espectacular de actos procesales como detenciones, traslados, allanamientos de personas públicas, liderazgos populares, a partir del dispositivo de *lawfare*.

#### 5.Pendientes.

Aquí no tenemos unas palabras conclusivas que cierren el tema sino tareas pendientes para seguir investigando este uso del derecho que podemos llamar guerras jurídicas asimétricas o más sintéticamente, *lawfare*.

Lawfare no es nuevo, se entronca dentro de un repertorio de acciones que hacen a las "guerras de baja intensidad", por citar sólo un ejemplo de nuestra historia, para no irnos hasta la célebre y triste acordada de la CSJN de 1930, legitimando el golpe de estado contra Hipólito Yrigoyen, basta recordar que la autodenominada "Revolución Libertadora", a partir de 1956 promovió 119 causas contra Juan Perón, entonces en el exilio. Claro, pasaba desapercibido este uso del derecho ante la censura directa, la proscripción electoral, las matanzas, fusilamientos y prisioneros políticos, más ante el terrorismo de estado que vendría después del 76.

Pero destaca en el repertorio de las actuales estrategias y disputas geopolíticas continentales como un recurso para sostener regímenes neoliberales y deslegitimar, si es

posible proscribir electoralmente a las oposiciones políticas eficaces al neoliberalismo, en Brasil, Ecuador, se intentó en Bolivia por el gobierno de facto, Chile, Colombia, y en Argentina.

Lo novedoso es el dispositivo que enlaza sectores del poder judicial con las grandes corporaciones oligopólicas de la comunicación e información en un contexto de posverdad que genera también, vía la violación de derechos humanos civiles y políticos y de las garantías del debido proceso, lo que podemos ir llamando un estado de "posverdad jurídico procesal" que orienta los procesos judiciales siguiendo una "presunción de culpabilidad" instalada socialmente. Esto hace "poner coloradas" a las interpretaciones más críticas de la "verdad jurídica" o "procesal judicial" y enfatiza la importancia de la racionalidad argumentativa sobre la verdad de hechos, la validez jurídica y la sinceridad bajo juramento de ley, propias de un derecho procesal que se oriente desde un paradigma de derechos humanos. Porque la verdad así obtenida bajo las garantías de un proceso público, contradictorio, con presunción de inocencia, no abuso de la prisión preventiva, garantías de la defensa en juicio, producción de pruebas técnicamente para esclarecer la verdad de los hechos, derecho de defensa en juicio, etc., será siempre revisable según los mismos estándares y mucho más idónea, incluso como combate a la corrupción, que la posverdad jurídica del *lawfare*. Claro, mucho más lenta, sobria y menos espectacular mediáticamente. Aquí tenemos un gran pendiente, que hay que realizar en general y caso por caso: confrontar la verdad jurídica procesal obtenida desde un paradigma de derechos humanos con la posverdad jurídica.

También resulta novedosa la articulación con servicios de inteligencia que actúan en forma ilegal abusando de sus recursos para espiar a opositores, empresarios, y testigos a los que se extorsiona para obtener testimonios (legalizados en el formato de leyes del arrepentido premiado) contra los objetivos políticos del *lawfare*.

Otro pendiente: carecemos de una teorización del estado regional que de cuenta de esta segmentación parcial de sus instancias y aparatos (poder judicial, agencias de inteligencia y seguridad) que se produce en general, pero sobre todo cuando se instalan regímenes electorales legitimados popularmente. Se trata de una tarea pendiente de las ciencias sociales latinoamericanas, porque, salvo honrosas excepciones que referencian situaciones anteriores, ej. Vania Bambirra, Carlos M. Vilas, se echa de menos una teoría

del estado latinoamericano que de cuenta de estos fenómenos en el siglo XXI, de forma asociada a la condensación de relaciones de fuerzas sociales y la afectación de segmentos del estado en contextos como el que *lawfare* supone.

Se trata entonces de un dispositivo que busca un efecto de poder en especial: la desorganización del campo popular, la deslegitimación y proscripción de la oposición, por ello erosiona las bases del estado de derecho y de la democracia, mostrando como la afectación neoliberal de los DESC hoy es inescindible de la afectación de los DCyP y estas no pueden diferenciarse del ataque contra la soberanía popular.

Por eso, al afectar la soberanía popular, los derechos humanos, se trata en el caso del Lawfare de un dispositivo de colonialidad del poder, entendida como "la continuidad del colonialismo por otros medios", asociado a la legitimación de las elites neoliberales en la región y a la parte opaca, y a veces no tanto, de la diplomacia del *hegemón* continental.

Finalmente, para no quedar sólo en un diagnóstico crítico la comprensión de este dispositivo de poder no puede separarse de las propuestas de reforma del poder judicial que lo hagan transparente, orientado a un paradigma de derechos humanos que exige nuestro bloque de constitucionalidad y el *corpus iuris communis* de derechos humanos regional, así como a la garantía del derecho humano activo y pasivo a la comunicación y a la pluralidad de fuentes de información, que hoy se ve afectado por oligopolios mediocráticos y campañas en las redes sociales que gestionan corporaciones de acumulación y/o comercialización de la "minería de datos". O que a veces tienen un acceso privilegiado a informaciones que surgen ilegalmente de agencias estatales que cumplen funciones de inteligencia.

#### **Referencias:**

Borón, A. (2014) *América Latina en la Geopolítica del imperialismo*. Buenos Aires. Ediciones Luxemburg.

Dunlap, C. (2017) "Introducción a la guerra jurídica (Manual Básico)". En: *Military Review*. Agosto.

Gandarilla Salgado, J.G. (2018) *Colonialismo neoliberal. Modernidad, devastación y automatismo de mercado*. Herramienta. Buenos Aires.

Henry M. Jackson School or International Studies (2009) <a href="https://digital.lib.washington.edu/researchworks/bitstream/handle/1773/4635/TF\_SIS49">https://digital.lib.washington.edu/researchworks/bitstream/handle/1773/4635/TF\_SIS49</a>
<a href="mailto:5E\_2009.pdf?sequence=1">5E\_2009.pdf?sequence=1</a> apud. Boron, A. (2014) *América Ltina en la Geopolítica del Imperialismo*. Buenos Aires. Ediciones Luxemburg.

National Defense Strategy". June 2008<a href="http://www.defenselink.mil/news/2008%National">http://www.defenselink.mil/news/2008%National</a> <a href="mailto:Mode Cotes">Mode Cotes</a>, A. (2009) "Soberanía y democracia. A propósito de las bases militares norteamericanas". En: *Periferias. Revista de Ciencias Sociales*. Nro. 18. Buenos Aires. Eds. del FISYP.

National Intelligence Council, "Global Trends 2025. A transformed world". Washington DC: noviembre de 2008. Pg. VI. Apud. Borón, A. (2014) *América Latina en la Geopolítica del liberalismo*. Buenos Aires. Ediciones Luxemburg.

Palermo, Z y Quintero, P. (2014) *Aníbal Quijano. Textos de fundación*. Eds. Del Signo. Buenos Aires.2014.

Proner, C., Cittadino, G., Ricobom, G. y Dornelles, M (2018) *Comentarios a um acórdao anunciado. O proceso Lula no TRF4*. Sao Paulo. CLACSO, Instituto DECLATRA, Projeto Editorial Praxis, Instituto JHF, ABJD.

Santos, B. (2019) El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur. Madrid. Trotta.

Zaffaroni, R.E. (2015) *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires. Madres de Plaza de Mayo-Colihue.

## ENSEÑAR A INVESTIGAR EN LA CARRERA DE ABOGACÍA. DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES EN EL CONTEXTO VIRTUAL

Martin Cabrera Mirassou

#### I. Introducción

El propósito del presente texto es reflexionar sobre dos aspectos convergentes en la formación de abogados en las universidades del país: por un lado, la investigación científica en la disciplina, y la educación a distancia por el otro. Ambos aspectos tuvieron una notoria expansión a partir de los primeros años de este siglo, incrementando su relevancia en los últimos años. En especial, el impulso dado por el proceso de acreditación de las carreras de abogacía ante la CONEAU, las reformas a planes de estudios vigentes desde el siglo pasado, y la internacionalización de las universidades, se encuentran entre los factores determinantes que explican la necesidad de incorporar la investigación científica y su enseñanza en las carreras de abogacía.

Aquí nos concentraremos en las posibilidades que ofrece la modalidad de educación a distancia en la enseñanza de metodología de la investigación científica, como también en los primeros pasos en la formación de recursos humanos en el ámbito académico. En este sentido, los entornos virtuales de enseñanza y aprendizaje (EVEA) proporcionan una diversidad de herramientas didácticas y metodológicas, las cuales permiten implementar actividades teóricas y prácticas a lo largo de la carrera que desarrollen capacidades en los distintos pasos de un proceso de investigación.

Procedemos de la siguiente manera: primero interpelamos la función que cumple la enseñanza de la investigación científica en las carreras de abogacía y en la formación de futuros profesionales. Segundo, se revisan los antecedentes inmediatos de la incorporación de la investigación científica en las carreras de abogacía. Tercero, introducimos el proceso de lectura y escritura como estrategia trasversal a través de los entornos virtuales de enseñanza y aprendizaje. Cuarto, ilustramos estos puntos con una propuesta pedagógica, desde un plan de actividades de lectura y escritura, que permita insertar actividades de investigación a lo largo de un plan de estudios, bajo la modalidad a distancia. Siguen las conclusiones.

#### II. La metodología de la investigación científica en las carreras de abogacía

Se puede afirmar con relativa seguridad que los abogados/as tienen poco interés profesional en la investigación científica. Difícilmente se encuentre a estudiantes a punto de finalizar la carrera que consideren un trabajo de investigador/a. La carrera profesional en el ámbito académico es aún incipiente, en especial en relación a otras disciplinas, o instituciones universitarias de otros países. Como regla general, se advierte la ausencia de formación curricular en metodología de la investigación, de ejecución de proyectos de investigación, de la consolidación de equipos de investigación, y de publicaciones científicas relevantes. Todo lo contrario de lo que sucede en la mayoría de las ciencias sociales. Justamente, estas particularidades fueron y son en muchos lugares aún, una característica de la mayoría de las facultades de derecho del país (Lariguet, 2015).<sup>1</sup>

Estas particularidades se reflejan también en las actividades de docencia en la carrera, caracterizadas por el uso intensivo de la clase magistral, la escasa predisposición al debate o la exigua aplicación de enfoques críticos del derecho. Las difundidas frases utilizadas en la explicación de conceptos jurídicos y en las exposiciones doctrinarias ilustran un erróneo concepto de lo que implica la investigación científica actualmente: "ríos de tinta se han escrito sobre tal o cual tema", o "un lado de la biblioteca sostiene determinada interpretación de un instituto jurídico, el otro lado sostiene la opuesta". Por otro lado, existe una considerable cantidad de académicos que han escrito las obras clásicas del mundo jurídico, junto a tratados y/o manuales sobre cada aspecto de la legislación vigente. Sin embargo, solo algunas de estas publicaciones contempla los criterios de validez de una investigación científica, y no siempre se realizan y ejecutan al amparo de una institución académica, sino de forma individual por el autor o una editorial.

Hasta bien entrado el siglo XXI, los planes de estudio de las carreras de abogacía reflejaban y perpetuaban la visión positivista, dogmática, competencias, objetivos y enfoques propios de la profesión liberal. Así relata Nancy Cardinaux (2008:18): "si la carrera de derecho tiene como principal y hasta excluyente objetivo transmitir los

323

-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La ausencia de un ámbito laboral organizado o de una verdadera carrera académica, la multiplicidad laboral del profesional, junto a las casi nulas políticas científicas de las facultades de derecho, incidieron en profundizar esta disociación entre el campo profesional y la universidad como centros impulsores y ejecutores de investigación.

contenidos normativos, pareciera que hace honor a aquella caricatura del profesor diciéndole al alumno: no me lo diga de memoria pero dígamelo con las palabras de la ley."

Por si esto no fuera suficiente, el derecho se encuentra atravesado por los debates respecto a su cientificidad. La discusión sobre la cuestión recae no solo en si el derecho es una ciencia, sino incluso los requisitos que debería reunir la disciplina jurídica para ser considerada una ciencia atraviesa. Incluso existe una falta de acuerdo sobre el concepto de derecho, que es el objeto de conocimiento propio de la ciencia jurídica (Mabel García Silvana, 2011). Por ejemplo, Ulen (2002:876) discute el tema a través de una consideración ficticia de un premio nobel en ciencia jurídica, para discutir los cambios en la doctrina jurídica y específicamente, el rol de la teoría, empírico y métodos experimentales en el estudio del derecho, con la hipótesis de que la doctrina jurídica se está volviendo más "científica".

#### II. La cristalización de la investigación en abogacía

A través del Acuerdo Plenario N° 140 del Consejo de Universidades del 20 de octubre de 2015, se incluyó al título de abogado en el régimen del artículo 43 de la Ley de Educación Superior 24.521. Luego, por el Acuerdo Plenario N° 146 del 29 de mayo de 2017, el mismo organismo prestó acuerdo a las propuestas de contenidos curriculares básicos, carga horaria mínima y criterios de formación práctica. Propuesta que había sido aprobada por el Consejo Interuniversitario Nacional a partir de los trabajos realizados por el Consejo Permanente de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Nacionales, como el Consejo de Rectores de Universidades Privadas.

Por su parte, la Resolución 3246/2015 del Ministerio de Educación recuerda que el artículo 43 de la Ley de Educación Superior establece que los planes de estudio de carreras correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público, poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes, deben tener en cuenta, además de la carga horaria mínima a que refiere el artículo 42 de la misma norma, los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica

que establezca el Ministerio de Educación en acuerdo con el Consejo de Universidades. El título de abogado es un caso típico de los mencionados en la LES, en tanto resulta claro que la deficiente formación de los abogados compromete el interés público poniendo en riesgo de modo directo los derechos y los bienes de los habitantes.

Punto bisagra en la cuestión es la decisión de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU),<sup>2</sup> en el año 2017, de convocar al proceso de acreditación a todas las carreras que otorgan título de Abogado, con el carácter previsto en el inciso b del artículo 43 de la Ley de Educación Superior. A través de la Resolución del Ministerio de Educación 3401-E/2017, se aprobaron los contenidos curriculares básicos, la carga horaria mínima, los criterios de intensidad de la formación práctica y los estándares para la acreditación de estas carreras incluidas en dicha norma. El Anexo de esta norma establece que la metodología de la investigación científica debe ser un contenido curricular de la formación general e interdisciplinario. Se encuentra previsto además, que pueda ser parte de la formación en práctica profesional. Esto es, a fin de cumplir con la carga horaria mínima de prácticas profesionales, las actividades de investigación pueden formar parte de dicho espacio.

En consonancia con estos fundamentos y decisiones, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en cooperación con el Programa de Calidad Universitaria de la Secretaría de Políticas Universitarias dependiente del Ministerio de Educación y Deportes de la Nación, convocaron a las carreras, facultades y departamentos de Abogacía a presentar proyectos de formación tendientes a desarrollar la capacitación de los docentes en áreas y temáticas insuficientemente desarrolladas en la formación de los operadores jurídicos. El Programa pretendía constituirse en el inicio de un proceso más amplio de mejora de la formación de los operadores jurídicos contemplando la capacitación de docentes y alumnos contenida en el proceso de evaluación y acreditación de las carreras de abogacía. Asimismo, se consideraba al Programa de Formación en Áreas de Vacancia de Abogacía como la primera etapa de un proyecto más amplio, cuya segunda etapa se dio a fines de 2019, con la realización de cursos de formación de formadores en las áreas

https://www.coneau.gob.ar/archivos/resoluciones/RS-2017-33603709-APN-CONEAU-ME.pdf

de vacancia alcanzadas.<sup>3</sup> Una de las temáticas comprendidas por esta convocatoria fue la Investigación Jurídica.<sup>4</sup>

Resta explicitar el concepto de Educación a Distancia, la cual es "la opción pedagógica y didáctica donde la relación docente-alumno se encuentra separada en el tiempo y/o en el espacio, durante todo o gran parte del proceso educativo, en el marco de una estrategia pedagógica integral que utiliza soportes materiales y recursos tecnológicos diseñados especialmente para que los/as alumnos/as alcancen los objetivos de la propuesta educativa." Por su parte, los entornos virtuales de enseñanza y aprendizaje (EVEA) constituyen un espacio complejo en que intervienen herramientas, medios y recursos, donde se interrelacionan los sujetos que participan del proceso de enseñanza aprendizaje en la virtualidad.

## III. Incorporando la investigación en los procesos de enseñanza-aprendizaje en las carreras de abogacía

La tradicional estructura de enseñanza del derecho estática, pasiva y unidireccional es difícil de conciliar con los presupuestos de un investigador, que problematiza temas, cuestiona argumentos, y utiliza una pluralidad metodológica en sus investigaciones. En este sentido, Corona Nakamura y Arredondo Bartolo (2015:71) advierten que: "(...) la enseñanza debe procurar una formación que logre habilidades para justificar las razones puestas a la hora de proponer soluciones a problemas concretos (...) supone sustancialmente un contenido democrático en los planes de estudio, por las siguientes razones: 1) respeto de la autonomía personal del educando; 2) respeto a la dignidad humana; 3) respeto por la libertad de pensamiento, de opinión y de convicciones éticas; 4) aulas propicias para la crítica, el debate y la convergencia de las diferencias, y 5) fomento de perfiles plurales, tanto de profesores como de estudiantes."

De igual manera reflexiona Gabriel Álvarez Undurraga (2014:37) al expresar que el proceso de enseñanza-aprendizaje tradicional del abogado/a está en crisis, debido a las

326

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Durante el 2019 se realizaron las actividades previstas. El programa no fue continuado durante el 2020.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> De este programa surge el texto Otero Juan Manuel y Iage Zendron Miola (2017), "El arte de escribir una investigación jurídica", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en www.saij.gov.ar.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Versión consensuada SPU-CIN-CRUP, 2016.

transformaciones que demanda la sociedad, influida por los fenómenos de la globalización y la obsolescencia de los conocimientos. En este contexto, resulta apropiado reflexionar en el aporte que puede entregar la investigación jurídica en el proceso de formación de los futuros abogados, no siendo conveniente una enseñanza verticalista, basada sólo en la memorización de normas. Por lo tanto, la enseñanza de metodología de la investigación jurídica, puede permitir un cambio de la perspectiva dogmática y exegética vigente.

En este sentido, el profesor debe ser un guía que facilite el proceso enseñanzaaprendizaje de los y las estudiantes, pero también debe cumplir una función tutorial cuando la realidad así lo amerite. Además, la creatividad de las y los estudiantes permite que junto con el profesor construyan el conocimiento. Una estrategia para ello, puede ser el fomento del espíritu heurístico e indagador que da la investigación como herramienta de la adquisición del conocimiento (Alvarez Undurraga, 2014:40).

Por ende, la investigación jurídica puede convertirse en una fase activa del proceso enseñanza-aprendizaje del estudiante, quien por sí mismo, orientado por el profesor, buscará en las fuentes formales y materiales del Derecho, en las primarias, secundarias y terciarias; en las directas e indirectas; en las generales y especializadas; en las clásicas y actualizadas, la información y el conocimiento relevante y más significativo para él o ella, lo que será más determinante en la medida que fue obtenido por su propio esfuerzo (Alvarez Undurraga, 2014:55).

De acuerdo a Cicero (2018:93) el sistema tradicional de educación se mueve hacia un modelo de aprendizaje continuo que se desenvuelve en ámbitos de aprendizajes más flexibles y alternativos —cursos en línea, campus virtuales, currículums de contenidos abiertos— que resultan más acordes con las necesidades actuales de la sociedad. Pero que se refleja poco en las carreras de abogacía en el país, en las cuales las prácticas de enseñanza escasamente se han acomodado y actualizado a esta nueva realidad. Más allá de los esfuerzos de las facultades, cátedras o profesores que actúan en pos de renovar sus prácticas para adaptarlas al nuevo perfil del estudiante, a las modalidades actuales de la praxis jurídica y, en general, a la forma en que las personas se relacionan y vinculan en entornos profesionales y sociales, siguen prevaleciendo esquemas de enseñanza basados en el mero acopio de información y en la memorización acrítica de normas legales. Esquemas que impiden capacitar a los y las estudiantes para que adquieran destrezas,

habilidades y competencias para razonar y resolver problemas jurídicos semejantes a los que se enfrentarán en su desempeño futuro.

Entre otros desafíos, las carreras de abogacía tienen la necesidad de generar estrategias e instrumentos efectivos para reorientar el trabajo académico. Se necesita imaginar propuestas tendientes a flexibilizar recorridos curriculares, comprender cómo se utiliza el conocimiento científico, cómo enfrentarse a situaciones inciertas y desconocidas, cómo elaborar y modificar rutinas, proponer hipótesis de trabajo, utilizar técnicas, instrumentos y materiales conocidos. En fin, cómo resolver el problema del enseñar y aprender, en un contexto de virtualidad.

La incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en los procesos formativos profesionales, ha ocasionado cambios sustanciales en las formas de organización, la interacción entre los sujetos y de manera especial, en el modo en que se aprende y se construye el conocimiento, con énfasis en la búsqueda, la indagación constante, el trabajo colaborativo y cooperativo. La coyuntura actual propicia y hace indispensable la formación docente, de lo contrario se corre el riesgo de repetir en entornos virtuales lo mismo que se hace —y mal— de forma presencial. Las TIC aportan herramientas que favorecen los cambios en las estrategias didácticas, pero no generan reforma alguna por sí solas si no hay una mirada innovadora de lo que hacer con ellas (Cicero, 2018:95).

## IV. Prácticas de lectura y escritura como estrategia de enseñanzaaprendizaje

El movimiento Escribir a través del currículum (WAC: writing across the curriculum) enfatiza la importancia de que los y las estudiantes se apropien de las formas específicas del discurso que hacen a los campos disciplinares. Las prácticas de escritura que se llevan a cabo en contextos profesionales o de formación académica demandan una serie de destrezas, competencias, habilidades y saberes específicos. Sin embargo, estas exigencias muchas veces forman parte del currículum oculto, dado que se asumen como un contenido explícito a enseñar y aprender. A estas dificultades generales, se suman los desafíos específicos ligados a la escritura en cada campo disciplinar.

La investigadora y docente Paula Carlino (2001) ilustra que enseñar una disciplina es ayudar a los alumnos a adueñarse de sus conceptos y discurso, y que esto se logra ofreciendo situaciones en las que es necesario reconstruirlos una y otra vez. Aprender un contenido en las ciencias sociales y humanas es aprender a escribir y a leer acerca de él, y no sólo a abordarlo en pensamiento u oralmente. No hay apropiación de ideas sin reelaboración y que esta última depende en buena medida del análisis y de la escritura de textos académicos.

Por ello, cada docente que dicta una materia debe contribuir con acciones manifiestas para que sus alumnos aprendan las estrategias de lectura y escritura propias de su dominio cognoscitivo. Las habilidades generales de lectura y escritura no alcanzan para dominar las prácticas distintivas que se realizan en diferentes ámbitos, con textos y temáticas peculiares: cada disciplina requiere y a la vez promueve la adquisición de recursos de lectura y escritura propios. No existe un discurso académico único sino varios, correspondientes a diversas comunidades académicas. Estudiar cada discurso, comprenderlo, discutirlo y producirlo no se logran espontáneamente o sólo por los propios medios.

Diaz y Hernandez (2003:234) enfatizan que uno de los objetivos más valorados y perseguidos dentro de la educación, es el de enseñar a los alumnos a que se vuelvan aprendices autónomos, independientes y autorregulados, capaces de aprender a aprender. Sin embargo, en la actualidad parece que los planes de estudio promueven estudiantes altamente dependientes de la situación instruccional, con muchos o pocos conocimientos conceptuales sobre distintos temas disciplinares, y con pocas herramientas o instrumentos cognitivos que les sirvan para enfrentar por sí mismos nuevas situaciones de aprendizaje pertenecientes a distintos dominios, y les sean útiles ante las más diversas situaciones.

Las estrategias de aprendizaje son procedimientos que los y las estudiantes emplean en forma consciente, controlada e intencional como instrumentos flexibles para aprender significativamente y solucionar problemas. Los rasgos más característicos de las estrategias de aprendizaje son: a) la aplicación de las estrategias es controlada y no automática; requieren necesariamente de una toma de decisiones, de una actividad previa de planificación y de un control de su ejecución. En tal sentido, las estrategias de aprendizaje precisan de la aplicación del conocimiento metacognitivo y, sobre todo, autorregulador. b) requiere de una reflexión profunda sobre el modo de empleadas, es

necesario que se dominen las secuencias de acciones e incluso las técnicas que las constituyen y que se sepa además cómo y cuándo aplicadas flexiblemente. c) implica que el aprendiz las sepa seleccionar inteligentemente de entre varios recursos y capacidades que tenga a su disposición.

#### V. Una propuesta de estrategia de enseñanza-aprendizaje

En base a las perspectivas descriptas, en este apartado exponemos la implementación de actividades de investigación en un proceso de enseñanza-aprendizaje en la carrera de abogacía, modalidad educación a distancia, asignatura Derecho Civil Reales, tomando en cuenta que la asignatura de Metodología de la Investigación también forma parte del plan de estudios, y es dictada previamente.<sup>6</sup> Se utiliza como una estrategia de aprendizaje significativo de elaboración, a fin desarrollar en una actividad trasversal de investigación a lo largo de un cuatrimestre, que además pueda ser evaluada en base a criterios explícitos.

Puntualmente, la experiencia del autor fue la siguiente: se decidió incorporar las actividades de investigación como estrategia de enseñanza-aprendizaje e incorporar en el proceso evaluativo las actividades de lectura y escritura, en reemplazo de una evaluación de conocimientos memorísticos o conceptos abstractos. En este caso, el aprendizaje significativo se da a través de una propuesta de secuencia didáctica de forma asincrónica, con la utilización de numerosas herramientas y recursos, que además también puede diseñarse para la modalidad presencial o sistema mixto.

Las etapas planteadas para poder implementar esta propuesta fueron:

- a) Incorporar esta propuesta en la planificación de la materia, con el objetivo de explicar los métodos y criterios de evaluación;
- b) En la fecha prevista, explicar las pautas de la actividad, evacuar dudas y formar grupos de trabajo;
- c) Cada grupo elije el tema vinculado a los contenidos de la materia sobre el cual realizarán la investigación, a partir del cual realizan:
- d) Búsqueda de datos y fuentes primarias y secundarias sobre el tema;

\_

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Plan de estudios de la carrera de abogacía, modalidad a distancia (2019) de la Universidad Católica de Salta, aprobado por Resolución Rectoral 1482/18.

- e) Diseño de la estructura de la presentación escrita;
- f) Lectura crítica de los datos y fuentes;
- g) Redacción del problema, método, análisis y resultados obtenidos;
- h) El docente realiza una revisión de la presentación;
- i) Los grupos, en base a las observaciones del docente, retoman lo escrito y si es necesario, lo reescriben;
- j) En una clase sincrónica, exponen oralmente sus trabajos y experiencias a sus pares.

Este proceso no está exento de dificultades o desafíos que se presentan a lo largo de su implementación, tales como:

- a) No respetar plazos de entrega;
- b) Ausencia de trabajo colaborativo en los grupos;
- c) Escaso compromiso con las pautas de la actividad;
- d) Falta de aplicación de las exigencias mínimas de una investigación (objetivos, problema, citación de fuentes);
- e) Análisis superficial y acrítico del tema.

#### VI. Conclusiones

La investigación científica se sostiene en paradigmas vigentes en determinados períodos históricos, cuyos criterios de validez, producción y difusión rigen en ese momento determinado para todas las disciplinas. Paradigmas que además son universales, por ende, la disciplina jurídica y las instituciones universitarias del país no pueden aislarse del contexto internacional y comparado. Al momento de escribir este texto, el sistema educativo atraviesa un período histórico determinante, el cual obliga y motiva a buscar estrategias por fuera de lo "tradicional". Justamente, posicionar al estudiante como actor principal, activo y central del proceso de aprendizaje implica una modificación sustancial de las prácticas docentes arraigadas en las facultades de derecho de nuestro país.

Consideramos fundamental en este proceso de cambio la acreditación de las carreras de abogacía ante CONEAU. Directa o indirectamente incidirá en establecer y

consolidar la investigación científica y su enseñanza en las facultades de derecho. Incluso las demandas profesionales y los planes de internacionalización de las universidades abrirán nuevas competencias para los abogados/as. A tal fin, es vital incentivar a estudiantes y docentes a investigar, como impulsar la ejecución de proyectos de investigación en las facultades de derecho. Recordemos que las estrategias de aprendizaje son ejecutadas no por el o la docente sino por estudiantes, siempre que se le demande aprender, recordar o solucionar problemas sobre algún contenido de aprendizaje. Este cambio sustancial en el proceso de enseñanza-aprendizaje requiere para su éxito de capacitar a los docentes, de incorporarlo a los planes de estudio, como en las planificaciones de las asignaturas.

#### VII. Bibliografía

- Álvarez Undurraga Gabriel (2014), "La investigación jurídica como un instrumento de mejoramiento del proceso enseñanza-aprendizaje del Derecho", Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Universidad de Chile N°1, (1), pp. 36 57.
- Cardinaux Nancy (2008), "La articulación entre enseñanza e investigación del Derecho", Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho, año 6 (12), pp. 241-255.
- Carlino Paula (2001), "Hacerse cargo de la lectura y la escritura en la enseñanza universitaria de las ciencias sociales y humanas", I Jornadas sobre La lectura y la escritura como prácticas académicas universitarias. Departamento de Educación, Universidad Nacional de Luján, Luján, Prov. de Buenos Aires.
- Cicero Nidia Karina (2018), "Innovar la enseñanza del derecho. ¿Solo se trata de tecnologías de la información y comunicación?", Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, vol. 5 (2), pp. 91-109, DOI 10.5354/0719-5885.2018.51976
- Corona Nakamura Luis Antonio y Arredondo Bartolo José María (2015), "Ciencia
   Jurídica y Enseñanza del Derecho (Primeros pasos hacia una concepción del

- Derecho)", Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Bogotá, D.C., Colombia, Colaboradores Externos Internacionales, Núm. 8, pp. 55-73.
- Díaz-Barriga, F. y Hernández G. (2003), "Estrategias docentes para un aprendizaje significativo: una interpretación constructivista", 2ª Ed., México, McGraw Hill, pp. 231-267.
- Lariguet G. (2015), "Retos de la formación doctoral en derecho en América Latina", Estudios de Derecho, 72 (159), pp. 195-214. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a09.
- Mabel García Silvana (2011), "El Derecho como Ciencia", Invenio, vol. 14 (26),
   Universidad del Centro Educativo Latinoamericano Rosario, Argentina, pp. 13-38.
- Otero Juan Manuel y Iage Zendron Miola (2017), "El arte de escribir una investigación jurídica", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en saij.gov.ar.
- Ulen Thomas S. (2002), "A nobel prize in legal science: theory, empirical work, and the scientific method in the study of law" University of Illinois Law Review, (4), 875-920.

CONSTRUCCION TEÓRICA Y PRACTICA DEL DERECHO
INTERNACIONAL PUBLICO: UN ETUDIO EN PROSPECTIVA ENTRE LA
VALIDEZ Y LA EFICACIA JURIDICA

Alejandro Alberto Moriconi

1. Construcción teórica y practica del Derecho Internacional Público.

Para construir teóricamente el derecho internacional público partiremos de la premisa lógica del razonamiento que nos plantea Kelsen desde el positivismo jurídico. Bajo su sana critica racional, el jurista discurre sobre la imputación en el pensamiento normativo toda vez que para describir su objeto -ya sea que se trate de una fuente formal general o particular de derecho en el plano internacional o nacional de un Estado-, la ciencia jurídica apela a la formulación de reglas (Kelsen, 1987, p.17).

Este último presupuesto: apelar a la formulación o enunciación de reglas, se convierte en un factor determinante al momento de procurar explicar la conformación o construcción de una posición teórica del derecho.

Si nos preguntamos ¿Por qué? Podemos fundamentar que la construcción de una o más reglas de derecho trae aparejado en su concepción, la representación de un nexo que se genera entre dos o más hechos susceptibles de producirse en un tiempo y espacio determinado pero que, a diferencia de la ley natural, no constituye el resultado de una relación de causa a efecto, sino que se configura en el marco de una norma que establece una conducta social determinada.

Por consiguiente, en el sentido del silogismo racional jurídico, la causalidad no interviene en la construcción de una teoría del derecho como sucede en la ley natural.

Al contrario, en ella -construcción teórica positiva- la regla es creada por uno o más sujetos de derecho bajo circunstancias que responden a un contexto social por el que atraviesa un Estado y/o la comunidad internacional bajo circunstancias que asi lo requieren o exigen.

La regla parte del comportamiento humano y se configura como un principio que hace a las leyes sociales mediante la cual las ciencias normativas describen su objeto.

En este sentido, Kelsen (1987) sostiene que la regla de derecho es una ley social que expresa el carácter normativo de su objeto declarando que tal consecuencia debe seguir a un hecho o condición (pp. 49-51).

Debo advertir que esas reglas, son las que establecen o fijan qué comportamiento es permisivo o prohibitivo llevar a cabo en el relacionamiento intraestatal o internacional y, razonablemente, sobre la base de uno o más hechos y/o actos jurídicos, evaluar si sus consecuencias son el resultado de una aprobación o reproche a la regla, según si esos comportamientos se hayan ajustado a derecho o contrariado el mismo.

Frente a lo expuesto precedentemente, podemos deducir que la existencia de una norma positiva depende de la creación de uno o más actos juridicos que llevan a cabo los sujetos de derecho en un momento y lugar determinado, siendo su valoracion categórica, hipotetica o disyuntiva. Si tales presupeustos se cumplen, la norma tendrá una validez material en razón de los hechos particulares o de las diversas conductas sobre las cuales se aplica (sean estas de carácter político, económico, social, cultural, humanitario o de otro orden) y una validez personal referida hacia los sujetos cuya conducta regula.

Sobre esta última expresión Kelsen (1987) cita textualmente: "Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea, o a la humanidad entera. (...) Sin embargo, una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez" (pp 35-36).

Entendemos que estos principios juridicos: validez y eficacia de la norma, adquieren una relevancia significativa para la aplicación, interpretacion e integracion del derecho internacional publico, toda vez que la norma pueda entrar en tensión con el hecho y por lo tanto cuestionar la eficacia del derecho si es que los órganos competentes para hacerlo cumplir, no poseen la capacidad suficiente para ponerlo en práctica -bajo las circunstancias condicionantes de tiempo, modo y lugar- a los fines de resolver el caso, conflicto o controversia que se plantee.

Si esto último sucede, el orden normativo perderá su validez cuando deje de ser eficaz y, por lo tanto, no responda a la realidad de los hechos. Por ese motivo, creemos que para que el orden jurídico internacional sea válido -emanado de sujetos de derecho competente-, es necesario que sea eficaz, es decir que los sujetos que sean parte de él lo

acepten, cumplan y hagan cumplir, puesto que todo sistema normativo institucionalizado en el cual conviven instituciones creadoras (ONU - Carta de las UN) e instituciones aplicadoras de normas (Consejo de Seguridad, Secretaria General, Asamblea General, CIJ, etc.) se sostiene en el tiempo si existe una congruencia jurídica en torno a su eficacia.

Ahora bien, si la efectividad de la norma internacional está sujeta o condicionada a las funciones y poderes que detentan las instituciones aplicadoras (Estados Miembros de la ONU o Estados Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad), la relación entre la validez y la eficacia de la norma podrá verse limitada por la reciprocidad que se genere entre el derecho y la fuerza (Kelsen, 1987, pp. 142-143).

En ese caso, el principio de legalidad (entendido cómo el ejercicio del poder público de acuerdo con la norma y su jurisdicción) y el principio de legitimidad (entendida cómo la capacidad de un poder que posee un órgano o autoridad pública para obtener la obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción porque actúa conforme a un mandato legal) en virtud del cual las normas son válidas, serán aceptados siempre y cuando interactúen en concordancia con el propósito y principio del acto de creación o fuente formal del derecho para el que ha sido instituido.

Kelsen (1987) sostiene que el derecho internacional considera un poder de hecho cómo legitimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz y ora: (...) "Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto valido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional" (p. 144).

Esto forma parte de la teoria pura del derecho; teoria en donde el derecho internacional publico aparace como un orden jurídico jerárquicamente estructurado producto de una naturaleza juridica convencional que los Estados crearon en un contexto movilizado por el principio o fuente auxiliar de derecho *pacta sunt servanda*, el que implica compartir, cooperar y a veces delegar parte de su voluntad soberana en una voluntad comun colectiva razon por la cual se presume desde una perspectiva del realismo juridico, que el derecho convencional puede presentar un carácter inestable respecto a los órdenes jurídicos nacionales; pues si bien procura preservarse como un sistema

normativo coercible que rige el relacionamiento internacional aun de manera coactiva (Ejercicio de las Funciones y Poderes que le confiere la Carta de las UN al Consejo de Seguridad de la ONU conforme a lo establecido en sus Arts. 1, 2, 24, 39 a 43, 103 y concs.), su funcionamiento es complejo y de dificil aplicación.

#### 2. Un estudio en prospectiva entre la validez y la eficacia jurídica.

Desde nuestra perspectiva, Kelsen deja claro que, a diferencia de las ciencias naturales, el derecho positivo es el resultado de las ciencias sociales puesto que, a todo hecho o acontecimiento le corresponde una consecuencia o sanción porque así lo dispone u ordena la norma. La norma es creada por un órgano competente en un tiempo y lugar determinado y apunta a establecer pautas y criterios de actuación entre los Estados Miembros -comportamiento e interferencia de los sujetos de derecho internacional-.

En las condiciones descritas ut supra, la existencia de la norma adquiere vigencia y por lo tanto confirma su validez. La validez de la norma toma relevancia en el derecho interno e internacional, y queda sujeta a la eficacia jurídica; es decir al cumplimiento por parte de la sociedad estatal, de los propios Estados y de los órganos competentes de garantizar su funcionamiento.

Por lo tanto, coincido con Kelsen en su sana critica racional respecto a la validez y eficacia que deben tener la normas tanto en el derecho estatal cómo en el derecho internacional, pero disiento que el orden jurídico internacional determine las esferas de validez del derecho estatal en todos sus ámbitos; ya que es el propio Kelsen quien explica y marca un clara diferencia sobre las fuentes formal de derecho internacional general y particular, es decir sobre la Costumbre y los Tratados, razón por la cual son los Estados quienes conservan la soberanía de su ordenamiento jurídico o delegan voluntariamente parte de ella, dando lugar a la formación de nuevas normas internacionales.

En contraste con la teoría de Kelsen, Hart (2007) cotejó su postura y sostuvo que la norma básica de todo ordenamiento jurídico no era un concepto a priori, o una presunción, *sino un hecho* a la que denomina "regla de reconocimiento" (pp. 33-56 y pp. 99-113)

Para este autor, la validez de las normas internacionales se decide simplemente por la circunstancia de "si son aceptadas y funcionan como tales" (2007, p 230). Esto significa que la regla de reconocimiento permite identificar cual es la fuente de derecho que le

dio origen (norma o regla primaria) y que condiciones debe reunir la norma para tener validez jurídica, teniendo en cuenta que esa validez no deriva de otras normas, sino que es una regla que existe por la aceptación que le confieren las partes.

Sobre el análisis de este estudio en prospectiva, considero pertinente introducir a nuestro objeto de estudio la distinción que hace Dworkin (1999) entre norma y regla de derecho cuando dice: "La palabra regla presenta una ambigüedad que hizo necesarias dos versiones: *norma*, cuando por el contexto tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta, y *regla*, cuando tiene el valor instrumental de regular una actividad" (p. 63). La distinción que hace Dworkin entre norma y regla, resulta significativa para poder determinar, oportunamente, si el Consejo de Seguridad de la ONU actúa en el marco del derecho internacional público, dentro de un contexto normativo formal o bien lo hace bajo el empleo de reglas que responden a determinados hechos o acontecimientos por los que atraviesa el relacionamiento de los Estados procurando instrumentar acciones que aborden el caso concreto.

Para Dworkin (2011) los Estados deben contribuir a mitigar los peligros que el sistema de Estados soberanos puede suponer para las personas en general y sumarse a las practicas concertadas de otros Estados para que se genere un orden internacional legítimo (p. 378).

Como complemento a este razonamiento, Hart interpreta que los tratados son reglas de derecho valido si rigen efectivamente en la práctica, es decir, si las partes contratantes son sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente para ello y realizan actos que implican necesariamente estar de acuerdo con la manifestación expresada por la otra parte (2011, pp. 263-286).

Las reglas en Hart son concebidas en términos sociales, razón por la cual provocan, por un lado, reacciones críticas de parte de los miembros que las aceptan y, por otro, presiones para someter a quienes parecen no querer cumplirlas por voluntad propia. Pero lo más llamativo, es que las críticas y presiones que siguen el incumplimiento de las reglas se consideran legítimas, es decir justificadas finalmente por los miembros, generalmente motivadas por una buena razón (p. 71).

Cabe aclarar, que he procedido a describir y analizar como punto de partida de esta ponencia, algunos de los postulados teóricos del derecho que tanto Kelsen, Hart, y Dworkin plasman en sus obras más destacadas (Teoría Pura del Derecho, El Concepto

de Derecho, y Los Derechos en Serio, respectivamente) toda vez que desde la sana critica racional nos permiten aclarar, a priori, que la validez del sistema jurídico internacional estará dado por la eficacia que le otorguen los Estados en el marco del relacionamiento internacional y de la real política juridica.

Si bien esta interpretación posee un enfoque positivista del derecho, no podemos dejar pasar por alto que la concepción Hartiana adquiere dos posiciones jurídicas: 1) Por un lado es normativista y 2) por otro, realista.

Es que, para Hart la regla de reconocimiento no es una regla promulgada, sino que solo existe en tanto sea aceptada cómo vinculante por los órganos de aplicación en la que se sitúa. Por ese motivo Hart asume una mirada normativista cuando la unidad del orden jurídico se ubica en una regla, y no en un órgano; pero es realista cuando sostiene que la regla existe si es aceptada y seguida por los órganos de aplicación. Esta reflexión la podemos convalidar con mayor o menor intensidad jurídica cuando Raz (1970) sostiene: "Esta solución cambia el énfasis hacia las instituciones aplicadoras del derecho, y hace del reconocimiento de los órganos aplicadores una condición necesaria para la existencia de las normas jurídicas" (p. 116).

En el razonamiento lógico de Raz existen sistemas jurídicos institucionalizados en los que conviven instituciones creadoras e instituciones aplicadoras de normas, siendo estas últimas las que poseen la obligación y responsabilidad de poner en practica las normas jurídicas preexistentes.

De hecho, Raz concibe sistemas jurídicos abiertos, es decir, sistemas capaces de incorporar y dotar de fuerza vinculante a las normas que en su génesis no pertenecían a él, cómo son los contratos, acuerdos, convenciones, pactos o tratados. Tal es el caso de los Estados que, por su propia voluntad autónoma, se constituyen en instituciones creadoras de derecho, acordando recíprocamente ajustarse a determinados comportamientos normativos en razón de la materia y de la persona, y, consecuentemente delegando funciones y poderes supranacionales en instituciones aplicadoras de tales fuentes de derecho (1970, pp. 123-129).

En este sentido es lo que Hart (1970) ha llamado problemas de reconocimiento por parte de órganos de identificación y aplicación del derecho existente en diferentes territorios. (p.171-199).

Entiendo que para Hart, la existencia de una regla de reconocimiento nos permite identificar frente a qué validez material y personal del sistema normativo internacional nos encontramos y, consecuentemente, qué grado de aceptación o eficacia tiene la norma.

Hart lo ejemplifica puntualmente a través del Art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Carta de las Naciones Unidas, Cap. 14, Arts. 92-96 y ECIJ, Art. 1 y 38.1) cuando explica que esa norma vincula a los Estados en tanto exista un hecho de aceptación o reconocimiento de sus criterios de validez por parte de la comunidad internacional de los Estados, encontrándose la jurisdicción internacional acreditada para aplicarlas discrecionalmente a los casos concretos.

Como corolario de lo expuesto sobre este eje temático, puedo colegir que el positivismo jurídico procura sostener su teoría filosófica del derecho concibiendo al funcionamiento del Estado sobre la base de normas primarias que se caracterizan por establecer conductas o comportamientos humanos a los que califican cómo prohibidos, permitidos u obligatorios [validez de la norma]; mientras que en el plano del derecho internacional público, las normas primarias se verán condicionadas por el grado de aplicación y aceptación que estas posean en el relacionamiento interestatal.

La validez y la eficacia de la norma son dos principios jurídicos que inciden de manera directa en el ejercicio real y constructivo del derecho interno y del derecho internacional público ya que entendemos por validez a la condición que debe reunir la norma u ordenamiento jurídico respecto a su creación por parte de una autoridad u órgano competente, su vigencia actual, y su prescripción de regular y/o establecer pautas de comportamiento, conductas o procedimientos a seguir por parte de las personas humanas y/o jurídicas; en tanto la eficacia, es el elemento que le permite a la norma mantener su validez material y personal siempre y cuando sea aceptada, respetada, aplicada y cumplida en términos de derecho. La eficacia jurídica hace a la validez de la norma y se convierte en un factor determinante dentro de la secuencia lógica de la sana critica racional.

# 3. La eficacia jurídica condiciona la validez de la norma: Del positivismo constitucional al constructivismo jurídico internacional.

Si en el constructo del DIP, la eficacia jurídica condiciona la validez de la norma, podemos inferir que existe un realismo jurídico que concuerda con el realismo político

que mantienen los Estados en sus relaciones internacionales dentro del cual cada uno de ellos constituye una entidad suprema que puede traspasar sus fronteras incidiendo de manera decisoria en un contexto de controversia regional, continental y hasta mundial. De hecho, Kalijarvi (1983) cita textualmente: "...El mundo es una sucesión de Estados que guardan un comportamiento políticamente independiente en donde cada uno de ellos es celoso guardián de sus soberanos" (p. 201).

Bajo esta expresión, el realismo político se pronuncia de manera estatocéntrica entendiendo al Estado cómo una entidad soberana que procura tutelar sus intereses vitales los que, en su mayoría, se encuentran enunciados explícita o implícitamente en la Constitución Nacional de cada país o positivismo constitucional.

En esa concepción, el realismo político se nutre de su propio realismo jurídico o positivismo constitucional, dentro del cual la sociedad se encuentra gobernada por normas objetivas cuyas raíces se remontan a la propia naturaleza humana.

Entiendo que estas normas son objetivas porque rigen la convivencia social tal como se promueven dentro de un Estado de Derecho y es allí donde los axiomas o valores jurídicos tales como la libertad, el orden, la seguridad y la justicia, asumen un rol fundamental con el fin de tutelar los derechos humanos. En este sentido, Barbero ora: "Los Estados, por solo ser miembros de la Organización de Naciones Unidas -en virtud de las obligaciones derivadas de su Carta-, pero más aún por sus compromisos convencionales, tienen el deber de cumplir con normas internacionales y responder ante la comunidad internacional. En particular, los Estados tienen el deber de respetar y garantizar los derechos humanos previstos en cada tratado, lo cual incluye la obligación de no violación y de prevención, investigación y sanción en caso de incumplimiento" (2019, p. 229).

Resulta racional pensar que la real política de los Estados ha puesto de manifiesto en el orden internacional las diferencias estructurales que existen entre ellos y que, durante varios siglos, los condujo a confrontaciones bélicas por disputas de poder territorial que, cómo dice Renouvin (1998), sentaron las bases para que esos Estados diseñaran sus propias constituciones, estrategias o doctrinas de proyección nacional (pp. 1112-1134). Pero con la creación de la ONU, y la institucionalización de la Carta de las Naciones Unidas cómo la principal fuente de derecho internacional particular, el realismo político volvió a disentir con el realismo jurídico ya que los Estados si bien propusieron unir sus

fuerzas para garantizar la paz y la seguridad internacional basada en el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales bajo el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros, *esto no sucedió*.

Lo afirmado en el párrafo precedente constituye una evidencia irrefutable toda vez que los Estados Miembros de la ONU consintieron que las potencias vencedoras de la segunda guerra mundial ocupasen un lugar preferencial en el Consejo de Seguridad a sabiendas que, bajo esas condiciones, el equilibrio del poder entre los pares sería muy difícil de sostener en el tiempo por la disparidad real que existe desde el punto de vista del desarrollo tecnológico, científico, productivo, económico, y militar entre otros.

Actualmente, ese marco teórico que conforma un realismo político y jurídico que detentan los Estados se puede constatar en el derecho internacional público, poniendo en consideración de análisis (Carta, Arts. 27.3, 39 y Reglamento), a una o más controversias de las que sea necesaria la intervención de los Estados Miembros que componen el Consejo de Seguridad de la ONU.

De esta manera la ONU tiene la facultad y capacidad jurídica de constatar los hechos que acontecen en el relacionamiento internacional (evidencia o prueba), y determinar (en un momento y lugar determinado) mediante el empleo de la sana critica racional, si se ajustaron a derecho o resultaron políticamente arbitrarios [discernimiento del acto que se produce bajo la arbitrariedad de la sana critica racional]. En palabras de Schopenhauer (2008), el entendimiento no existe independientemente de nuestra capacidad de percibir y determinar relaciones, ya que es la base de la experiencia misma. Todo lo que ocurre cómo fenómeno social -hecho- tiene una razón suficiente para ser así y no de otra manera. (...) Esto significa que tiene una explicación lógica ya que la persona-Estado tiene la aptitud de decidir y ordenar su propia conducta a lo que llamamos voluntad (p. 240).

Es lógico pensar que al confrontar la teoría normativa de origen convencional con los hechos que acontecen en el mundo real, la sana critica racional es el factor del silogismo jurídico que ubica al derecho en un contexto del realismo político. De allí la expresión de que procuramos incorporar en esta ponencia: una cosa trae a la otra.

O sea, el derecho internacional público asume una posición realista o bien constructivista cuando identifica la posición que adoptan los Estados Miembros de la ONU en su relacionamiento internacional ya sea: 1) bajo el compromiso convencional

que han asumido en la Carta de las Naciones Unidas y dentro de la cual el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad primordial de garantizar la paz y seguridad internacional a nombre de todos ellos o bien, 2) bajo el ejercicio de sus propias normas internas que procuran aplicar los Estados dentro o fuera de las reglas de la ONU, en función de sus intereses y su capacidades reales de poder.

El normal funcionamiento del Consejo de Seguridad estará dado por la eficacia jurídica o capacidad real que este posea para hacer que la norma o Carta de las Naciones Unidas sea válida. En otras palabras, el ejercicio de las funciones y poderes del Consejo de Seguridad pone a la validez de la norma en un segundo plano, mientras que el concepto de eficacia jurídica se convierta en el factor condicionante del derecho internacional público.

Sobre este entendimiento del derecho -relación validez y eficacia de la normaconvergen contemporáneamente cuatro escuelas del realismo jurídico [estadounidense, genovés, escandinavo y francés] cuyos presupuestos en común están dados por: 1) valorar las normas por sus efectos y 2) cotejar al derecho desde la perspectiva de los casos y de los problemas reales que se presentan.

En ese marco, Ross (1992) concibe que el derecho no está formado por enunciados con un contenido ideal acerca de lo que es obligatorio sino, por reglas que realmente son observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal (p. 141).

Para el realista escandinavo, la eficacia real de la norma constituye el elemento determinante y se posiciona por encima de la validez meramente formal. Y cita textualmente: "Lo que define al derecho, no son la validez de las normas, sino la vigencia de sus instituciones, por lo que el análisis de los fenómenos jurídicos debe llevarse a cabo en su conjunto" (p. 159).

Creo pertinente recordar que el propio Hart, aun desde una posición teórica del iuspositivismo formal, sostenía que la validez de las normas internacionales se decide simplemente por la circunstancia de si son aceptadas y funcionan cómo tales (1970, pp. 226-230).

Del mismo modo Kalijarvi (1983) comenta que la validez del derecho puede perder eficacia cuando los intereses políticos de uno o más Estados soberanos se vean comprometidos. Y sostiene: "...Como regla general, un Estado cuando ve afectados sus intereses vitales se resiste a captar las restricciones que le imponen la moral, la ley y el

orden. De allí que la fuerza sea el factor del que se vale. Por ello cuando esto sucede decimos que el mundo es antijurídico y que está más allá de controlar la ética internacional. De hecho, las alianzas son el ejemplo de que los Estados no pueden depender del derecho y de las organizaciones internacionales" (p. 206).

Considero que Kalijarvi aprecia al poder político que construyen los Estados en función de sus intereses intentando representar al derecho cómo es y, por lo tanto, prescribir acciones a partir de los hechos y no contra ellos.

Cuando se identifica el sistema internacional, se observan con claridad las relaciones que se dan entre los Estados bajo el concepto de un interés mutuo o reciproco. Sin embargo, ese interés no condice con los propósitos que persiguen alcanzar desde un punto de vista cooperativo para la solución de problemas internacionales de carácter económico, social o humanitario; por el contrario, responde a u principio de utilidad constructivista dentro del cual se evalúa la relación costo - beneficio.

Consecuentemente, los actos que llevan a cabo los Estados en su relacionamiento internacional o en el marco de las organizaciones internacionales es directamente competitivo, en contraste con la teoría iuspositivista y por lo tanto permite colegir que el sistema político internacional cómo el DIP es confuso, ya que no existe ninguna autoridad normativa de carácter supranacional con capacidad real para intervenir coactivamente y aplicar sanciones sobre aquellos Estados que incurren en responsabilidad o daño internacional, más allá del compromiso que hayan asumido cómo miembros de la ONU.

Por lo tanto, para el realismo político y jurídico, cada Estado es un actor racional que actúa siempre en función de sus intereses, sin perder de vista que tales intereses son vitales porque requieren asegurar la integridad territorial, la independencia política, afianzar la justicia, el desarrollo económico y su Estado de bienestar dentro de una sociedad política y jurídicamente organizada.

Sin profundizar esta teoría, pero con el objeto de generar a partir de su relacionamiento jurídico el inicio de un aporte científico: ¿Cual? Concebir prospectivamente en la ecuación validez — eficacia jurídica la coexistencia del constructivismo jurídico, entendiendo por tal a la posición jurídica que asume uno o más Estados que tienen la capacidad de ejercicio para poder imponer reglas de conductas que alteran o modifican lo acordado y suscrito en la Carta de las Naciones Unidas, haciendo prevalecer su

voluntad soberana por encima de la validez normativa.

#### Conclusiones

Los Estados, como titulares del poder de soberanía interna y externa, son libres concurrentes o recurrentes a generar conflictos en el relacionamiento internacional. De hecho, comparados con la ONU, tienen un poder real y otro potencial difícil de ponderar, pero fácil de mensurar desde su capacidad productiva y desarrollo científico. De derecho, sus condiciones son dispares comparados los unos con los otros, aspecto este que se evidencia en el contraste que presenta la Carta de las Naciones Unidas toda

este que se evidencia en el contraste que presenta la Carta de las Naciones Unidas toda vez que declama en su Art. 2.1. la igualdad soberana de todos sus miembros, mientras que en el Art. 27.3 pone a los mismos en un plano de desigualdad jurídica cuando le confiere un poder de veto permanente a solamente cinco de los Estados Miembros -Estados Unidos, China, Rusia, Reino Unido y Francia-.

Ese elemento de juicio o valor probatorio posiciona a la Carta de las Naciones Unidas en el primer instrumento normativo de derecho internacional público que permite diferenciar la doctrina del realismo político con el realismo o constructivismo jurídico, toda vez que pone en evidencia la disparidad que existe entre los Estados más desarrollados -también llamados potencias o a veces hegemones-, con relación a los Estados menos desarrollados o subdesarrollados.

Ambos realismos contemporáneos -político y jurídico- asocian al derecho con la fuerza siendo una premisa irrefutable desde la creación de la ONU. La naturaleza jurídica y geopolítica de la Carta (mas allá de los propósitos y principios que los pueblos de las Naciones Unidas asumieron alcanzar y cumplir convencionalmente), esta diseñada para que las Potencias vencedoras de la segunda guerra mundial pudiesen disponer en todo momento, de un derecho de preferencia política y jurídica respecto al resto de los Estado Miembros, y de esa manera regular las relaciones diplomáticas o situaciones de controversia internacional a tal punto de persuadir o disuadir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la toma de decisiones; decisiones que estarán íntimamente ligadas al derecho constitucional de cada uno de los Estados Miembros Permanentes (P5), intereses vitales de vuestro Estado o voluntad común soberana -acto unilateral en sentido propio- pudiendo conservar un statu quo de globalización o bien invertir el proceso. Este ultimo aspecto significa en la praxis que la desglobalizacion puede surgir normativa y estratégicamente ante una situación de coyuntura o necesidad de cambio

inmediato proveniente de una crisis humanitaria de nivel regional, continental o mundial que así lo imponga, recordándonos que no hay obligación sin causa.

Cómo dice Barberis (1982): "Los cambios de la realidad internacional traen consigo modificaciones en la estructura jurídica del orden internacional (pp. 3-28).

La recurrencia de la globalizacion a la desglobalizacion durante el siglo XXI es un fenomeno y sucesion de actos juridicos que los Estados han puesto en funcionamiento porque los hechos asi lo requieren.

Las crisis humanitarias producto de conflictos belicos, desastres naturales o antropicos y recientemente una pandemia mundial (CVID 19), generan en los Estados razones para la accion; una razon suficiente basada en la sana critica racional que lejos de ser tachada de arbitraria, procura tutelar no solo el positivismo constitucional de los pueblos en el marco interno e internacional, sino que se extiende y avanza hacia un constructivismo juridico. Este ultimo, se presenta inicialmente, cómo una corriente de la sociologia del derecho dentro de la cual los Estados pueden alterar o cambiar las reglas que se han comprometido respetar en el marco del DIP confirmando que no hay validez sin eficacia juiridica.

#### Bibliografía.

Barbero, N. (julio-diciembre, 2019). La responsabilidad internacional de los Estados. *Summa Iuris*, vol 7(2), pp. 229-232. DOI: <a href="https://doi.org/10.21501/23394536.3481">https://doi.org/10.21501/23394536.3481</a>

Barberis, J (1982). El Concepto del Tratado Internacional. *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 6, pp. 3-28. DOI: https://dialnet.unirioja.es/revista/122/A/1982

Buergenthal, T y Murphy, S. (2007). *Public Internacional Law in a nutshell* (6ta ed). United States of America: Thomson-West.

Dworkin, R. (1999). Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel.

....., R. (2011). Justice for Hegdehogs. Cambridge: Harvard University Press.

García Ghirelli, J. (2007). *Tratados y Documentos Internacionales*. Buenos Aires: Zavalia S.A.

Hart, H. (2007). El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

....., H (1970). *Kelsen Doctrine of the Unity of Law*. *In: Ethics and Social Justice*. Nueva York: State University of New York Press, Vol 4, pp. 171-199.

Kalijarvi, T. (1983). Política Internacional Moderna. Tomo I, II, y III. vol. 473-475.

Buenos Aires: Biblioteca del Oficial del Círculo Militar.

Kelsen, H (2019). Teoría pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba.

Raz, J. (1970). The concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System. Oxford: Oxford University Press. 256 p.

....., J (1991). *Razon Practica y Normas*. Trad. Por Ruiz Manero. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.

Renouvin, P (1998). *Historia de las Relaciones Internacionales* (siglos XIX y XX). España: Akal.

Renouvin P y Duroselle, J. (2000). *Introducción a la Historia de las Relaciones Internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica.

Ross, A (1992). On Law and Justice. USA. University California Press.

Schopenhauer, A. (2008). Sobre la Raíz Cuádruple del Principio de Razón Suficiente. Buenos Aires: Losada.

# ESTRATEGIAS DE ADAPTACIÓN DEL PROGRAMA DE EXTENSIÓN: EL CENTRO DE ATENCIÓN JURÍDICA GRATUITA PARA LA AGRICULTURA FAMILIAR ATRAVESADO POR LA EXPERIENCIA EN LOS TIEMPOS DE PANDEMIA COVID 19

Carolina Murga Laura Camera Maria Marta Ortolani

#### Introducción. -

El Centro de Atención Jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar se creó en el año 2011 por parte de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, trabajando en forma conjunta con la Facultad de Ciencias Agrarias y Forestales y el Instituto de Investigación y Desarrollo Tecnológico para la Agricultura Familiar (INTA-IPAF Región Pampeana). Este espacio tiene como antecedente el trabajo de campo realizado por abogades junto a un grupo de trabajo interdisciplinario en el marco de diversos proyectos de extensión e investigación.

En los tiempos de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio la atención jurídica del consultorio no se detuvo, se adaptó a través de las redes sociales como Facebook y Whatsapp, por el correo electrónico, así como se incrementó e intensificó la atención telefónica.

Sumado a ello las necesidades de las y los agricultores familiares se modificaron agregándose las relacionadas a los permisos de circulación, a las multas que se aplicaron al inicio del aislamiento, a las cuestiones de Ingreso Familiar de Emergencia, sobre la línea de créditos a tasa cero que otorgaba el Gobierno Nacional, entre otras cuestiones; que si bien realizamos asesoramiento en políticas sociales se les agregó el problema de la conectividad, ya que si bien el universo de agricultores y agricultoras con las que trabajamos cuentan con celular e internet precario, ya que no todos los celulares que poseen estas personas tienen el sistema Android para poder descargar con facilidad estas aplicaciones que requerían mayor tecnología y conectividad en algunos casos y nos adaptamos dando respuesta a estas cuestiones.

En cuanto a las estrategias de difusión y capacitación hemos implementado la realización de flyers para difundir por las redes sociales de mayo uso por estas personas, Facebook y Whatsapp, con los temas más importantes como permisos, transporte, IFE, créditos a tasa cero, etc.

Para la capacitación atento al aislamiento preventivo social y obligatorio y con el conocimiento de que las y los agricultores cuentan con celular y whatsapp hemos realizado capacitaciones a través de ese medio por grupo con una fecha y una hora determinada.

#### Desarrollo. -

El Centro de Atención Jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar funciona desde el año 2011 como una propuesta integral e interdisciplinaria de trabajo. Constituye una instancia de integración de profesionales, estudiantes, diversos actores de la sociedad civil e instituciones con las que se desarrolla el trabajo diario.

Es un espacio de confluencia interinstitucional entre la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, la Facultad de Ciencias Agrarias y Forestales ambas de la Universidad Nacional de La Plata y el Instituto de Investigación y Desarrollo Tecnológico para la Agricultura Familiar de la Región Pampeana del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (IPAF Región Pampeana – INTA).

En tiempos de pandemia y aislamiento social, se presentó el desafío de repensar estrategias y resignificar el trabajo con la comunidad. Desde este espacio de Extensión el gran reto fue encontrar diferentes modos y mecanismos de continuar trabajando en el territorio, con productores y productoras en forma individual pero también con organizaciones y la comunidad en la agricultura familiar.

En esta circunstancia a la que nos enfrenta la pandemia de Coronavirus nos plantea arduos desafíos para quienes trabajamos en espacios de asesoramiento y acceso a la justicia. Asimismo, se nos puesto de relieve la eterna fragilidad de quienes menos recursos poseen, también debe reconocerse claramente que la cuarentena inducida por COVID-19 ha creado repercusiones perjudiciales en las actividades judiciales, limitando el acceso en muchos casos, y en otros casos el desconocimiento de la existencia de los juzgados y/o tribunales judiciales que se encontraban trabajando en turnos, y con qué medios se acercaban a la comunidad, generó incertidumbre, limitando reclamar y peticionar, generando más desigualdad social.

La forma de trabajo del Centro Jurídico consiste en atenciones semanales presenciales, donde se evacuan consultas particulares y/o grupales en un espacio brindado por la Facultad de Ciencias Agrarias y Forestales, donde les agricultores familiares plantean sus consultas y un grupo de abogades mentores junto con estudiantes, conversan e intercambian a fin de ofrecer alternativas para la resolución de las cuestiones expuestas.

Asumimos, el compromiso de continuar sosteniendo el vínculo, y la necesidad de persistir acercando derechos a quienes no poseen esas posibilidades, en estas condiciones excepcionales

y complejas, adaptándonos a la realidad del momento, no ha hecho como grupo reformular visiones integrales sabiendo que el acceso a la justicia es un derecho fundamental del ser humano, y que su suspensión afecta a quienes no tienen esos medios para hacerlos valer.

Les integrantes del centro jurídico nos encontramos en la necesidad de desarrollar la fuerza de trabajo en este contexto, mediante herramientas tecnológicas adaptadas a la realidad del sector con el cual trabajamos, siendo necesario contar lo que es invisibilizado, agricultores y agricultoras familiares con grandes dificultades de acceso a internet, que ven negado el uso de algunas plataformas de comunicación, por lo que el teléfono o la aplicación Whatsapp, son el medio de mayor y mejor acceso al contacto con los mismos.

También las intervenciones por el aislamiento en relación a los permisos de circulación han sido vasta, particularmente en cuestiones migratorias puesto que la mayoría de les agricultores del Cordón Hortícola de La Plata son migrantes de Bolivia o del norte de nuestro país.

Además, desarrollamos talleres en territorio para abarcar problemáticas colectivas, generalmente en conjunto con las organizaciones del sector. Esta dinámica entre lo individual y lo colectivo permite compartir conocimientos y saberes con productores y productoras destinatarias del proyecto de extensión.

Como mencionamos anteriormente los destinatarios de la atención gratuita son agricultores familiares asentado en el Cordón Hortícola Platense, migrantes del norte de nuestro país y mayormente de Bolivia.

En estos contextos tan desiguales e intentando no profundizar la misma, hemos tenido en cuenta los destinatarios y por ello hemos excluido como forma de atención las plataformas virtuales como Zoom, Skype, Meet y Webex, debido a que requieren una conexión estable y amplia de acceso a la red.

En ese sentido hemos realizado entonces la atención ya no solo un día -lunes de 14 a 17 hs- ni a un horario determinado, sino durante toda la semana y cuando él/la productora tenía un momento para consultar.

Una vez comenzado el contacto generalmente por un mensaje de whatsapp, audio o escrito, se convenía un horario para realizar una llamada telefónica, a fin de realizar un intercambio para poder comprender cabalmente el reclamo y asesorar correctamente.

En caso de necesitar el envío de documentación, la misma se fotografiaba y se enviaba por whatsapp. Este método tiene sus ventajas debido a que la documentación es entregada inmediatamente, sin embargo muchas de las veces, la fotografía no era nítida y se requería una nueva fotografía y nuevo envío, para poder evaluar el documento adecuadamente.

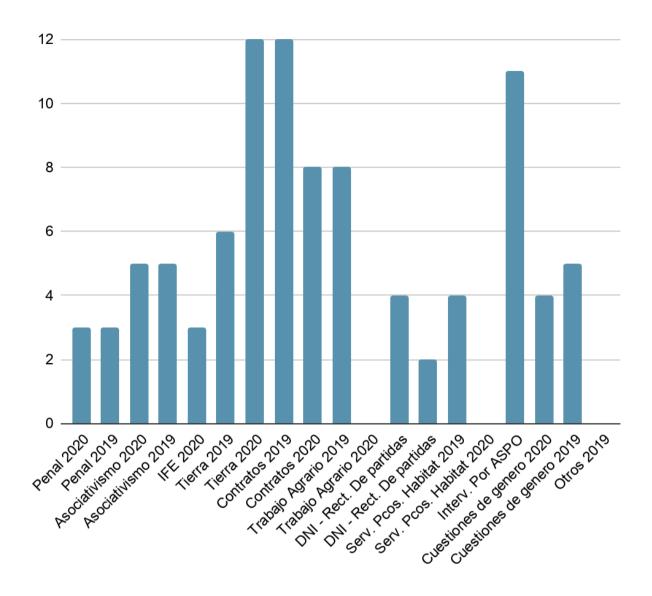
En este periodo se requirió asesoramiento y prestacion de servicios para realizar la solicitud de permisos para transitar e IFE, en ese caso el modo de acompañamiento se hace por teléfono y el trámite on line se realiza en simultáneo mientras dure la llamada telefónica.

En el presente año hemos atendido alrededor de 56 casos, en diferentes fueros como el penal - secuestro de automotores-, rectificación de partidas de nacimiento, contratos de arrendamientos, comodatos, permisos de uso, consultas sobre asociativismo, cuestiones de género -asesoramiento en casos de atención de violencia de género, en formación de grupos de productoras para abordar la problemática y en cuestiones de incorporación de la perspectiva en proyectos de ley-.

Si lo comparamos con el año 2019 en el cual hemos atendido y gestionado 57<sup>1</sup> casos, podemos observar como la consulta sobre el acceso a la tierra -contratos de arrendamiento- se ha duplicado, y la consulta sobre trabajo agrario ha sido nula en el año 2020 -creemos debido a la falta de inspecciones que realizan los organismos estatales-, también encontramos diferencias en relación a los contratos ya que en el año 2019 han sido 12 las consultas y en el año 2020 ha disminuido a 8.

-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Grafico 1 Fuente: elaboración propia.



En relación a los servicios públicos este año no hemos recibido consultas, cuestión que llama la atención puesto que es uno de los temas que más se consulta, sin embargo debemos recalcar que este año han estado protegidos los cortes por los decretos 320/2020 y la ley 15172.

Otro tema son las cuestiones de género, en ambos años han sido similares, sin embargo durante el año 2019 hemos recibido más consultas en relación a violencia de género, y en el 2020 en relación a la incorporación de perspectiva de género a las políticas públicas; una de las causas puede ser la creación del Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidades que han llevado adelante políticas públicas, derivación de casos jurídicos a instituciones que brindan asesoramiento gratuito, visibilización de la discriminacion y desigualdad que padecen las mujeres en la sociedad actual.

En conclusión, hemos recibido 56 consultas en el año 2020 y 57 en el año 2019, es decir que el cúmulo de tareas no ha disminuido por la pandemia, sino que se ha adaptado a otros canales y modalidades.

#### Capacitaciones por la Plataforma Zoom y Meet

La capacitación que habitualmente se desarrolla en el territorio, por el aislamiento debido a la pandemia lo adaptamos en modalidad virtual a través de la plataforma Zoom y Meet, realizamos varios talleres a nivel nacional para un grupo de productores familiares de Laboulaye, provincia de Córdoba sobre Asociativismo y en la localidad de Rivadavia provincia de Mendoza sobre la incorporación de la perspectiva de género en las asociaciones y en las políticas públicas.

A nivel regional, dimos un taller sobre Acceso a la Tierra y Asociativismo para productores de Florencio Varela y sobre Contratos para la producción agraria para la comunidad de Hilario Ascasubi, provincia de Buenos Aires. El primer encuentro se desprende de la continuación de un taller realizado en territorio junto a un grupo de personas que requerían de diferentes estrategias para acceder a la tierra, habiendo propuesto la conformación de una organización, diseñando las formas, modalidades, necesidad de una u otra figura a través de esta capacitación via Zoom.

# Capacitaciones por WhatsApp

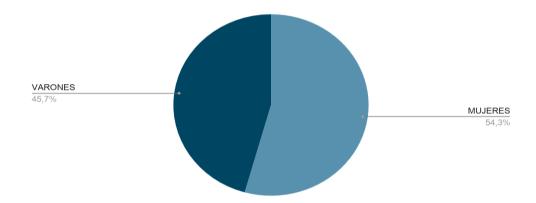
El aislamiento social preventivo y obligatorio obligó, como ya dijimos, a adaptar la forma de atención y el dictado de los talleres a la modalidad virtual, en ese camino es que advertimos que muchas de las consultas en relación a la pandemia se refieren a los temas de Acceso a la Tierra, permisos, IFE, créditos prendarios, personales y tasa cero, y es por ello que diseñamos y organizamos capacitaciones dirigidas a los productores familiares del Cordón Hortícola Platense, cuyo acceso más común a la virtualidad es por la tecnología de mensajes de Whatsapp.

Entonces, como bien mencionamos anteriormente, organizamos capacitaciones por WhatsApp bajo el título "Agricultura Familiar en tiempos de COVID. Conozcamos nuestros derechos". Comenzamos por convocar a los grupos con los que actualmente trabajamos como el grupo de la Diplomatura de Horticultura, la Coop. Moto Mendez, la Unión de Trabajadores de la Tierra y el Movimiento de Trabajadores Excluidos rama rural.

Estos talleres los realizamos en conjunto con la Dirección Provincial de Defensa de los Derechos de las y los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires, el IPAF Región Pampeana y el Espacio Jurídico Agroterritorial de la EEA Bordenave.

Los temas que elegimos para compartir en dos encuentros de dos horas cada uno fueron:

- **Acceso a la tierra:** Contratos de Arrendamientos. Vencimientos. Suspensión de desalojos. Créditos hipotecarios. Normas: decretos 319 y 320/2020. Ley 15172 PBA.
- **Permisos y transporte:** Permisos de circulación y aplicación CUIDAR. Prohibición del transporte de largas distancias. Devolución del pasaje o reprogramación del viaje.
- **Créditos Prendarios:** Automóviles UVA y Planes de ahorro. Ley 15172 PBA.
- Créditos: Crédito Tasa Cero, IFE, Programa alimentos bonaerenses: Banco de Insumos. Sumado a ello y a fin de cerrar la brecha de género hemos dispuesto un cupo femenino del 50 %, con un máximo de 35 participantes. Cuestión que tuvo éxito puesto que el 54% de las asistentes a los cursos fueron mujeres².



Al momento de la inscripción se le enviaba a los destinatarios el link del grupo de whatsapp creado a tal efecto, y se les daba la bienvenida.

Al iniciar el curso enviabamos diapositivas en el formato de fotos con el contenido de cada temática, luego un audio explicativo sobre esos contenidos y seguidamente recibiamos las consultas de los y las participantes.

Elegimos esta modalidad ya que les agricultores familiares podían quedarse así con las imágenes y los audios explicativos, para volverlos a mirar o escuchar.

Culminábamos el curso poniéndonos a disposición y dejando nuestros datos de contacto para cualquier consulta, ya sea por cuestiones abordadas en el curso, como también, por cualquier otra cuestión.

En ese sentido hemos tenido muchas de las consultas que han surgido por la realización de estos cursos y talleres virtuales.

-

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Grafico 2 fuente: elaboración propia.

Estos talleres se realizaron durante el mes de julio 2020, la primera edición se llevó a cabo con estudiantes de la Diplomatura Frutihortícola de la Facultad de Ciencias Agrarias de la UNLP y la segunda edición con la Coop. Moto Mendez. De ambas ediciones han participado alrededor de 38 productores y productoras.

Debido a la gran difusión realizada por al Instituto de Tecnología Agropecuaria y a la necesidad de tener claridad e información en la temática que se proponía, se organiza una edición a nivel nacional, de la que participaron alrededor de 60 productores de Buenos Aires, de Jujuy, de Rio Negro, de Entre Rios, de Santa Fe, de Salta y de Formosa.

La cuarta y quinta edición se realizaron con agricultores familiares de la Unión de Trabajadores de la Tierra con 17 participantes y con el grupo MTE rama rural con 14 participantes.

#### Algunas de las opiniones de las productoras que participaron de la capacitación.

Verónica Villa, Presidenta de la Coop. Motomendez expresa que "En nuestra asociación somos 31 familias y muchos no sabían cómo sacar un permiso para circular, o cómo hacer la renovación de un arrendamiento, o el acceso al crédito o subsidio que daba el gobierno. Este curso fue muy útil para nosotros", cuenta Verónica Villa, presidenta de la Cooperativa Moto Méndez. Produce en una quinta de 3 hectáreas, a la vera de la avenida 66, en Olmos, muy cerca de La Plata, en cultivos de tomate bajo cubierta y crucíferas a campo. Reconoce que prefiere el encuentro cara a cara, porque la gente se anima a participar más, pero que fue muy bueno participar de este curso vía WhatsApp porque muchas familias no tienen acceso a internet y les cuesta llenar los formularios o acceder a la información que requieren en tiempos de COVID. Coplera y productora, realiza también trabajo extrapredial en un comercio y dedica el tiempo libre a las tareas asociativas de su cooperativa, cuyos socios accedieron a la capacitación".<sup>3</sup>

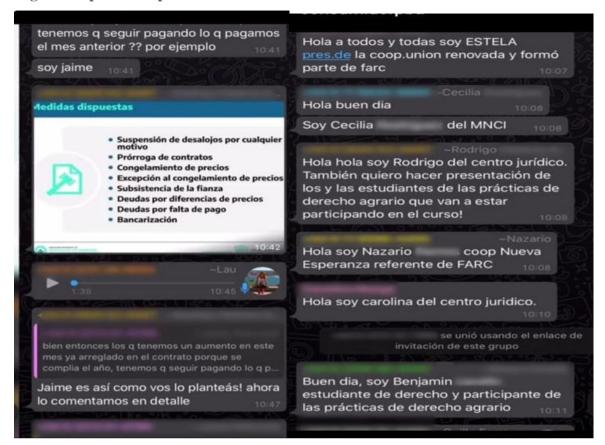
Cecilia Montero es una productora del sudoeste bonaerense que se crió en el campo, muy cerca de Darregueira, Buenos Aires, hasta los 15 años. Luego, como tantas adolescentes, se fue a estudiar a Bahía Blanca y a trabajar a Rosario. Hace tres años, decidió regresar junto a su marido, para acompañar a su suegro al campo familiar de 313 hectáreas que tienen muy cerca del meridiano 5to. Un límite que divide a las provincias de Buenos Aires y La Pampa. "Hice esta capacitación vía WhatsApp porque tenemos dificultades de circulación de una provincia a otra en esta pandemia y recibimos asesoramiento en el curso para poder circular sin inconvenientes. Nos contactamos con esta propuesta a través de la EEA Bordenave". Cecilia es una de las jóvenes que valoriza su vuelta al campo: "viví toda mi infancia en la zona rural, en una época en la que no había grandes comodidades y sólo teníamos luz a motor", rememora. Ahora ya instalaron luz eléctrica, DirectTV y una cooperativa local les suministra internet en la zona rural. "Desde que llegamos mi suegro recuperó el entusiasmo en la producción y además, junto al INTA de la EEA Bordenave recibimos asesoramiento para ir rotando nuestra producción hacia la transición agroecológica". <sup>4</sup>

-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> https://inta.gob.ar/noticias/derechos-por-whatsapp

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> https://inta.gob.ar/noticias/derechos-por-whatsapp

#### Algunas capturas de pantallas del curso:



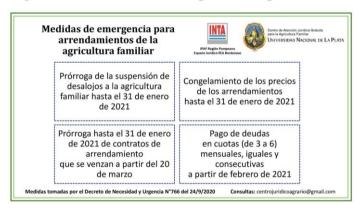


Estrategias de difusión de derechos: Campañas Materiales de difusión: Facebook y Whatsapp Ante el dictado del aislamiento social preventivo y obligatorio y la emisión profusa de normas sobre movilidad y permisos, surgió la necesidad de informar a les agricultores familiares sus derechos y posibilidades de permisos y movilidad. Es por ello que elaboramos varias campañas de difusión de derechos a través de las redes que ya estaban en funcionamiento previamente y eran conocidas por les agricultores familiares de la zona y por personas claves para la difusión. En ese sentido elaboramos material para difusión a través de Facebook y de Whatsapp. En este sentido, abordamos temáticas como el ASPO, arrendamientos (prórroga, formas de pago, suspensión de desalojos), viajes de larga distancia, etc.

También sobre cuestiones de violencias de género, la importancia de crear redes y qué hacer ante una situación concreta de violencia, ya que el aislamiento significó que en muchos casos las mujeres queden expuesta a situaciones de violencias dentro de sus hogares, sin la posibilidad de pedir ayuda. ya sea tanto jurídico como de otras disciplinas.

Sumado a ello el 15 de octubre en el marco del Día Internacional de las Mujeres Rurales realizamos un video con el fin de visibilizar la importancia de las mujeres en la producción de alimentos y la soberanía alimentaria, además de las desigualdades que atraviesan y las violencias que se dan en el ámbito agrario.

Algunas de las campañas que realizamos durante todo el año:





# Aislamiento social, preventivo y obligatorio



Rige desde el 20 de marzo hasta las 00hs del 12 de abril

Rige para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma

temporaria

- Si sos agricultor o agricultora familiar estás exceptuado pero necesitás el carnet del RENAF y la declaración jurada proveída por el Ministerio de Desarrollo Social para poder desplazarte
- La excepción se aplica únicamente para desplazamientos necesarios para realizar la actividad productiva
- Conseguí tu Certificado Único para Circular a partir del 6 de abril ingresando a https://tramitesadistancia.gob.ar/

Consultas: centrojuridicoagrario@gmail.com

#### Violencia de género y aislamiento social



Rige desde el 20 de marzo hasta las 00hs del 12 de abril

Rige para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma  Todas las medidas de protección ya dictadas por la justicia fueron renovadas automáticamente por 90 días

Consultas: centrojuridicoagrario@gmail.com

#### SERVICIO DE TRANSPORTE SUSPENDIDO

temporaria



Los servicios de transporte automotor y ferroviarios de larga distancia se encuentran suspendidos durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Las personas con discapacidad con reservas de pasa es para servicios suspendidos deberán volver a efectuar la reserva cuando se anuncie la reanudación de los servicios suspendidos. Se prorrogaron los certificados de discapacidad hasta el 18 de junio de 2020.

Consultas: 

<u>centrojuridicoagrario@gmail.cor</u>

∫ /centrojuridicoagrario/

#### REPROGRAMACIÓN O DEVOLUCIÓN DE PASAJES por COVID 19

Las empresas de transporte automotor y ferroviario interurbano de pasajeros que debido a la emergencia sanitaria suspendieron sus servicios deberán, a opción del usuario:

- **Reprogramar** los servicios que se suspendan; o
- **Reintegrar** el importe de los pasajes dentro del plazo de CUARENTA Y CINCO (45) días. (Resolución 64/2020 del Ministerio de Transporte).

#### SERVICIO DE TRANSPORTE SUSPENDIDO





En todos los medios de transporte, tenés derecho a:

- Que se respeten los recorridos, frecuencias y tarifas aprobadas de los servicios.
- Que los servicios se presten con vehículos y conductores habilitados.
- Ser tratado con respeto en todo momento.
- Recibir respuesta de tus reclamos.
- Realizar tus reclamos tanto ante la empresa como la Comisión Nacional de Regulación del Transporte.

Tené en cuenta que es obligatorio el uso de tapabocas en el transporte automotor y ferroviario de pasajeros de jurisdicción nacional.

Conocé qué **requisitos** son necesarios para realizar una **denuncia** en el siguiente enlace:

https://www.argentina.gob.ar/sites/defaul t/files/requisitos para denunciar 2.pdf

Consultas: 

<u>centrojuridicoagrario@gmail.com</u>

∫ /centrojuridicoagrario/

#### **Reflexiones finales**

El desafío de esta experiencia de extensión universitaria en tiempos de pandemia, adaptando el espacio, les integrantes del mismo y la necesidad de restablecer el encuentro con los destinatarios fundamentales del Centro de Atención Jurídica habilitó a reflexionar críticamente sobre la propia situación social de la Universidad, la sociedad y los vínculos. Lo afectivo como motor y sostén de las actividades de extensión, ha generado el reconocimiento de les actores. La necesidad de escuchar al otro/a como dimensión clave para lograr hacer extensión, y la importancia de fortalecer el rol social de la Universidad en un contexto en el que las desigualdades se han exacerbado, hace al reconocimiento que educar es crear vínculos y no decorar contenidos en palabras de Paulo Freire.

Recuperamos en este sentido el concepto de extensión incorporado al estatuto de la Universidad Nacional de La Plata: como "un proceso educativo no formal de doble vía, planificada de acuerdo a intereses y necesidades de la sociedad, cuyos propósitos deben contribuir a la solución de las más diversas problemáticas sociales, la toma de decisiones y la formación de opinión con el objeto de generar conocimiento a través de un proceso de integración con el medio y contribuir al desarrollo social [...]. La extensión universitaria será considerada el principal medio de la Universidad Nacional de La Plata para lograr su función social, contribuyendo al tratamiento de los problemas que afectan al bienestar de la comunidad, la reconstrucción del tejido social, el desarrollo económico sustentable y el fortalecimiento de la identidad cultural".

Las estrategias de abordaje que nos hemos dado para realizar el trabajo de extensión requirió creatividad teniendo en cuenta las posibilidades de los y las destinatarias, así como la capacitación del equipo en herramientas tecnológicas de diseño y de preparación de presentaciones en distintos formatos, además de la capacitación en la normativa del ASPO interpretada en clave de la agricultura familiar.

Para resumir entonces las estrategias de abordaje han incluido la atención telefónica, por whatsapp de las consultas -alcanzando el mismo caudal de trabajo que el año 2019- y el desarrollo de talleres por plataformas virtuales y por mensajes y audios de whatsapp, también el desarrollo de campañas de difusión de derechos que se vieron afectados durante la pandemia y las nuevas disposiciones sobre permisos, y particularmente el video realizado en conmemoración del Día de la Mujer Rural, el 15 de octubre, solicitando políticas públicas agrarias con perspectiva de género, acceso a la tierra y políticas que aborden la violencia de género en los ámbitos rurales.

La experiencia como equipo ha sido muy satisfactoria y enriquecedora, porque encontramos mecanismos que antes nos parecían impensados, y la respuesta de les agricultores familiares

ha sido muy buena, consideramos que lo que nos propusimos de realizar la revinculación y la difusión de derechos a una población tan vulnerable como les agricultores del Cordón Hortícola de La Plata, ha sido exitosa, es más hemos logrado una difusión nacional de nuestra tarea.

# Bibliografía

- Murga Carolina, Vero Leandro, Palleres Balboa Rodrigo y Hector Tejeda (2017), "Centro de atención jurídica gratuita para productores agropecuarios familiares. Una experiencia de acompañamiento e intervención en los territorios" Eje 14 Desarrollo Rural, para el III CONGRESO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA DE LA ASOCIACIÓN DE UNIVERSIDADES DEL GRUPO MONTEVIDEO 7, 8 Y 9 DE SEPTIEMBRE DE 2017. Publicado: UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL. Tomo II. Relatos de experiencias de extensión. ISBN 978-987-692-159-6.
- Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata. Disponible en: https://unlp.edu.ar/frontend/media/20/120/722e7f1b616ac158e02d148aaeb762aa.pdf
- Nota periodística de fecha 4/08/2020 "Derechos por Whatsup". Autores: Cora Miriam GORNITZKY y Fernando Omar CARDARELLI. Disponible en: https://inta.gob.ar/noticias/derechos-por-whatsapp.
- Freire, P. (2005). Pedagogía del oprimido. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Informes del Centro de Atención jurídica Gratuita para la Agricultura Familiar. Disponible en: blog Colectivo Jurídico Agroalimentario (se puede acceder mediante el siguiente link: bit.do/CJA).
- GRAFICOS 1 Y 2: ELABORACION PROPIA.

# PRISION PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN PAMPEANA. SU COMPATIBILIDAD CON LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Andrés Aníbal Olié

#### 1. Introducción.

La prisión preventiva constituye, por definición, un instituto de enorme capacidad lesiva de los Derechos Humanos, en tanto significa el encierro de una persona acusada de un delito, pero a cuyo respecto no se ha dictado una sentencia definitiva; motivo por el cual ha sido siempre objeto permanente de cuestionamientos acerca de sus límites y legitimidad.

Desde el paradigma del Estado constitucional y convencional de Derecho, el encierro preventivo sólo puede admitirse cuando se pruebe la existencia de peligro de fuga o de obstaculización del proceso; es decir, cuando exista la posibilidad de que el acusado frustre la acción de la justicia. Además -sin excepción- requiere un mínimo de prueba acerca de la culpabilidad del acusado, posee carácter excepcional, provisional y subsidiario, su habilitación es de carácter restrictiva, debe ser proporcional al riesgo que se cautela y rige el principio de "favor libertatis"...

Estos límites han sido paulatinamente desarrollados a partir de la problematización del fenómeno que se manifiesta en el ámbito del derecho internacional y regional de los Derechos Humanos, como así también en el marco constitucional y procesal penal, de incumbencia estrictamente local.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) publicó en 2013 y 2017, dos informes sumamente relevantes sobre el uso de la prisión preventiva, elaborado por la relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad, en el cual describió la problemática como crónica y uno de los principales desafíos que enfrentan la absoluta mayoría de los Estados de nuestra región. Estimó que más del 40% de la población carcelaria de la región se encontraba en detención preventiva, atribuyendo estas elevadas cifras a las "... políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana, y que han conllevado una serie de

reformas legales que han generado una mayor aplicación de la detención preventiva" (Comisión I.D.H., 2013, párr. 24).

El informe emitido en 2017 estuvo dirigido a impulsar la implementación de medidas tendientes a reducir el uso de la prisión preventiva, a modo de seguimiento sobre las recomendaciones efectuadas a los Estados en aquel primer informe de 2013. Sostuvo nuevamente la existencia de un promedio de 36,3% de la población carcelaria en condición de prisión preventiva, señalando que la Comisión recibió información que indica que a partir de 2014, se ha presentado un incremento de esta población en varios países, entre ellos Argentina. Entre sus conclusiones vuelve a indicar que el uso no excepcional de la prisión preventiva "... continúa constituyendo uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. Esta situación constituye un problema estructural en las Américas..." (Comisión I.D.H., 2017, párr. 224), instando a que los Estados adopten "medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole, que se requieran a fin de corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva..." (Comisión I.D.H., 2017, párr. 230).

En nuestro país, la situación de las cárceles es realmente muy preocupante, tanto en lo concerniente a la sobrepoblación carcelaria como a la proporción de personas privadas de la libertad de modo cautelar, bajo la figura de prisión preventiva. Conforme los datos oficiales que surgen del Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena, publicados por la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (SNEEP, 2018), la tasa de población carcelaria ha crecido significativamente desde el retorno de la democracia. En 1996 (primer registro histórico de la serie) había 71 personas presas por cada 100.000 habitantes, mientras que para el año 2018 se registran 213 presos por cada 100.000 habitantes (SNEEP, 2018, p. 2) registrando un notable incremento particularmente en los dos últimos años. Este crecimiento fue acompañado -como era de esperar- por un fuerte proceso de sobrepoblación carcelaria, cuyos datos oficiales en el país crecieron del 12% en 2016 (SNEEP, 2016, p. 34) al 22% en 2018 (SNEEP, 2018, p. 38).

Pero además, en lo que aquí nos ocupa especialmente, del total de la población carcelaria, apenas un poco más de la mitad son personas privadas de la libertad con condena firme: el 51% en 2016 (SNEEP, 2016, p. 10); 54% en 2017 (SNEEP, 2017, p. 13) y 53% en 2018 (SNEEP, 2018, p. 13); guarismos muy preocupantes que evidencian la "normalización" de la excepción, convirtiendo la prisión preventiva en un anticipo de pena, lo cual constituye una seria violación al principio de inocencia.

La realidad de la provincia de La Pampa no escapa a la problemática general existente en el país y la región. Algunos datos oficiales obtenidos de los mismos informes ya referidos, son útiles para poner en evidencia esta situación: en 2017, el 66% de la población carcelaria tenía condena firme, mientras que en 2018 ese valor bajó muy significativamente y sólo el 56% de las personas privadas de la libertad poseen condena (SNEEP, 2018, p. 67). Ello implicó –además- que de una sobrepoblación carcelaria de 12% en 2017 (SNEEP, 2017, p. 35), el valor se disparara al 33% en 2018 (SNEEP, 2018, p. 35), la cifra más alta a nivel nacional.

Frente a este preocupante escenario, el objetivo de este trabajo consiste en sistematizar los estándares que al respecto surgen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a partir de los últimos fallos dictados en la materia contra nuestro país y verificar – someramente- si los mismos han sido adoptados por la legislación procesal penal, actualmente vigente.

#### 2. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte), desarrolla una tarea de protección complementaria y supletoria de los tribunales nacionales, es decir, interviene sólo cuando se han agotado todos los mecanismos internos que establece un país para hacer efectiva la protección de los derechos humanos.

En conjunto con la Comisión, en los últimos 50 años abordó la temática de las personas privadas de la libertad (entre otros, el concerniente a la prisión preventiva), a través del estudio de peticiones, casos, medidas cautelares y la adopción de informes temáticos sobre la situación carcelaria en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, lo cual ha permitido construir un verdadero "corpus juris" en la materia.

Recientemente, durante los meses de octubre y noviembre de 2019, la Corte dictó tres pronunciamientos contra nuestro país en los casos Romero Feris, Hernández y Jenkins, por la violación a los derechos de libertad personal, presunción de inocencia, integridad personal y las garantías judiciales, los cuales se encuentran protegidos por los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 7.6 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como consecuencia del encierro preventivo dispuesto por tribunales nacionales.

En ellos, la Corte reitera, amplía y profundiza los criterios que ha sostenido desde hace ya muchos años, que serán motivo de análisis en lo sucesivo.

#### 2.1. Función cautelar de la Prisión Preventiva.

Desde el fallo Suárez Rosero en adelante, en cada oportunidad que ha tenido, la Corte afirmó que la prisión preventiva debe cumplir una función procesal y no sancionatoria (Corte IDH, Suárez Roseró, 1997), esto es, la medida cautelar no puede utilizarse como sanción penal e intentar con su aplicación enviar mensajes preventivos generales positivos o lograr la reinserción social del imputado.

En Romero Feris, la Corte tuvo ocasión de referirse a la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, al criticar el mecanismo de la ley 24.390, usualmente denominada ley del "dos por uno". Recordemos que este procedimiento (derogado por la ley 25.430) mandaba que, luego de dos años de encierro preventivo, se computara a favor del acusado a razón de dos días prisión (en el cómputo de condena) por cada día que transcurriera. Al respecto sostuvo que:

[S]i bien es una figura que favorece al procesado que finalmente resulta condenado, dado el principio de reserva legal y el principio de presunción de inocencia, no tiene la virtualidad de otorgar legalidad a una medida que ha incumplido los postulados establecidos en la normatividad interna. Adicionalmente, esta postura desconoce la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, al justificar que opere como una pena, con carácter sancionatorio, pese a tener una finalidad inicial relacionada íntimamente con el desarrollo del proceso, lo que resultaría, igualmente, contrario al principio de presunción de inocencia. (Corte I.D.H., Romero Feris vs. Argentina, 2019, párr. 82).

#### 2.2. Existencia de mérito sustantivo.

Para que la prisión preventiva sea legítima debe verificarse, como presupuesto inicial para su dictado, la existencia de cierto nivel de mérito sustantivo, es decir, deben existir

elementos de prueba serios que vinculen a la persona acusada con un hecho penal, caso contrario cualquier tipo de detención sería arbitraria.

Este criterio es sostenido por la Corte cuando afirma que:

[P]ara restringir el derecho a la libertad personal a través de una medida cautelar como la prisión preventiva, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito (...) se trata de un supuesto adicional a los otros requisitos relacionados con la finalidad legítima, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, y opera como una garantía suplementaria a la hora de proceder a la aplicación de una medida cautelar restrictiva de la libertad (Corte I.D.H., Romero Feris vs. Argentina, 2019, párrs. 93 y 94).

Además puso énfasis en el modo en que debe evaluarse este requisito, señalando que:

[L]a sospecha o los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el ilícito que se investiga, deben estar fundados y expresados con base en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo ha considerado que el término "sospecha o indicio razonable" presupone la existencia de hechos o de información que un observador objetivo consideraría como suficiente indicativo de que la persona afectada puede haber cometido el delito (Corte I.D.H., Romero Feris vs. Argentina, 2019, párr. 96).

#### 2.3. Riesgos procesales

El carácter cautelar que caracteriza la prisión preventiva, implica la necesidad de constatar - en el caso concreto- la existencia de riesgos o peligros procesales que evidencien la necesidad de asegurar el resultado del proceso penal, de modo que deberá verificarse que el acusado intentará eludir el accionar de la justicia o bien obstaculizar la investigación judicial.

En Romero Feris, la Corte sostuvo que "...su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio (...) es decir, que sean un medio para la neutralización de riesgos procesales..." (Corte I.D.H., Romero Feris vs. Argentina, 2019, párr. 100); criterio reiterado en Hernández, cuando afirmó que "...la medida sólo se debe

imponer cuando sea necesaria para la satisfacción de un fin legítimo, a saber: que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia" (Corte I.D.H., Hernández vs. Argentina, 2019, párr. 108).

Tal como se sostuvo con relación a la existencia del mérito sustantivo necesario para el dictado de la prisión preventiva, tampoco los riesgos procesales pueden presumirse. Afirmó la Corte que "... el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado..." (Corte IDH, Romero Feris vs. Argentina, 2019, párr. 101 y Corte IDH, Hernández vs. Argentina, 2019, párr. 109).

En el mismo sentido indicó que "...la determinación de la finalidad de la prisión preventiva requiere un análisis independiente, mediante el cual el juez funde su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto" (Corte IDH, Hernández vs. Argentina, 2019, párr. 116) y que "... la gravedad del delito que se le imputa no es, por sí misma, justificación suficiente de la prisión preventiva" (Corte IDH, Romero Feris vs. Argentina, 2019, párr. 101).

Específicamente con relación al peligro de fuga, sostuvo que, si bien se trata de una finalidad convencionalmente permitida, no eran argumentos que pudieran utilizarse ni el quantum de la pena, ni la inminencia en la realización de los juicios.

[L]a posible pena de 25 años de prisión, o cualquier otra, es un criterio insuficiente para fundamentar el peligro de fuga. De eso modo, esta Corte así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que este criterio así como el de la gravedad del delito, no pueden justificar la imposición de una medida privativa de la libertad, pues de ser así se invertiría la carga de la prueba al procesado, quien tendría que demostrar que no pretende escapar de la justicia para poder ser enjuiciado en libertad (Corte IDH, Romero Feris vs. Argentina, 2019, párr. 115).

Con relación al argumento de que el juicio se realizaría de un modo inminente, también lo descartó, indicando que "... el desarrollo de las etapas procesales no puede ser en sí misma justificación de la privación a la libertad, pues de esta forma operaría como una consecuencia de todo proceso y no como una medida excepcional con carácter cautelar" (Corte IDH, Romero Feris vs. Argentina, 2019, párr. 116).

#### 2.4. Excepcionalidad.

Se trata de un principio fundamental que regula la institución de la detención preventiva, tendiente a restringir su aplicación a los casos en los que no exista otra posibilidad de garantizar los fines del proceso. Este carácter excepcional surge directamente de la combinación del derecho general a la libertad ambulatoria y del principio de inocencia que determina la prohibición de aplicar una pena antes de una sentencia condenatoria firme.

#### Sostuvo la Corte en Romero Feris que:

[A]l ser la privación de la libertad una medida que implica una restricción a la esfera de acción individual, corresponde exigir a la autoridad judicial que imponga dichas medidas, únicamente cuando encuentre que los demás mecanismos previstos en la ley, que impliquen un menor grado de injerencia en los derechos individuales, no son suficientes para satisfacer el fin procesal (...) a la luz de lo dispuesto en el artículo 7.3, 7.5 y 8.2 (principio de presunción de inocencia), la Corte considera que las autoridades internas deben propender por la imposición de medidas alternativas a la prisión preventiva so pena de que se desvirtúe el carácter excepcional de la misma (Corte IDH, Romero Féris vs. Argentina, 2019, párr. 106 y 109).

#### 2.5. Provisionalidad. Plazo.

La naturaleza provisional de la prisión preventiva implica que durante toda su extensión deben subsistir las razones que motivaron su dictado. Sostienen Bigliani y Bovino que "[e]l principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad inicial de ordenar la privación de la libertad" (Bigliani y Bovino, 2008, p. 45).

#### Al respecto la Corte afirmó que:

[L]a prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción (...) en cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe (...) ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar (artículo 8.1), aunque sea en forma mínima las razones por las cuales considera que la prisión preventiva debe mantenerse. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el período de la privación a la libertad no debe exceder el límite de lo razonable conforme el artículo 7.5 de la Convención (Corte IDH, Romero Feris vs. Argentina, 2019, párr. 111).

Agrega en Jenkins que este criterio se violó en el caso por cuanto los tribunales revisores "...se limitaron a rechazar la solicitud de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Jenkins sin reevaluar su situación una vez transcurridos varios años desde su ingreso en prisión y, sobre todo, sin verificar si persistía el fin legítimo para mantener dicha prisión preventiva" (Corte IDH, Jenkins vs. Argentina, 2019, párr. 96).

Finalmente, en cuanto al vencimiento del plazo indicó que "... cuando el plazo de la detención preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad" (Corte IDH, Jenkins vs. Argentina, 2019, párr. 84).

#### 2.6. Proporcionalidad.

Se ha señalado que este extremo se constituye en el principal criterio limitativo que permite sostener "... la necesidad de que el encarcelamiento preventivo sea proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad" (Maier, 1996, p. 528); criterio que también se suele denominar como "prohibición de exceso".

En Romero Feris la Corte señaló, entre los extremos que deben verificarse para decidir la prisión preventiva, la proporcionalidad en el sentido de que "... el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida" (Corte IDH, Romero Feris vs. Argentina, 2019, párr. 98; Corte IDH, Hernández vs. Argentina, 2019, párr. 107 y Corte IDH, Jenkins vs. Argentina, 2019, párr. 76).

#### 3. Conclusiones esquemáticas.

Podrían entonces resumirse los estándares fijados por la Corte en los tres fallos analizados, en las siguientes proposiciones normativas:

- 1. la prisión preventiva debe cumplir una función procesal. Solo puede justificarse cuando el acusado intentará eludir el accionar de la justicia u obstaculizar la investigación. No serán razones suficientes que permitan fundar el peligro de fuga, por sí solas:
  - a) la gravedad del delito que se le imputa;
  - b) el quantum de la pena que pudiera aplicársele al acusado;
  - c) la inminencia en la realización del juicio oral.

- 2. deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito;
- 3. se puede imponer únicamente cuando otras medidas, que impliquen un menor grado de injerencia en los derechos individuales, no sean suficientes para satisfacer el fin procesal, es decir que posee naturaleza excepcional;
  - 4. debe estar sometida a revisión periódica;
  - 5. no puede exceder el límite del plazo razonable;
- 6. no debe resultar exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen, lo que usualmente se denomina como proporcionalidad;
- 7. el juez debe fundar su decisión con base en hechos específicos y no en meras conjeturas o intuiciones abstractas.

#### 4. La legislación pampeana.

Con el dictado de la ley 2287 (Código Procesal Penal) en el año 2006 (aunque entró en vigencia recién en 2011), la provincia de La Pampa abandonó el usual régimen "sustantivista" que tenía operatividad en el ámbito federal y en la mayor parte de las provincias, cuya característica radicaba en la vinculación del dictado de la prisión preventiva con el quantum punitivo, la modalidad de cumplimiento de la pena, el delito imputado, etc. (artículos 279, 283 y 284 de la ley 332, código procesal penal derogado por la ley 2287). Con su sanción se dispuso de un sistema esencialmente "procesalista", que establece la necesaria verificación de riesgos procesales como presupuesto para el dictado de la prisión preventiva. Claramente, en aquel momento, ello significó una importante adecuación a los estándares del sistema interamericano, a los cuales se hizo referencia.

Desde este año rige una nueva normativa procesal en materia penal (ley 3192, código procesal penal que reemplaza al previsto por ley 2287, en adelante C.P.P.), que si bien mantuvo las reglas principales acerca de los motivos que permiten fundar el dictado de la prisión preventiva -peligro de fuga y peligro de obstaculización-, no avanzó sobre algunas modificaciones que pudieron haber sido necesarias, a la luz de la problemática que se expuso al principio de este ensayo.

Como aspecto sumamente positivo, subrayo la nueva redacción de artículo 244 del C.P.P., que al regular lo concerniente a la forma y requisitos de la prisión preventiva, eliminó la regla contenida en su anterior redacción, que disponía el dictado de la prisión preventiva cuando el delito tuviere una pena mínima de más de tres (3) años de prisión<sup>1</sup>. Esta obligación impuesta a los Jueces para que dictaran la prisión preventiva de un acusado, cuando el delito imputado tuviera una pena mínima superior a 3 años, aún con la salvedad de que podía sustituirse por alguna otra medida, violaba claramente los estándares fijados en la materia.

Una decisión judicial tal como esta norma lo disponía, carecería por completo de fundamento procesal, ya que sin importar la existencia o no de peligro de fuga o de obstaculización, la escala penal del delito atribuido ordenaba –automáticamente- dispone la prisión preventiva. Naturalmente tampoco cumpliría con el carácter proporcional y excepcional al que se aludió.

Afortunadamente, esta norma que desvirtuaba totalmente el esquema del resto de las disposiciones que tenían un perfil "procesalista", casi no fue aplicada por jueces durante el período de su vigencia y, actualmente, ha sido eliminada del texto legal.

No obstante, la nueva sanción del código pudo haber avanzado en un mejor y más adecuado cumplimiento de los estándares internacionales en la materia.

Por una parte sigue manteniendo, entre los aspectos para fundar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, dos supuestos que resultan cuestionables y desnaturalizan la función estrictamente procesal de la prisión preventiva. El artículo 245 inciso 2) del C.P.P. indica que "...la pena que se espera como resultado del proceso", debe ser considerado para evaluar la existencia de peligro de fuga y, el artículo 246 inciso 4) del C.P.P. refiere al supuesto en el que se estime que el imputado "... persistirá en su accionar respecto de la víctima", en relación al peligro de obstaculización.

Es claro que ambos supuestos violentan el carácter y la función procesal que permite justificar el dictado de la prisión preventiva al amparo del artículo 7.5 de la Convención

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> El artículo 251 del código procesal penal –ley 2287- sostenía, en su parte pertinente que "... La prisión preventiva deberá dictarse, si el delito tuviere una pena mínima de más de tres (3) años de prisión, no obstante el Juez podrá sustituirla, por algunas de las medidas previstas por el artículo 254".

Americana de Derechos Humanos<sup>2</sup> y el estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referido en los puntos 2.1 y 2.3 de esta presentación. En el primer caso, con relación al quantum de la pena que se espera como resultado del proceso, la regla viola - además- el principio de presunción de inocencia<sup>3</sup>, por cuanto prácticamente presume la condena del acusado, a cuyo respecto, sólo cabría especular acerca de la pena que podría corresponderle.

En el segundo supuesto aludido es igualmente palmaria la violación convencional, puesto que alude a la persistencia delictiva contra la víctima en la que podría incurrir el acusado, denotando claramente que tal fundamento no posee ninguna vinculación con los fines del proceso penal, sino que persigue una finalidad "preventiva", una de las tantas que usualmente se le atribuye a la pena de prisión. Al respecto se ha dicho que "[p]ara la prevención especial negativa la pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social" (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2006, p. 48).

Ambos supuestos debieron haber sido eliminados del nuevo ordenamiento procesal, por cuanto no se adecuan a los estándares convencionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El plazo máximo de duración de la prisión preventiva también se ha modificado en la nueva legislación de un modo regresivo, por cuanto lo incrementa. Mientras que la anterior regulación la limitaba a una duración de un año -más tres meses adicionales si se encontraba tramitando el recurso de impugnación- y dos años -más seis meses adicionales- si se trataba de una causa compleja<sup>4</sup>, el artículo 244 del C.P.P. establece actualmente un

<sup>2</sup> El artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que " Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. <u>Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio</u>" (el subrayado me pertenece).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> El artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone –en su parte pertinente- que " 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Conforme artículos 251 y 275 inciso 1) del C.P.P. –ley 2287-

único plazo máximo de duración de dos años, sin distinguir por la complejidad de la causa investigada o de las acumulaciones que hubieran sido dispuestas.

Esta modificación implicará que -aún en causas simples y sencillas- una persona pueda permanecer por dos años en prisión preventiva, lo que constituye un retroceso en relación con la anterior regulación.

Finalmente, creo que se perdió también la oportunidad para modificar el sentido general de la regulación procesal, en tanto mantiene un sistema binario de libertad/encierro, que prácticamente obliga al Juez a optar por alguna de las dos alternativas al principio del proceso, aunque pueda morigerar la prisión preventiva con medida sustitutivas que aparecen luego enumeradas<sup>5</sup>. Pero éstas no son medidas autónomas que puedan adoptarse de modo originario, sino como sustitución de la prisión preventiva<sup>6</sup>, lo cual impide concretar los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, razonabilidad y progresividad que constituyen estándares en la materia requeridos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, resulta claramente preferible que la posibilidad de encierro preventivo se encuentre integrada dentro de un capítulo mucho más amplio, referido a las medidas cautelares dirigidas a contrarrestar el peligro de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones, que contenga un catálogo de medidas que limiten progresivamente los derechos de acusado, y que de modo gradual y excepcional permitan el dictado de la prisión preventiva cuando no existiera otro modo de asegurar la comparecencia del acusado y la investigación del hecho imputado.

# 5. Conclusión.

Del rápido análisis de la legislación local efectuado en el apartado anterior surgen varias normas procesales que no resultan convencionalmente admisibles, en tanto incumplen los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva, habilitando el dictado del encarcelamiento cautelar, en supuestos no

\_

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Conforme artículo 247 del C.P.P.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Adviértase que el artículo 247 in fine refiere que "Ante el incumplimiento de cualquiera de las medidas sustitutivas, se hará efectiva la prisión preventiva".

contemplados por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 7.6 y 8.2).

Asimismo, en la introducción de este trabajo -a través de cifras oficiales-, indicamos la preocupante situación evidenciada en la provincia de La Pampa, tanto en lo concerniente a la tasa de encarcelamiento preventivo -que subió 10 puntos porcentuales en solo un año-, como en relación a la sobrepoblación carcelaria<sup>7</sup>.

Una estricta adecuación de las reglas legales que legitiman el dictado de la prisión preventiva a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, seguramente redundará en una menor habilitación del encierro durante el proceso penal, reduciendo los preocupantes indicadores aludidos.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Recordemos que, en 2017 el 66% de la población carcelaria tenía condena firme, mientras que en 2018 sólo el 56% de las personas privadas de la libertad poseen condena (SNEEP, 2018, p. 67). Por su parte, de una sobrepoblación carcelaria de 12% en 2017 (SNEEP, 2017, p. 35), el valor se disparara al 33% en 2018 (SNEEP, 2018, p. 35).

#### Referencias bibliográficas.

- Bigliani, P y Bovino, A. (2008). Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de Estados Americanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). Informe sobre medidas dirigida a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de Estados Americanos.
- Maier, J.B.J. (1996). Derecho Procesal Penal, T° I. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Informe del Sistema Nacional de Es tadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) (2016). https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/sneep2016.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) (2017). https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/sneep2017.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) (2018). https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/sneep2018.
- Zaffaroni, R.E.; Alagia, A. y Slokar, A. (2006). Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar.

# Referencias jurisprudenciales.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Romero Feris vs. Argentina, sentencia de 15 de octubre de 2019 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hernández vs. Argentina, sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jenkins vs. Argentina, sentencia de 26 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

#### Referencias legales.

Legislatura de la Provincia de La Pampa (1964). Ley 332. Código Procesal Penal. Legislatura de la Provincia de La Pampa (2006). Ley 2287. Código Procesal Penal. Legislatura de la Provincia de La Pampa (2020). Ley 3192. Código Procesal Penal.

# APORTES PARA PENSAR AL FENÓMENO DEL LENGUAJE JUDICIAL CLARO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SERVICIO Y ACCESO A LA JUSTICIA EN ARGENTINA

Cristian Puebla Fortunato

# 1. Primeras palabras

Abrir las salas de los Juzgados, crear sitios webs y buscadores de datos judiciales, filmar las audiencias, publicar sentencias y otros tipos de documentos de la administración de justicia, son distintas formas de colocar a disposición la información de los poderes judiciales, sin embargo, acceder a ella conlleva a otros factores, tales como, conocer los pasos a seguir para poder llegar a esos datos, poseer internet, entre otros. Al ser sorteadas esas barreras podríamos pensar que logramos acceder al servicio de justica, pero ¿es así? Durante mucho tiempo y siendo todavía un tema neurálgico, se sostiene la idea de los jueces como si fueran la mera "boca de la ley" y que "hablan" solo a través de sus sentencias (Grajales, 2015). De asumir tal concepción estaríamos ante un primer problema. Ese discurso que reproducen no es entendido por la ciudadanía y esta directamente direccionado solo a los abogados/as de las partes. Entonces, ¿hablan u oscurecen el lenguaje del derecho?

En las próximas líneas describiremos cómo surgió el fenómeno del lenguaje claro y su implicancia para interpelar el rol judicial. Su consolidación temática, aún no lo desplaza de la mirada de noticia o curiosidad. Este ángulo de abordaje busca generar un análisis y debate para avanzar en esbozos de buenas prácticas.

Los aislados esfuerzos en instalar al lenguaje judicial claro podrían multiplicarse, de sistematizarse, en un cuerpo de saberes y experiencias que complejicen y estabilicen conocimientos e iniciativas cuyo enfoque de extravagancias no es mas que nuevos ropajes en la postergada obligación de democratizar el servicio de Justicia.

#### 2. Leguaje claro y Lectura fácil

La International Plain Language Federation define al lenguaje claro como la comunicación que respeta una estructura y diseño que le son de suma claridad a quienes está dirigido, dando un fácil acceso a lo que necesitan encontrar<sup>1</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Se puede ver con más detalle en su web: <a href="https://www.iplfederation.org/plain-language/">https://www.iplfederation.org/plain-language/</a> (última consulta realizada el día 24/12/2020)

Se suele confundir a lo que se denomina como lectura fácil con el lenguaje claro. El primero es una metodología que reúne un conjunto de reglas, pautas y recomendaciones para lograr textos de mayo facilidad en su comprensión y que se encuentra dirigido a personas con dificultades de comprensión, incluye imágenes, y otros recursos propios de diseños.

Montolío (2020) desarrolla tres niveles de la lectura fácil. El primero es el más sencillo. La adaptación a este nivel requiere utilizar varias ilustraciones y una redacción sencilla tanto en la sintaxis como en la lingüística. Mientras que el nivel II incluye un vocabulario más rico, contempla expresiones de uso cotidiano que son acompañadas con imágenes. Por último, el tercer nivel introduce textos más largos e incluso puede utilizar vocabulario poco usual, además no emplea tanto apoyo gráfico.

Ahora bien, la diferencia fundamental entre el lenguaje claro y la lectura fácil radica en las personas a las que se dirige. Siendo que el primero busca clarificar textos para que se entiendan, mientras que el segundo intenta lograr la comprensión lectora e intelectual. El primero no renuncia a la precisión y al rigor, el segundo puede hacerlo.

Podríamos estar de acuerdo en que el Lenguaje Claro es una comunicación en la que la gente puede encontrar fácilmente lo que necesita, entenderlo y utilizarlo para fines prácticos, mientras que el Lenguaje Jurídico Claro sería el campo de estudios interdisciplinarios que tiene por objeto a los textos orales y escritos del ámbito jurídico en sentido general y en particular judicial, legislativo, administrativo, así como la investigación acerca de los estándares de claridad del español a nivel sintáctico, semántico y pragmático, aplicable al contexto jurídico.

Carretero González (2018) explica que el lenguaje claro consiste en modernizar al lenguaje jurídico en el Poder Judicial. Ello significa acercarlo a la ciudadanía, entendiéndolo como una herramienta esencial para democratizar la participación ciudadana.

#### 2.1. Relación con la ética judicial

El Código Iberoamericano de Ética Judicial<sup>2</sup> y las Reglas de Brasilia<sup>3</sup> tratan la obligación de dar buenas razones, de motivar las sentencias de cara a la ciudadanía. Nuestra

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Art. 27. Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Art. 51. Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso

Constitución hace lo propio en su artículo 42, entre otros, donde contiene el derecho a obtener una "información adecuada y veraz".

En la actualidad el uso de un lenguaje jurídico claro pasó de ser una tendencia a plantearse como necesidad, ya que la mayor dificultad que tienen que afrontar las personas no legos para comprender demandas, sentencias o leyes, no son lo que implican en sí mismo, sino la forma en la que se encuentran redactadas (Graiewski, 2019).

Lo que sucede con las sentencias judiciales es que la legitimación constitucional que poseen los jueces, dentro de su rol, parecería estar implícito que su deber solo es ser la boca de la ley (Grajales, 2015), pero de una comunicación que únicamente está dirigida a los abogados, no a las partes.

Las 100 Reglas de Brasilia, sancionadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en su exposición de motivos explican que el Sistema Judicial debe estar configurado como un instrumento de defensa efectiva de derechos y que así de efectivo debe ser también su acceso al sistema.

Se tiene que garantizar la eficacia de los derechos que de alguna manera van a afectar a todos los ámbitos de la política pública. Por ello es que las condiciones de vulnerabilidad que trata de sanear, advierten este obstáculo para el ejercicio de derechos. Es entonces que se plantea el estudio del fenómeno del lenguaje claro judicial en nuestro país, como herramienta de acceso a la justicia, entendiendo a esta última como servicio y propio a la función judicial en consonancia con la ética que todo funcionario de tal poder debe ejercer.

Esta base epistémica tiene fundamento en la conformación de las redes de lenguaje claro que han sido creadas en los últimos tres años en Chile, Colombia y Argentina. Estos países tomaron el modelo español, pero le añadieron la figura de red para permitirse acoplar desde diferentes áreas del estado.

judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad.

Art. 58. Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que esta pueda comprender su alcance y significado.

Art. 59. En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas.

Art. 60. En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

Véase también arts. 52, 53, 54, 55, 56, 61 y 63.

Si realmente esperamos tener un Poder Judicial abierto a la ciudadanía, debemos empezar por replantearnos cómo es que pueden acceder y participar en la construcción de ese espacio público. El primer paso es entender lo que las instituciones nos explican, piden u ocultan.

# 2.2. El derecho a entender y su relación con el lenguaje claro

El derecho a entender es el primer puente hacia el *Lenguaje claro*, porque no es lo mismo entender que comprender. La comprensión requiere un proceso interno, es hacer propio lo que se entiende y actuar en consecuencia.

La expresión propia del derecho romano *In claris non fit interpretatio* tiene su origen entre los siglos II y III a.c. y significa que, cuando un precepto es claro, no precisa interpretación y por tanto, es de fácil aplicación.

Si bien el derecho a entender no aparece en esos términos en la historia, podríamos considerar esta génesis de la cultura romana, como el primer paso hacia tal derecho.

#### 3. El surgimiento del lenguaje claro en el mundo

El inicio del *Lenguaje claro* tiene origen en los movimientos de simplificación, modernización o clarificación del lenguaje jurídico que se viene manifestando desde hace, por lo menos, tres décadas, sobre todo en el Reino Unido, EE.UU, Canadá, Quebec, Australia, Suecia, Francia, Bélgica, Italia, Portugal, Alemania, por mencionar solo algunos. (Arenillas; De Cucco Alconada; González Zurro; Graiewski; Rico; Vila, 2019). En 1852 Herbert Spencer recomendaba redactar con frases cortas y palabras sencillas. Mientras que en Estados Unidos el profesor William Strunk Jr. y E. B. White escribieron en 1919 la primera guía de estilo (Montolío, 2020).

Tanto George Orwell, como Winston Churchill, coincidieron en concientizar sobre la importancia de la claridad en el lenguaje. Churchill en 1940 elaboró una petición titulada *I call for brevity*, en la que imploraba a su equipo que redactara de manera sintética sus informes. Mientras que Orwell, publicó en 1946 un ensayo sobre el mal estado del inglés moderno y el peligro de la utilización de un lenguaje oscuro en la política, bajo el nombre de *Politics and the English Language*, sosteniendo que el lenguaje político estaba pensado en hacer que las mentiras se entiendan como verdaderas (ob. Cit.).

Durante el año 1948 el británico Ernest Gowers escribió una guía para trabajadores públicos, en la que buscaba evitar una redacción complicada en los documentos administrativos. Se titulaba *Plain Words, a guide to the use of English* (ob. Cit.).

Luego de la Segunda Guerra Mundial, John O'Hayre escribió *Gobbledygook Has Gotta Go*, donde compilba trabajos sobre las carencias y fallas en la redacción de los documentos del Gobierno (ob. Cit.).

Las asociaciones americanas de consumidores advirtieron que, si se proponían defender a los usuarios, necesitaban, previamente, poder comprender los textos que les afectaban. En ese contexto surgió *Plain English Movement* (Movimiento por un Lenguaje Claro) en Estados Unidos. Poco antes, el profesor David Mellinkoff, se había interesado en acercar el lenguaje jurídico a los ciudadanos. Ese mismo movimiento en Inglaterra comenzó en 1971, por el impulso de Chrissie Maher. Ella solicitó en reiteradas ocasiones al ayuntamiento de Liverpool que publicara la información de forma simplificada. Sin obtener respuesta, comenzó una campaña contra esa institución. Tiempo después, en 1996 el juez lord Woolf llevó a cabo un informe sobre el *Acceso a la justicia*, en el que proponía una serie de medidas para mejorar el sistema procesal civil dado que, en aquel momento, los procesos civiles eran lentos, complejos y excesivamente caros. Las personas que no podían pagar los gastos del proceso, se veían privadas de tal derecho. Esto desencadenó en que en 1999, se modificó la ley de enjuiciamiento civil de Inglaterra y Gales, a fin de hacer a la justicia más accesible para la ciudadanía (Ob. Cit.).

Hacia 1995, Maher continuó su campaña internacional y viajó a Sudáfrica para colaborar con el nuevo Gobierno en la modernización del lenguaje jurídico. Como resultado de esa visita, la Constitución sudafricana de 1996 se redactó en lenguaje claro y fue traducida a los once idiomas oficiales del país (ob. Cit.).

Durante el año 1978, en Estados Unidos, el presidente Carter aprobó la Orden Ejecutiva 120.444, que disponía que los reglamentos debían ser redactados lo más sencillo y claro posible. Nueva York se convirtió así en el primer estado en aprobar una legislación que exigía el lenguaje claro (ob. Cit.).

Ya a mediados del 2010, se aprueba la Plain Writing Act (Ley de escritura clara) que obliga a que la comunicación con los ciudadanos sea clara (ob. Cit).

En Australia, este movimiento comenzó en 1987, cuando el Gobierno realizó un informe que dio como resultado la publicación del manual *Plain English* y creó un departamento encargado de reescribir documentos ya existentes. Por otro lado, en el seno de la Universidad de Sídney nació el *Center for Plain Legal Language* (Centro para el lenguaje legal claro), heredero del *Center for Plain Language*. Esta organización australiana se encarga de formar a abogados en el uso del lenguaje claro e investiga las implicaciones

legales que conlleva incorporar este tipo de expresión a los documentos jurídicos (ob. Cit.).

En Francia el Gobierno creó en 2002 el Comité para Simplificar el Lenguaje Oficial (Comité d'Orientation pour la Simplification du Langage Administratif o COSLA) con el objetivo de desburocratizar y acercar el lenguaje a la ciudadanía.

Portugal ha creado la agencia CLARO, conformada por diseñadores y comunicadores. Su tarea consiste en asesorar a organismos gubernamentales y a empresas en aplicar el portugués claro.

El movimiento del lenguaje claro en Alemania lo encabezaron las asociaciones de bibliotecas y editoriales a principio de los noventa. El Estatuto del Lector reconocía el derecho a la lectura y su importancia para la participación de las personas en la sociedad. En ese país existen varios periódicos de noticias redactadas en lenguaje claro y lectura fácil.

Suecia es, probablemente, el país líder en el ámbito del lenguaje claro legislativo. Allí existe la convicción de que, para el buen funcionamiento de la democracia y de la seguridad jurídica, es esencial que las autoridades públicas se comuniquen de manera clara y comprensible con la ciudadanía. Se considera que esta comprensión constituye una condición para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales, y así participar en la vida política. Por si esto fuera poco, se considera además que una comunicación eficaz ahorra tiempo y dinero. Lo que distingue a Suecia en este contexto no es, pues, el interés por el tema o el análisis en sí, sino la larga tradición que el país tiene en trabajar con la modernización del lenguaje administrativo.

México, resulta ser el país hispanohablante pionero en este tipo de iniciativas. Allí se acuñó el término *lenguaje ciudadano*. En 2006 la Secretaría de la Función Pública del Gobierno Federal elaboró el Manual de lenguaje ciudadano e inició un proceso de formación de los funcionarios públicos. En el contexto judicial, en 2007 se publicó el Manual de redacción jurisdiccional de la primera sala, un texto que, si bien no se presenta como una guía de lenguaje claro, sí hace referencia a la claridad y a la transparencia.

En Chile se ha organizado la Red Lenguaje Claro-Chile desde 2017, formada por un conjunto de organismos que comparten los objetivos de mejorar la comunicación entre el estado y la ciudadanía, utilizar el lenguaje claro en sus documentos e iniciativas y difundir el uso del lenguaje comprensible entre las instituciones. Dicha red ha creado una legislación, aprobada en 2016, que obliga a las empresas a usar un sistema de etiquetado claro para los alimentos con un alto contenido de azúcar, gracias al cual los ciudadanos

no tienen que descifrar la información sobre los ingredientes de un producto y, en consecuencia, pueden moderar su consumo de azúcar. Asimismo, en 2019, la Comisión de Lenguaje Claro del Poder Judicial de Chile publicó la Propuesta de Manual de estilo para la redacción de sentencias.

En Argentina, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos creó entre 2015 y 2017 la página web Derecho Fácil y la Red<sup>4</sup> de Lenguaje Claro de Argentina. Ambas iniciativas se conformaron para adaptar las leyes al lenguaje claro, garantizar la transparencia del Gobierno, el derecho a entender y el acceso a la información pública. Actualmente, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ha sancionado la ley 15.184 que tiene por objeto "garantizar el derecho que tienen todos los ciudadanos a comprender la información pública, y promover el uso y desarrollo de un lenguaje claro en los textos legales y formales"<sup>5</sup>.

Colombia elaboró la Guía de lenguaje claro para servidores públicos de Colombia, un completo manual, editado en 2015, que explica qué es el lenguaje claro, por qué aplicarlo, los antecedentes y los pasos para redactar documentos utilizándolo.

La Corte Suprema de Perú también publicó en 2014 un Manual de sentencias claras. Por su parte, la Cumbre Jurídica Iberoamericana incorpora, a partir de 2016, una mesa de trabajo sobre el derecho a entender.

-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Silvia Bianco explica que la Red Argentina de Lenguaje claro es una política publica de acceso a justicia. Política publica internacional para la OCD. El ciudadano justiciable comprende mas cuando se le habla de derecho y se trata de aplicar empatía cuyo fin es equilibrar. Otra de las ideas que sostiene la autora es que a través del lenguaje claro como política pública se garantiza derecho a comprender las decisiones judiciales, escritas u orales y como resultado permite acercar el derecho a la sociedad. Presentación de la Red de Lenguaje Claro Argentina. Disponible en: <a href="https://www.youtube.com/watch?v=XP6fA9JSB7M">https://www.youtube.com/watch?v=XP6fA9JSB7M</a>
El consejo de la magistratura de la CABA a través del programa *Equidad Territorial*, se enmarco como política pública nacional de acceso a la justicia desde el lenguaje claro con el fin de traspasar fronteras geográficas y simbólicas, y también desde políticas públicas globales en lo que es la OCD (Organización para la cooperación y desarrollo), señala Bianco. De lo contrario genera inseguridad, descreimiento en la justicia, por ende, vulneración de los derechos fundamentales. Explica que *Equidad Territorial* tiene tres ejes y un objetivo, responder la demanda reiterada sobre la dificultad para comprender el lenguaje utilizado por la justicia. Ver más en disertaron en el VIII Congreso Internacional de la lengua española, que tuvo lugar en el mes de marzo del corriente año. Ver en: <a href="https://www.youtube.com/watch?v=CIsFkZXJmew">https://www.youtube.com/watch?v=CIsFkZXJmew</a>

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Texto de ley: <a href="https://www.erreius.com/Legislacion/documento/20201007073255537/ley-15184-garantia-de-lenguaje-claro-de-los-textos-legales-y-formales">https://www.erreius.com/Legislacion/documento/20201007073255537/ley-15184-garantia-de-lenguaje-claro-de-los-textos-legales-y-formales</a> (consultada por última vez el 6/12/2020)

En España se empezó a hablar del lenguaje claro en los años ochenta, en plena transición democrática. Durante la dictadura, el lenguaje administrativo y las comunicaciones con los ciudadanos se caracterizaban por un estilo retorcido, ampuloso y oscuro. Ya en democracia, las primeras iniciativas cristalizaron entre 1991 y 1994, cuando el Ministerio para las Administraciones Públicas editó el Manual de estilo del lenguaje administrativo y el Manual de documentos administrativos (Ob. Cit.).

# 4. El servicio de justicia y el Lenguaje Claro

Como cualquier proveedor de servicios, el Poder Judicial tiene la obligación de suministrar información al ciudadano y ella debe ser precisa, cierta y detallada, como así también, tiene que ser gratuita y proporcionada con la suficiente claridad para que sea comprensible. El acceso a la justicia comprende al derecho a la información en lenguaje claro (González Zurro, 2018).

Esta imagen de proveedor de servicio nos es útil como guiño para comprender los derechos que tiene el justiciable como usuario del servicio de justicia.

El acceso a la justicia se ha convertido en una política judicial que busca una defensa de derechos efectiva y brinda una mayor igualdad. (Candarle, 2019)

Nuestra Constitución Nacional en su artículo 18 refiere al *debido proceso* y consagra la defensa en juicio y sus derechos, por lo cual, no se podría inferir el acceso a la justicia como derecho fundamental si el ciudadano desconoce cuáles son sus obligaciones y sus derechos, por ende, su *tutela efectiva*.

Entendiendo al *lenguaje claro* en clave de servicio de justicia, podemos asumir que cumplimos un doble rol, quizá al mismo tiempo. Ser ciudadanos y consumidores, en este caso, del servicio judicial. En esa línea, tenemos comunicaciones tanto de índole público, como privado, que son un derecho subjetivo que crea obligaciones jurídicas para los entes que las brindan. Resulta un buen ejemplo para traer a colación, el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que legisla el derecho a una buena administración.

La debida diligencia, reclama al derecho a una buena administración, toda vez que incluye la obligación de los gobiernos de actuar diligentemente para hacerse entender. Es un derecho que tiene todo ciudadano, para poder acceder a la información que transmite la administración.

Agreguemos el principio de seguridad jurídica, al que se suma el de transparencia. Las administraciones públicas tienen la obligación de hacerse comprender. Ello forma parte de lo que se entiende por buen gobierno y del derecho a una buena administración. Por

tanto, constituye una obligación genérica y transversal, que está ligada al estándar de conducta de debida diligencia que aquí se propone.

Lo que se viene explicando puede relacionarse a lo que, de seguro, se implementará en un futuro no muy lejano. Pretendemos imaginar la aplicación de nudges, algoritmos y la big data, en el ámbito de la toma de decisiones. Si esto es así, necesitamos tener en claro qué es lo que deseamos proyectar, para trazar los pasos hacia tal fin.

Resulta pertinente añadir que una administración que respeta el principio de legalidad, debe ser clara para lograr su entendimiento y para esto último, el lenguaje en la información a brindar, debe ser el que procure la mejor transmisión, generando, de tal modo, dar lugar a espacios de intervención pública efectiva. Con una participación constante y abierta, la mejora de sus políticas públicas será inminente. No solo ello, sino que generará un coste mínimo, lo que permite empezar a pensar en los denominados nudging.

El *lenguaje judicial claro* resulta vital también en lo que hace a los procesos orales. Imaginemos las instrucciones que se les da a los jurados y un debate en el marco de un juicio oral. De qué nos serviría replicar la lógica vetusta y poco persuasiva del oscuro lenguaje que ha sabido consagrar la administración de justicia.

Si el lenguaje no se constituye colectivamente, no es legítimo. El derecho debe ser capaz de poder hablarle a toda la comunidad. El lenguaje corriente y extrajurídico tiene que poder superponerse al legal (Duff, 2015).

Traspasar el lenguaje burocrático judicial es fundamental para poder recuperar las finalidades sociales de la ley, así como la construcción del sentido de justicia aplicado a cada caso, permitiendo que la decisión de cada juicio se convierta en un mensaje dirigido no solo a las partes, sino a toda la ciudadanía.

#### 5. Reflexiones y sugerencias

Las dificultades señaladas muestran la necesidad de algún tipo de guía jurídica que se redacte en un lenguaje claro con la finalidad de que se tenga en vista como principal receptora a la ciudadanía. Una alternativa es la implementación de glosarios en las mesas de atención al público – comúnmente conocidas como mesas de entrada – en donde se puede chequear conceptos que no se comprendieron del texto, sin embargo, es legitimar y continuar oscureciendo el lenguaje, toda vez que volcaríamos en el justiciable la obligación de buscar qué quiso decir la autoridad judicial, en vez de dar cumplimiento a su total y efectivo, sobre todo, acceso a la justicia.

Como hemos visto, lo contrario a la comunicación clara, es el lenguaje oscuro, que se opone a los valores éticos y sociales. La oscuridad vulnera el contrato comunicativo de la sociedad y quienes le hablen en su propia jerga profesional a un ciudadano, no hacen otra cosa que prevalecer su estatus de poder. Consiste en un acto de agresión simbólica.

Yuval Noah Harari (2018) sostiene que la claridad resulta poder, sobre todo siendo este un mundo cada vez más complejo.

Los aportes que pueden llegar a cambiar nuestra manera de brindar el servicio de justicia son, en primer lugar, procurar un trabajo interdisciplinario de lingüistas, comunicadores sociales, abogados que se desempeñen en distintas áreas para sentar las bases. En segundo lugar, del compromiso de las instituciones, organismos y profesionales implicados para sostener el cambio en el tiempo. La comunicación clara significa transmitir de forma fácil, directa, transparente, simple y eficaz información relevante para la ciudadanía, por cualquiera de los diferentes canales actuales (papel, teléfonos móviles, ordenadores y otros dispositivos) y adaptada a sus particularidades.

En el caso de la información y los servicios que el Gobierno ofrece a la ciudadanía, la comunicación clara mejora el acceso a estos porque establece que los documentos públicos y las páginas web han de estar redactados y diseñados de forma inequívoca para que el público los pueda entender y usar sin dificultades. Transformar la cultura comunicativa, orientarla hacia las necesidades de las personas en toda su diversidad.

La comunicación clara alcanza sus objetivos gracias a las mejoras en legibilidad y usabilidad. Se trata de conseguir que la experiencia de lectura sea sencilla, eficaz, además de asegurar que las interacciones que hace una persona con el documento o la pantalla sean fluidas y fácilmente comprensibles. En resumen, el objetivo de la comunicación clara es generar buenas experiencias de usuarios.

Debemos tener siempre en cuenta, como señala Montolío (2020) las siguientes preguntas: ¿Qué se quiere contar? ¿Qué respuestas se esperan? ¿Para qué sirve la información que se da, cuál es su utilidad? ¿Qué desean esas personas receptoras y qué necesitan? ¿Mejorará el texto si se usan imágenes y vídeos?

El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra el principio de igualdad, entonces, comprender utilizando el *lenguaje jurídico claro*, es aplicar políticas públicas y romper con la concepción de que el derecho no va hacia los magistrados únicamente, sino a la ciudadanía.

Arenillas; De Cucco Alconada; González Zurro; Graiewski; Rico y Vila (2019) marcan la importancia de abordar al *lenguaje jurídico claro* de manera interdisciplinar, por

lingüistas, comunicadores sociales, abogados y que, asimismo, sea a lo largo y ancho del país.

Todo esto nos muestra que estamos atravesando una etapa superadora de la antigua visión del discurso sociopolítico y jurídico que relacionaba a un Estado omnipresente con su poder codificador y absolutista con manifestaciones jurídicas no estatales propiamente. Ahora, el panorama parece haber dejado de lado esa simplicidad y el escenario torna más complejo y es correcto que así lo asumamos.

Parecía un pacto tácito el que el Juez le hablase al abogado solamente y este a sus clientes. En la actualidad se reclama por un consenso y para ello se necesita de un diálogo y ese es el de la sociedad entera con el poder Judicial, por lo cual el Juez deberá dialogar con todos y todas. ¿De qué forma? con actos judiciales que se expliquen y se entiendan claramente. No es bajar el lenguaje judicial, es subirlo, es brindar el servicio de justicia. La sociedad contrataba traductores legales, no abogados (Böhmer, 2003). En mismo orden de ideas tenemos que ser conscientes de que el poder judicial que actúa hoy no puede pretender seguir siendo el de 1853.

#### 6. Bibliografía

- Arenillas, Carlos; De Cucco Alconada, Carmen; González Zurro, Guillermo; Graiewski, Mónica; Rico, Margarita y Vila, Rosa (2019). *Una propuesta de lenguaje jurídico claro para la Argentina*. ERREIUS. Buenos Aires.
- Böhmer, Martín (2003) *Igualadores retóricos: las profesiones del derecho y la reforma de la justicia en la Argentina*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales nro. 15, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Disponible en: <a href="https://www.palermo.edu/derecho/pdf/Bibliografia-clinicas-juridicas/igualadores retoricos las profesiones del derecho y la reforma de la justicia en la argentina.pdf">https://www.palermo.edu/derecho/pdf/Bibliografia-clinicas-juridicas/igualadores retoricos las profesiones del derecho y la reforma de la justicia en la argentina.pdf</a> (última consulta realizada el día 24/12/2020).
- Candarle, Gisela [12] (2019). Glosario jurídico en lenguaje claro / Gisela Candarle; coordinación general de María Victoria Prícolo; prefacio de Silvia Loreley Bianco. -1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires. ISBN 978-987-768-049-2.
- Carretero González, Cristina (2018) El lenguaje jurídico y la conveniencia de hacerlo más comprensible. Revista del Colegio de Abogados de Madrid. OTROSÍ. Nº1

- 7ª Época. Disponible en: <a href="https://www.otrosi.net/hemeroteca/numero-1-2018-7a-epoca#">https://www.otrosi.net/hemeroteca/numero-1-2018-7a-epoca#</a>.XB38VX-zpf4.twitter
- Duff, Antony., 2015, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo XXI, Traducción castellana de Horacio Pons.
- González Zurro, Guillermo (2018). *Sentencias en lenguaje claro*. Thomson Reuters. La Ley. AR/DOC/2608/2018
- Graiewski, Mónica (2019). El lenguaje claro en el ámbito jurídico. Erreius, Temas de Derecho Procesal. Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) IUSDC286566A.
- Grajales, Amós A. (2015) El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como "la boca de los principios". De la subsunción a la ponderación. Abeledo Perrot AP/DOC/408/2015
- Harari, Yuval N (2018) 21 Lecciones para el siglo XXI, Ed. Debate.
- Montolío Duran, Estrella (2020) *El derecho a entender* (Spanish Edition) Los Libros de La Catarata, Barcelona. Edición de Kindle.

# ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA Y TRANSPARENCIA ACTIVA CIUDADANIA EN EL CASTILLO

Gabriela C. Tabernero

"El alcalde meneó la cabeza sonriendo "Como ya dije, no tengo ante usted secretos oficiales, pero permitirle que usted mismo escudriñe los expedientes, es algo que ya iría demasiado lejos, algo en que, a pesar de todo, no puedo consentir".

Franz Kafka "El Castillo" (enero de 1922)<sup>1</sup>

### 1. Introducción

La ponencia se propone indagar sobre el estado de los "secretos oficiales", el acceso a los "expedientes" y la llegada al Castillo, por parte de la ciudadanía argentina y en especial la pampeana, casi 100 años después de que Kafka comenzara a escribir su novela/metáfora arriba citada.

Ello, además, con la ineludible mención a la pandemia que en este 2020 nos atraviesa-

El COVID 19 demostró la importancia del rol del Estado en pandemia, a través de la gestión de políticas públicas de salud, sociales, educativas, culturales y económicas y nos enfrentó a la necesidad -como nunca antes- de contar con información pública efectiva, veraz y en tiempo real en materia de salud como de las temáticas generales en poder del estado, a través de medios virtuales/digitales.

Acceso a la información pública como presupuesto básico para poder ejercer otros derechos, sobre todo en pandemia.

El acceso a la información permitió a la ciudadanía seguir las respuestas a la crisis, como las normas de cuarentena, las reglamentaciones de viaje y escolaridad, las pruebas de detección de virus, los suministros de equipo médico y los paquetes de ayuda o estímulo económico. Acceder a la información sobre cuidados, prevención, centros asistenciales, números de contacto de salud, hizo la diferencia entre estar sano o enfermo, vivir o morir.-

Pensemos en los derechos de las mujeres en pandemia. En este contexto se demostró como nunca la multiplicidad de roles desempeñados por las mujeres y su especial vulnerabilidad en

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Kafka Franz, Obras Completas EMECÉ EDITORES, Buenos Aires, 1959.

esta situación. Y con ello se hizo mas evidente la necesidad de contar con información pública y por medios virtuales o no convencionales sobre aspectos fundamentales como son la educación, la salud y el trabajo; conocer la disponibilidad de vías para acceder a dispositivos de protección y denuncia en caso de violencia -para las que debieron transitar la cuarentena con sus agresores- saber si en medio de las restricciones vigentes, estaban disponibles de recursos en materia de ILE, anticoncepción, si regían o no los acuerdos comunicacionales, si podían acceder a ayudas económicas como la IFE, los requisitos para acceder a subsidios para emprendedoras, etc.-

Por otra parte, los estados en todos sus niveles, se vieron de pronto, adoptando casi sin quererlo, estrategias de transparencia activa, proporcionando -sin previa solicitud de parte-información sobre la crisis, las medidas de prevención, etc, en virtud de las cuarentenas, y de las barreras físicas con que nos encontramos la ciudadanía para contar con la documentación papel soporte de los datos de información y para llegar a las Oficinas Públicas.

## 2. Acceso a la información pública como Derecho Humano

El acceso a la información pública es un derecho humano que haya su fuente en distintos tratados y convenciones internacionales.

Así está reconocido -entre otros instrumentos, en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos( Pacto de San José de Costa Rica, Declaración Universal de los Derechos del Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", "Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación racial", "Convención sobre los Derechos del Niño", "Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción"

Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, fue en el fallo Claude Reyes vs Chile, en el año 2006, la Corte Interamericana fue el primer organismo internacional en reconocerlo en una sentencia.<sup>2</sup>

Dada su importancia, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos humanos, la OEA presentó en junio de 2010 una Ley Modelo<sup>3</sup> y ha sido incluido entre los Objetivos de

\_

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>Corte IDH "Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006"Fondo Reparaciones y Costas

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup>Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso\_informacion\_ley\_modelo.asp

Desarrollo Sostenible en la Agenda 2030 de la ONU (indicador 16.10 "Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales")<sup>4</sup>

En este sentido, y considerando este derecho como un facilitador de todos los objetivos dentro de la Agenda 2030, la 74ª Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de octubre de 2019 proclamó el 28 de septiembre como el Día Internacional del Acceso Universal a la Información. <sup>5</sup>

El 10 de abril de 2020, en la Resolución N°1 adoptada la COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) ha recomendado a los Gobiernos, en esta materia en el acápite 32; "asegurar el derecho de acceso a la información pública en el marco de la emergencia generada por el COVID-19 y no establecer limitaciones generales basadas en razones de seguridad u orden público. <sup>6</sup>

## 3. Acceso a la Información Pública en Argentina

En nuestro país, la sanción en septiembre del año 2016 de la Ley No. 27.275 "DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA" y su vigencia a partir del dictado del Decreto Reglamentario No. 206/2017, en marzo de 2017, marcó un hito e implicó saldar una deuda de la democracia, luego de años de reclamos de organizaciones de la sociedad civil en este sentido.<sup>7</sup>

La importancia de la ley reside en el reconocimiento del derecho, la amplitud de legitimados activos y pasivos, (zanjando las discrepancias jurisprudenciales en este sentido), la determinación de principios rectores, la creación de un órgano de aplicación(Agencia de Acceso a la Información Pública), determinación de responsables de Acceso en cada Organismo, plazos, vías de reclamo y recursos y la posibilidad de aplicar sanciones ante el incumplimiento. Es relevante la creación del Consejo Federal de Acceso a la Información Pública.

6**D** 

<sup>6</sup>Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup>Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141\_es.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>Recuperado de https://www.un.org/es/observances/information-access-day

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup>Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=265949

La Ley establece que "el derecho de acceso a la información comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7° de la presente ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma".-

# 3.1 Importancia del derecho en Pandemia

En consonancia con la declaración de la Comisión Interamericana de DDHH, la Agencia de Acceso a la Información Pública por Resolución No. 70/2020 declaró que los trámites referidos a solicitudes y reclamos enmarcados en la Ley N.º 27.275 y los trámites contemplados en la Ley N.º 25.326 quedaban exceptuados de la suspensión de plazos dispuesta por el artículo 1º del Decreto N°298/20 y sus prorrogas.<sup>8</sup>

### 3.2. Definición de Información Pública

En una definición amplia, la ley define a la información pública como todo tipo de dato contenido en documentos de cualquier formato que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien sujetos obligados. Y al documento, como "Todo tipo de registro generado, custodiado o controlado por los sujetos obligados en cualquier forma, soporte, origen, fecha de creación o carácter oficial".

# 3.3 Principios

La Ley establece en su artículo 1 una serie de principios fundantes de este derecho a saber:

\_

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup>Recuperado de https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227825/20200415

Presunción de publicidad	Disociación	Responsabilidad
Transparencia y máxima	No discriminación	Alcance limitado de las
divulgación		excepciones
Informalismo	Máxima premura	In dubio pro petitor
Máximo acceso	Gratuidad	Facilitación
Apertura	Control	Buena fe

Fuente: elaboración propia

## 3. 4. Excepciones

Las excepciones al acceso están establecidas en el artículo 8 de la Ley, se trata en general de información expresamente clasificada como reservada o confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior, aquella que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado; secreto profesional, información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; información en poder de la Unidad de Información Financiera, información vinculada a estrategias legales o judiciales de la administración pública nacional, o a técnicas o procedimientos de investigación de algún delito u otra irregularidad o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; información que contenga datos personales y no pueda brindarse aplicando procedimientos de disociación, salvo que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la ley 25.326 de protección de datos personales y sus modificatorias; Información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona;

Tratándose de un derecho humano, es de suma importancia destacar que la ley establece expresamente que "Las excepciones contenidas en el presente artículo no serán aplicables en casos de graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad".

### 4. Transparencia Activa

Es de fundamental importancia en la Ley, la implementación de la estrategia de Transparencia Activa de los sujetos obligados, como obligación de publicar la información en su poder, que en el siguiente cuadro se detalla. Dicha información debe estar en forma completa y actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos:

Indice información en su poder	Todo acto o resolución	Indice de trámites y Procedimientos
Estructura Orgánica y Funciones	Informes de auditoría	Mecanismos de presentación de solicitudes y denuncias
Nómina de Autoridades y Personal	Permisos, Concesiones y autorizaciones otorgadas	Guía sobre sistemas de mantenimiento documentos, tipos y formas de información en su poder
Escalas Salariales	Servicios que brinda el organismo	Acordadas, resoluciones y sentencias conforme Ley 26.856
Presupuesto y estado de ejecución	Mecanismos de presentación de peticiones, participación	Información responda a requerimientos mas frecuentes
Transferencias de fondos	Información sobre Autoridad Competente para recibir solicitudes acceso info pública	Declaraciones Juradas de sus integrantes
Listado de Contrataciones		Información de utilidad o relevante

Fuente: elaboración propia

## 5. Breve reseña de la situación en el país

En la actualidad 20 de las 24 provincias argentina cuentan con normativa sobre acceso a la información pública, siendo Formosa, La Pampa, San Juan y Tucumán las que aún no cuentan con un marco legal a la fecha del presente trabajo. Asimismo, algunos municipios cuentan con ordenanzas que regulan este derecho.

# 6. La Pampa: Acceso pendiente- Transparencia Inactiva

El derecho en cuestión no se encuentra reconocido normativamente en la provincia de La Pampa, toda vez que se carece de una ley o decreto de acceso a la información pública.-

En la Provincia se encuentra vigente la Ley Nº 1612 desde el año 1994, mediante la cual se reconoce la libertad de acceso a las fuentes informativas oficiales de carácter público a los periodistas.

En su artículo 1 la ley dispone "Será libre el acceso a las fuentes informativas oficiales de carácter público, a las personas mencionadas en los artículos 2 y 20 de la Ley Nacional 12.908" (Estatuto Profesional del Periodista).-

Se encuentra reglamentada mediante el Decreto Nº 978/95, que en su artículo 1 define a los legitimados activos, entendiendo como tales "...a los periodistas profesionales propietarios de diarios o periódicos, revistas, semanarias, anuarios y agencias noticiosas que se encuentren debidamente inscriptos en la matrícula profesional local y demuestren un ejercicio regular de su profesión".

El artículo 2 denomina "fuente informativa oficial de carácter público", a todos aquellos actos documentados a través de medios escritos, audiovisuales, fonográficos, fotográficos, provenientes de cualquier organismo estatal provincial dependiente de alguno de los poderes constitucionales.

Los límites al acceso, no han sido establecidos en la ley, sino en el artículo 3 del Decreto, previendo como tales:

- a) el carácter de "secreto o reservadas" de la actuaciones dispuestas por resolución fundada o por una normas específica, emanada de autoridad competente;
- b) la falta de resolución definitiva firme que ponga fin a un proceso investigativo e impida su continuación:
- c) cuando se ventilen cuestiones de derecho de familia o algún menor fuere parte;
- d) cuando la información pueda afectar respecto de los derechos o la reputación de los ciudadanos, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública, y las buenas costumbres.

En materia de transparencia activa, en La Pampa, la estrategia vigente es el cumplimiento formal de la publicación en el Boletín Oficial de los actos administrativos que se dictan, y muy limitada información que los Organismos publican en sus páginas webs, que distan mucho de los lineamientos de la Ley Nacional en la materia.

Ello en la práctica implica la imposibilidad de la ciudadanía de conocer la información que el Estado administra, conocer los procesos decisorios y la propia actividad que el Estado desarrolla.

Rankings en materia de Transparencia Legislativa (Directorio Legislativo, 2019) y Presupuestaria (CIPPEC, 2019) elaborados por organizaciones de la sociedad civil, han dado cuenta en los últimos años de las deficiencias de la provincia en este aspecto. Aunque a partir de una serie de recomendaciones de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, que más adelante se desarrollarán, en materia presupuestaria la provincia mejoró su posición.-

## 6.1. Reconocimiento a nivel Municipal del Derecho

Es de destacar que rige en la ciudad de Santa Rosa la Ordenanza Nº 3.860/09, a través de la cual se reconoce el derecho, se reglamenta la solicitud, sin contener exigencia alguna respecto a la acreditación de interés legítimo.

A nivel local, si bien algunos municipios han adoptado lentamente páginas webs y redes, la información pública que difunden es mínima, encontrando serias dificultades para acceder a datos tan elementales como ordenanzas y organigramas.-

# 6. 2. El acceso a la información en la jurisprudencia provincial

La falta de normativa provincial no obsta al reconocimiento jurisprudencial del derecho de acceso a la información pública a la ciudadanía pampeana.

En la provincia de La Pampa la vía judicial-en los casos analizados- ha sido adoptada por legisladoras y legisladores de la oposición y legitimados activos de la limitada ley local que rige la materia (periodistas y dueños de medios periodísticos).-

De la búsqueda jurisprudencial realizada, surgieron seis casos, de los que podemos resaltar la importancia trascendental del reconocimiento de los legitimados activos, como ciudadanos y no como legisladores y que en todos los casos las materias de fondo son de alta repercusión social: seguridad social, vivienda, recupero de activos de la corrupción, información sobre casos de delincuencia, servicios públicos y asuntos municipales.

Las temáticas detrás del acceso, reafirman la trascendencia del derecho, como un presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos humanos.-

# Casos Jurisprudenciales Provinciales

"La Arena Sociedad Anónima y otro c/	Fuentes Policiales
Provincia de La Pampa s/ amparo", expte. Nº	
114.090 Juzgado de Primera Instancia en lo	
Civil, Comercial, Laboral y de Minería N°	
CINCO de la Iª Circunscripción Judicial de La	
Pampa.	

Fuente: elaboración propia

El primer amparo, fue interpuesto por la entonces diputada Josefina Díaz. La Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Santa Rosa en el año 2005 hizo lugar a la acción de amparo incoada por una diputada provincial, ante la negativa del Ministro de Bienestar Social a proporcionarle información relativa al otorgamiento de pensiones graciables; reconociéndose que le asiste el derecho a recibir información y que el Poder Ejecutivo está obligado a entregársela.-.

Cabe aclarar que en primera instancia el amparo fue denegado con fundamento en que es una medida excepcional, y que en el caso concreto la accionante tenía a su disposición la posibilidad de promoción de acción contencioso administrativa

Los Camaristas sostuvieron: "En definitiva, en el ejercicio de un derecho constitucional como es el de la información que forma parte del núcleo de valores de los derechos humanos fundamentales, lo adjetivo no debe entorpecer lo sustantivo".

Fundaron la resolución en el doble carácter de la peticionante de ciudadana y diputada.

En cuanto a legitimados pasivos, es de trascendencia el caso Berhongaray, ya que se consideró como obligado a proporcionar información a una empresa privada, concesionaria de un servicio público.-

En el caso de los periodistas y dueños de medios, y en aún siendo legitimados activos reconocidos en la Ley Provincial 1612, se denegó el acceso a la información pública en dos casos, que dieron lugar al inicio de amparos. Uno en materia de Acceso a un expediente judicial cuyo objeto era el recupero de activos provenientes de la corrupción ("LA ARENA S.A. c/ Provincia de La Pampa s/ Amparo", Expte. 18.402/14) y el otro por la denegatoria a fuentes

policiales ("LA ARENA SOCIEDAD ANONIMA Y OTRO c/ PROVINCIA DE LA PAMPA s/ AMPARO", Expte. Nº 114.090).

Otro caso de denegatoria de acceso en sede administrativa es el caso Cuelle. Encontrándose vigente la Ordenanza de la ciudad de Santa Rosa, se negó el acceso, dando lugar al amparo. Ello da cuenta que la normativa es de suma importancia, pero sin una cultura de la transparencia, es por sí sola insuficiente.-

# 7. Recomendaciones de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas en materia de Acceso a la Información Pública

Además de las vías de amparo escogidas frente a la denegatoria de acceso a la información pública por autoridades provinciales en La Pampa, algunos ciudadanos/as optaron por el camino de la denuncia ante la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA).

La ausencia de ley trae como consecuencia, la falta de plazos legales para responder la requisitoria de acceso, el vacío en la determinación de autoridades responsables y por ende de sanciones ante el incumplimiento.

Por ello, la función de la FIA-organismo constitucional provincial con competencia en la investigación de conductas presuntamente irregulares de quienes de desempeñan en la función pública- ante las presentaciones realizadas fue de análisis de las solicitudes y de emisión de recomendaciones a las autoridades de los Organismos requeridos de brindar el acceso peticionado.-

El primer caso, referido al acceso a la información relativa a las Contrataciones Artísticas directas realizadas por Canal 3, la emisora televisiva provincial estatal. Así se recomendó por Res.954/14 9 "... se adopten las medidas necesarias a fin de facilitar el acceso a la información pública vinculada a la actividad de la emisora estatal, especialmente en materia de contrataciones artísticas y de espacios televisivos, a través del sitio web del canal o mediante la vía que estime corresponder...".-

-

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Recuperado de https://fia.lapampa.gob.ar/images/Archivos/Resoluciones/954\_14.pdf

La segunda denuncia trató de acceso a información pública presupuestaria, recomendándose mediante Res. 284/15<sup>10</sup> al Ministerio de Hacienda y Finanzas adopte las medidas administrativas pertinentes a fin de proporcionar al solicitante la información pública requerida, requiriéndole precise el lapso de tiempo sobre el cual solicita la información como el arbitrio de las medidas administrativas y técnicas pertinentes a fin de garantizar el efectivo acceso a la información pública presupuestaria por parte de los ciudadanos de la provincia a través de la página web de la provincia.

Otro caso relevante, fue la solicitud del colectivo de Mujeres Autoconvocadas, de información sobre Estadísticas en materia de Violencia de Género. Mediante Res. 240/16<sup>11</sup> la FIA recomendó a la Dirección de Prevención de Violencia Familiar adopte las medidas administrativas pertinentes a fin de proporcionar a las solicitantes la información pública requerida respecto a las estadísticas labradas en dicho organismo sobre violencia de género en el marco de su competencia.-

Dicha solicitud fue contemporánea a la creación a nivel nacional del Registro Único de Casos de Violencia contra la Mujer y la firma de un INDEC y el Consejo Nacional de las Mujeres dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación a ese fin.-

Las objeciones de autoridades provinciales en este caso, para oponerse a la proporción de datos, fueron respondidas por esta FIA sobre la base del Dictamen N° 008/14 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, en ocasión de la creación del Registro mencionado, en el que recomendaba la disociación de datos, a los fines de cumplimentar la Ley N°25326 de Protección de Datos Personales.-

# 8. Conclusiones

 $<sup>^{10}\,</sup>Recuperado\,de\,https://fia.lapampa.gob.ar/images/Archivos/Resoluciones/284\_15.pdf$ 

<sup>11</sup> Recuperado de https://fia.lapampa.gob.ar/images/Archivos/Resoluciones/240\_16.pdf

El reconocimiento legal a nivel nacional de este derecho humano, con la reciente sanción de la Ley 27275, pone en evidencia la urgencia en nuestra provincia de contar con una ley propia en la materia o la pronta adhesión a la norma nacional.-

Así de urgente además es el cambio cultural; transitar de la cultura de la opacidad y el secretismo a la cultura de la información, la transparencia y la integridad.

En este sentido, la falta de ley, la ausencia de digitalización de expedientes y trámites en el ámbito de la Administración Pública Provincial (a excepción del Poder Judicial) y no contar con una Ley de Ética Pública, no coadyuvan a la transformación cultural mencionada.-

La ciudadanía en la provincia, se encuentra aún con serias dificultades para acceder al Castillo, que aún aparece lejano y envuelto en bruma.

Sin embargo, parece avizorarse alguna esperanza con la designación de representantes de La Pampa en el Concejo Federal de Acceso a la Información Pública y la reciente aprobación de un Plan Estratégico de Modernización para la Administración Pública (a casi 20 años de la sanción de la Ley N°25506 de Firma Digital).-

Acceso a Información Pública y Transparencia activa para una mejor democracia, mayor participación ciudadana, transparencia en la gestión pública y una cultura de la integridad.-

# 9. Referencias y bibliografía

Asesoría Letrada de Gobierno de la Provincia de La Pampa https://asesorialetradadegobierno.lapampa.gob.ar/ano-1995-ley-n-1594-a-1681/57558-ley-n-1612.html

Boletín Oficial Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública

CEPAL-La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141\_es.pdf

CIPPEC Índice de transparencia presupuestaria provincial. Edición 2019 https://www.cippec.org/publicacion/indice-de-transparencia-presupuestaria-provincial-edicion-2019/

Directorio Legislativo https://alertas.directoriolegislativo.org/wp- content/uploads/2020/06/modernizaci-on\_47285471.pdf?x32394

Indice de Acceso a la Información Pública https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice\_de\_acceso\_a\_la\_informacion\_publica\_en\_las\_provincias \_argentinas-\_un\_analisis\_de\_la\_calidad\_normativa-web.pdf

Kafka Franz, Obras Completas EMECÉ EDITORES, Buenos Aires, 1959.

Organización de Estados Americanos II Taller: La Perspectiva de Género en la Ley Modelo de Acceso a la Información

Pública

2.0

 $http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\_informacion\_Primer\_Taller\_Mexico\_2018\_metodologia\_de\_trabajo.\\ pdf$ 

Organización de Estados Americanos: Ley Modelo de Acceso a la Información Pública http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso\_informacion\_ley\_modelo.asp

Organización de Estados Americanos:. CIDH. Resolución Nº 1/20 https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf

Organización de las Naciones Unidas- Día de Acceso a la Información Pública

https://www.un.org/es/observances/information-access-day

Página web Oficial Fiscalía de Investigaciones Administrativas de la Provincia de La Pampa https://fia.lapampa.gob.ar/index.php/investigaciones/resoluciones

# RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LA ASIGNACIÓN UNIVERSAL POR HIJO PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL: UN ESCENARIO DE INTERPRETACIONES LESIVAS DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Esteban Torroba

### I. Introducción

Varios países de América Latina, sobre todo a partir de los elevados niveles de desempleo y empleo informal enfrentados, además de los mecanismos de inclusión social sistémica asociados a las tradicionales instituciones laborales y de seguridad social, comenzaron a desarrollar sistemas de protección social paralelos (CEPAL, 2018). Estos sistemas adoptaron la forma de programas de transferencias condicionadas de ingresos, orientados a la lucha contra la pobreza y concebidos como instrumentos transitorios hasta que las personas beneficiarias logren una mejor inserción en el mercado laboral.

En la Argentina, las asignaciones familiares, como prestaciones dinerarias no remunerativas que buscan proteger al núcleo familiar de determinadas contingencias socioeconómicas, nacieron en 1934 con la creación del subsidio a la maternidad. Progresivamente, con las modificaciones del mercado laboral y la ampliación en el reconocimiento de derechos sociales, el régimen se fue perfeccionando. Actualmente, se estructura a partir de distintos componentes: por un lado, las trabajadoras y trabajadores del sector formal con ingresos por debajo del mínimo no imponible del impuesto a las ganancias perciben asignaciones familiares en los marcos de la Ley 24714 de Régimen de Asignaciones Familiares; por otro lado, las trabajadoras y trabajadores que se encuentran por encima de este mínimo cuentan con deducciones impositivas por hijos a cargo.

Paralelamente, en el año 2009, el Decreto de Necesidad y Urgencia 1602 del Poder Ejecutivo Nacional reformó el Régimen de Asignaciones Familiares e incorporó un sistema no contributivo de Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH). Este beneficio representa una de las principales políticas de protección social de nuestro país, y ha quedado configurada como una de las herramientas más sólidas con las que cuenta el Estado para acompañar a familias en situación de vulnerabilidad social, ya sean grupos desocupados o que se desempeñan en la economía informal,

mediante una prestación económica con contraprestación o sujeta a condicionalidades de salud y educación. Las investigaciones que analizan la forma en que las familias utilizan los recursos provenientes de este beneficio, dan cuenta que los gastos tienen como destino mejorar la calidad de vida del grupo familiar, especialmente de las niñas, niños y adolescentes (Polischer, Miguel, Díaz Córdova y Melgarejo, 2017).

El propio Comité de los Derechos del Niño, órgano de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus conclusiones finales relativas al examen de los informes presentados por la República Argentina, de 21 de junio de 2010, destacó esta política como un importante logro estatal en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.<sup>1</sup>

Sin embargo, se han señalado limitaciones en su diseño, implementación y efectividad que, desde una perspectiva de derechos humanos, apuntan a perfeccionar la política de protección social en materia de niñez y adolescencia.

En lo que respecta a los alcances de la política pública, existen numerosos estudios que sugieren que las transferencias monetarias de la AUH han tenido impactos positivos pero limitados sobre la desigualdad y la pobreza, algo mayores sobre la indigencia, que demuestran su insuficiencia para superar exclusiones sociales sistémicas (Salvia, Poy y Vera, 2017 y 2018; Salvia, Poy y Tuñón, 2015 y 2018; entre otros).

Desde un posicionamiento más formal, asociado a las competencias constitucionales de las diferentes funciones estatales o al formato normativo, algunas opiniones han cuestionado la instrumentación de la AUH por medio de un Decreto de Necesidad y Urgencia, señalando que este tipo de políticas sociales universales deberían ser aprobadas por el Congreso de la Nación mediante leyes formales generales y permanentes (Bestard, 2011).

Con un enfoque focalizado en los requisitos de acceso y permanencia, también se han vertido críticas sobre la efectividad del sistema de condicionalidades de corte punitivo establecidas en materia educativa y de salud (UNICEF, 2018; CELS, 2011; Lozano y Raffo, 2010; Lo Vuolo, 2009; entre otros).

Por último, aparecen profundos cuestionamientos por la exclusión de la AUH a ciertos grupos de la población, que debilitan la idea de universalidad del beneficio. En el formato inicial definido por el Decreto de Necesidad y Urgencia 1602/2009 quedaron marginadas las personas inmersas en el régimen simplificado de monotributo, con

-

Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ARG/CO/3-4.

excepción del monotributo social; las personas trabajadoras de empleo doméstico; las personas trabajadoras temporarias; las personas migrantes en situación irregular o que no pueden demostrar una residencia mayor a 3 años; las personas que estuviesen percibiendo otros beneficios contributivos o no contributivos en cualquiera de los niveles estatales; las personas con un ingreso superior al salario mínimo vital y móvil; el sexto hijo de una misma familia. Si bien no fueron excluidos normativamente, también quedaron fuera de la percepción las personas indocumentadas, las personas privadas de la libertad y las, niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales. (CELS, 2011; UNICEF, 2017; Ceriani, Cyment y Morales, 2011; Cena, 2014; entre otros)

Entre 2010 y 2011 se realizaron algunas correcciones, ampliando el alcance de la AUH a grupos poblacionales que habían quedado marginados. A través de la Resolución 393/2009 de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), se incorporó también al beneficio a las personas que integran el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados del Servicio Doméstico, previsto en el artículo 21 de la Ley 25239, siempre que perciban un ingreso menor al salario mínimo, vital y móvil. A partir de fines de 2010, primero en el sector agropecuario pero luego en otros, ANSES determinó que las personas trabajadoras de temporada, eventuales, no permanentes, en uso de licencia legal por maternidad o en estado de excedencia, en período de conservación del empleo por causa de accidente o enfermedad inculpable, suspendidos por causa de fuerza mayor o falta o disminución del trabajo, cuando laboran perciben las asignaciones familiares del régimen general y en los meses en los que no perciben remuneración son beneficiarios de la AUH. A través del Decreto 592/2016, se extendieron las asignaciones familiares a las personas trabajadoras temporarias y eventuales después del cese de la relación de trabajo, siempre que registraren al menos 3 meses de servicios con aportes o el equivalente a 90 jornadas efectivas de trabajo, dentro de los 12 meses inmediatamente anteriores al cese. Por otra parte, se amplió la cobertura a los monotributistas de ciertas categorías mediante el Decreto 593/2016, incorporándolos al sistema de asignaciones familiares contributivas.

Según un estudio de UNICEF sobre el impacto de la AUH en 2016, 1,6 millones de niñas, niños y adolescentes (aproximadamente el 12,6% del total) no estaban cubiertos por el sistema de protección social. De esa cifra, la mayor parte carece de cobertura por falta de acreditación de los requisitos del sistema de condicionalidades. Un porcentaje menor no recibe la transferencia por ser sexto hijo o hija o más, por ser extranjero con residencia menor a 3 años, o por haber sido excluido. (UNICEF, 2017).

Paralelamente, de manera previa al inicio de la pandemia, el organismo estimaba que en la Argentina el 53% de las niñas, niños y adolescentes se encontraba en situación de pobreza por ingresos; proyectando que para fines de 2020 la pobreza infantil alcanzará al 58,6% (7,7 millones de niñas, niños y adolescentes), de los cuales 16,3% se sumirán en una situación de pobreza extrema (2,1 millones). (UNICEF, 2020). En sentido coincidente, el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina calculó a principios de 2020, dependiendo el enfoque de pobreza adoptado, que un 51,7% (unos 5,9 millones de niñas, niños y adolescentes) enfrentan pobreza monetaria, de los cuales el 10,9 % (1,2 millones de niñas, niños y adolescentes) son indigentes; y un 63,4% (unos 7,2 millones de niñas, niños y adolescentes) enfrenta la privación de al menos un derecho asociado a su situación de pobreza (Tuñón, 2020).

En un contexto socioeconómico particularmente grave para la niñez y la adolescencia en la Argentina, es necesario ampliar la base de la AUH, así como la de otros beneficios, para evitar la exclusión de varios grupos en situación de vulnerabilidad que no cuentan con ingresos suficientes para garantizar condiciones mínimas de subsistencia digna. Esta ponencia propone algunos lineamientos básicos que deben ser tenidos en consideración para el diseño de un régimen de incompatibilidades basado, o sencillamente para su evaluación, a través de un enfoque de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.

# II. La AUH como política pública específica de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes

A esta altura no existen dudas de que la AUH es un programa de transferencias monetarias no contributivas y condicionadas, organizado como un subsistema de asignaciones familiares, destinadas a los hogares con niñas, niños y adolescentes cuyos progenitores o representantes legales se insertan en la economía informal, están desempleados, se encuentran en categorías bajas de monotributo, trabajan en el servicio doméstico o de forma temporaria y no acceden a otros mecanismos de protección social.

Diversas opiniones plantean que si bien la AUH pone en el centro de la escena a niñas, niños y adolescentes, el acceso al beneficio no aparece como un derecho de estas personas basado en la noción de ciudadanía sino a la noción de empleo de sus progenitores o representantes legales. De esta manera, sostienen que si bien la categoría

de derechos permeó los discursos oficiales, en realidad el acceso está atado a un criterio de selectividad laboral (Lo Vuolo, 2009; Osella, 2013).

Esta idea debe ser puesta en debate. Si bien se trata del modo formal en que fue diseñada la política pública, y es innegable que la AUH integra un subsistema de las asignaciones familiares administradas por personas adultas y no responde a un esquema de ingreso monetario incondicional, basado en la ciudadanía y de cobertura universal a nivel de subsistencia de las personas del colectivo, lo cierto es que el núcleo normativo que circunda al beneficio se orienta a confirmar que niñas, niños y adolescentes, en tanto sujetos de derecho, son sus directos y principales beneficiarios.

Entre esa normativa, plasmada en niveles constitucional, convencional y legal, destacamos:

- a) Los artículos 14 bis y 75.23 de la Constitución Nacional: el artículo 14 bis establece la obligación del Estado de otorgar los beneficios de la seguridad social, de manera integral e irrenunciable y en miras a la protección integral de la familia; el artículo 25.23 impone al Congreso la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, con particular orientación a la protección de los grupos en situación de vulnerabilidad y desamparo, entre ellos las niñas, niños y adolescentes a través de un sistema de seguridad social especial e integral.
- b) Los artículos 3, 4, 6, 18, 24, 26, 27, 28 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño: los artículos 3 y 6 receptan dos de los principios agonales del texto convencional, el principio del interés superior del niño y el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo; el artículo 4 impone a los Estados la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, incluidos los económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos disponibles; el artículo 18 reconoce la obligación estatal de colaboración y asistencia de las familias; el artículo 26 reconoce el derecho de niñas, niños y adolescentes a los beneficios de la seguridad social e impone a los Estados la adopción de las medidas necesarias para su realización, especialmente teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables de su mantenimiento, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre; el artículo 27 recoge ampliamente el derecho de niñas, niños y adolescentes a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, e impone a los

Estados la adopción de las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables a su realización, incluyendo asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda; - los artículos 24, 28 y 31 reconocen, respectivamente, los derechos a la salud, a la educación y a la vida cultural y recreativa.

- c) Los artículos 9, 10.3 y 11.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el artículo 9 establece el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia; el artículo 10.3 dispone que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición; el artículo 11.1 reconoce 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.
- d) Los artículos VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: el artículo VII reconoce el derecho de toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, a protección, cuidados y ayuda especiales; el artículo XI establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.
- e) Los artículos 4, 19 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

   el artículo 4 contempla el derecho a la vida, el que ha sido interpretado por la Corte
  Interamericana de Derechos Humanos de manera amplia, a los efectos resguardar no
  sólo la vida como realidad biológica sino también alternativas de existencia diga; el
  artículo 19 establece el derecho de niñas, niños y adolescentes a las medidas de
  protección que su condición de persona menor de edad requieren por parte de su
  familia, de la sociedad y del Estado; el artículo 26 recepta la cláusula de desarrollo
  progresivo en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
- f) Los artículos 15.3 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el artículo 15.3 establece la obligación estatal de conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus

capacidades física, intelectual y moral; - el artículo 16 establece el derecho de niñas, niños y adolescentes el derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, así como el derecho a la salud.

g) Los artículos 1, 2, 3, 5 y 26 de la Ley nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: - el artículo 1 define el objeto de la Ley como la búsqueda de la protección integral de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de sus derechos, sustentados por su máxima exigibilidad, interés superior del niño y legitimación amplia para el reclamo ante las omisiones estatales en su adecuado cumplimiento; - el artículo 2 reconoce la plena vigencia de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño; - el artículo 3 acoge expresamente el interés superior de niñas, niñas y adolescentes, entendiéndolo como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos y debiéndose respetar especialmente: su condición de sujetos de derecho; su derecho a ser escuchados; su desarrollo progresivo; el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su centro de vida; y el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común; - el artículo 5 recepta la responsabilidad estatal en la materia, incluyendo el establecimiento, control y ejecución de las políticas públicas; - el artículo 26 reconoce explícitamente el derecho de niñas, niños y adolescentes a obtener los beneficios de la seguridad social, incluyendo políticas y programas de inclusión que consideren los recursos y la situación de los mismos y de las personas que sean responsables de su mantenimiento.

h) Los artículos 1.c), 6.i) y 14 bis y ter de la Ley nacional 24.714 de Régimen de Asignaciones Familiares, con las reformas incorporadas por el Decreto nacional 1602/09: - el artículo 1.c) reconoce el subsistema no contributivo compuesto por la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, destinado a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina que pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal; - el artículo 6.i) estatuye expresamente como prestación a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; - el artículo 14 bis establece que la Asignación Universal por Hijo para Protección Social consiste en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abona a uno solo de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada menor de 18 años que se encuentre a su

cargo o sin límite de edad cuando posea una discapacidad; en ambos casos, siempre que no estuviere empleado, emancipado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la Ley Nº 24.714, modificatorias y complementarias; - el artículo 14 ter establece como requisitos para acceder a la prestación: que el niño sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o residente, con residencia legal en el país no inferior a 3 años previos a la solicitud; acreditar la identidad del titular del beneficio y del menor; acreditar el vínculo entre la persona que percibirá el beneficio y el menor, mediante la presentación de las partidas correspondientes y en los casos de adopción, tutelas y curatelas los testimonios judiciales pertinentes; hasta los 4 años de edad, probar el cumplimiento de los controles sanitarios y del plan de vacunación obligatorio; desde los 5 y hasta los 18 años, acreditar además la concurrencia de los niños obligatoriamente a establecimientos educativos públicos; presentar una declaración jurada relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos y a las calidades invocadas.

El enfoque adultocéntrico puede ser invertido para pasar a afirmar que la AUH debe considerarse una herramienta para la promoción y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes que colabora con la economía familiar en el sostenimiento y satisfacción de sus necesidades básicas de bienestar y desarrollo, atinentes a su dignidad.

Esta idea se nutre de las obligaciones estatales que imponen concretar políticas públicas prioritarias, incluida la asignación de recursos presupuestarios para que se atribuya el máximo de recursos disponibles, para la promoción y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en los ámbitos nacional, provincial y municipal, especialmente de quienes se encuentran en contextos de vulnerabilidad social.

# III. Necesidad de un régimen de incompatibilidades basado en un enfoque de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes

En su texto original, el Decreto 1602/2009 estableció en su artículo 9 que La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en Prestaciones Contributivas o No Contributivas Nacionales, Provinciales, Municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incluyendo las prestaciones de las Leyes 24.013, 24.241 y 24.714 y sus respectivas modificatorias y complementarias.

Valiéndose de esa norma, ANSES ha denegado el beneficio a numerosas familias alegando presuntas incompatibilidades con otras prestaciones contributivas o no contributivas nacionales, provinciales o municipales, tuviesen por beneficiarios a las propias niñas, niños y adolescentes o muchas veces también a sus progenitores, tutores o guardadores. Estas negativas encierran, en muchos casos, interpretaciones apartadas de las prescripciones establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Varios años más tarde, como una suerte de efecto de reverberación a partir de las críticas generadas y la resolución de algunos casos por parte del sistema jurisdiccional, el Decreto 593/2016 derogó el artículo 9 del Decreto 1602/2009 y delegó en la ANSES la definición del régimen de incompatibilidades con otras prestaciones sociales nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo el formato de una normativa complementaria para la implementación operativa de la AUH.

El texto del Decreto derogatorio especifica que

(...) con el objetivo de lograr un abordaje integral de las situaciones de vulnerabilidad social y laboral que pueden afectar a nuestra población, y de no desalentar la participación de las personas destinatarias de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, en Políticas Públicas Nacionales orientadas a mejorar sus competencias laborales y sus posibilidades de reinserción laboral o de acceso a un primer empleo, resulta pertinente modificar el régimen de incompatibilidades antes referido.

Sin embargo, a la fecha la ANSES no dictado la normativa referida, por lo que continúa definiendo la concesión del beneficio en base a criterios arbitrarios y frecuentemente inconstitucionales e inconvencionales.

El caso jurisdiccional más resonante en la materia ha sido, sin duda alguna, "T., V. F. c/ ANSES", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 22 de marzo de 2018, por adhesión al dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich.

En este caso se analizó, entre otras cuestiones, si las prestaciones dirigidas a brindar un ingreso básico de subsistencia y la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad son adecuadas al deber de garantizar una protección especial a niños y niñas con discapacidad. La señora V. F. T., madre de J.N. T. —quien padece una seria discapacidad—, inició una acción de amparo contra la ANSES y el Estado nacional, por haberle revocado la prestación de AUH. La ANSES le había cancelado la

prestación pues entendió que, de conformidad con el artículo 9 del Decreto 1602/09, existía una incompatibilidad entre la AUH y la pensión provincial por discapacidad que el niño recibía. La Sala A de la Cámara Federal de Rosario dejó sin efecto la decisión del juez de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad y ordenado a la ANSES otorgarle a la señora V. F. T., en representación de su hijo menor de edad con discapacidad, la prestación de la AUH. El 3 de febrero de 2017, el Procurador Fiscal Víctor Abramovich, opinó que se debía admitir el recurso, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda, procediendo la Corte a hacer lugar a lo dictaminado.

Además de los estándares reconocidos para garantizar la protección especial que requiere un niño con discapacidad, los que son sumamente ricos en la opinión técnica vertida, en su pertinencia para este trabajo se destaca que

La regla de incompatibilidad contemplada en el artículo 9 del Decreto persigue un fin legítimo, que es el de evitar la superposición de prestaciones que puedan brindar diferentes sistemas públicos, incluso de distintas jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos públicos disponibles. Sin embargo, y en función de esta finalidad, el alcance de la incompatibilidad para acceder al beneficio debe limitarse, como principio, a la percepción de estas prestaciones contributivas o no contributivas que tengan propósitos similares a la Asignación Universal por Hijo y cubran las mismas o análogas contingencias y necesidades, pero sin alcanzar aquellas otras que responden a fines diversos y resguarden otros riesgos sociales. (...) Esta última circunstancia es la que se verifica en el presente caso, puesto que no existe identidad entre la AUH y la pensión provincial por discapacidad instituida a favor de la niñez. La prestación nacional y la local están dirigidas a satisfacer finalidades diferentes y, por ende, no se superponen ni cubren los mismos riesgos sociales (...) En conclusión, la AUH apunta al sostenimiento de un ingreso básico de subsistencia, y la prestación local a la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad, por lo que, a la luz de la interpretación expuesta del artículo 9 del decreto 1602/09, opino que son compatibles.<sup>2</sup>

 $<sup>^2</sup>$  Procuración General de la Nación, "T., V. F. c/ANSES y otros varios", FRO 73023789/2011/CS1.

De aquí surge un primer interesante criterio, que tiene que ver con la necesidad de que las incompatibilidades de la AUH con otros beneficios contributivos o no contributivos, sin importar el estrato estatal del que se desprendan, se fijen siguiendo una pauta diferencial en relación a las finalidades que persiguen. Por esta razón, la ANSES posee la obligación de evaluar caso a caso en qué medida puede existir una superposición entre los riesgos sociales que cubren dos o más beneficios posiblemente aplicables.

Por otra parte, el reconocimiento de la AUH como política pública específica de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes no es irrelevante en la definición de incompatibilidades. En primera medida porque restringiría la posibilidad de que ANSES evalúe posibles incongruencias en relación a beneficios que tienen por destinatarios a progenitores u otros representantes legales, debiendo limitarse a hacerlo únicamente cuando la posible superposición se da en relación a beneficios orientados con exclusividad a niñas, niños y adolescentes. Paralelamente, esta particular perspectiva habilitaría la aplicación del principio del interés superior del niño, cuyo proceso de evaluación y determinación obligaría a ANSES a analizar a cada niña, niño o adolescente en el contexto y las circunstancias específicas que lo comprenden, debiendo descartar posibles exclusiones automáticas.

### **IV. Conclusiones**

En el paradigma de la protección integral de derechos, motorizado tras la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, aparece reflejado un cambio en la concepción sociojurídica de la niñez, al dejar de considerarla, tanto en términos individuales como colectivos, como "inmadura", "incompleta", "carente", para pasar a reconocerla con entidad social autónoma, es decir, integrada por personas que participan activa y directamente en la realidad en la que viven, con su propia visión del mundo, portadoras de una historia de vida, de experiencias vitales y conocimientos, integrada por ser humanos completos y dotados de potencialidades y recursos.

Así, bajo una visión integral, las niñas, niños y adolescentes se convierten en individuos, en miembros de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su madurez, y en partícipes en la construcción de sus propios proyectos de vida. Dejan de ser la "propiedad de sus padres" o los "beneficiarios pasivos e indefensos de una obra de caridad", y se los

reconoce como en ciudadanos activos y titulares de sus propios derechos.

Repensar la AUH en una perspectiva de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes implica reconocerlos como directos y principales destinatarios de la política pública, y no meramente como objetos tangenciales cuya consideración se reduce a un cómputo numérico para el cálculo de la transferencia monetaria.

Si bien es cierto que la AUH no fue diseñada formalmente como un ingreso monetario incondicional, basado en la ciudadanía infantil y de cobertura universal a nivel de subsistencia digna de niñas, niños y adolescentes, sus posibles transformaciones deben ser evaluadas dinámicamente en esta lógica como forma de dar cumplimiento adecuado a la obligación estatal de brindar una protección prioritaria y especial que garantice su vida digna, desarrollo y formación integral.

Por otra parte, es evidente que el discurso de protección de derechos ya ha permeado la retórica de las opiniones políticas y mediáticas vinculadas a la AUH, pero aún persisten limitaciones en su diseño, implementación y efectividad que van más allá de lo predicativo. La más importante de ellas responde a una imperfecta o debilitada universalidad, como consecuencia de la exclusión normativa de niñas, niños y adolescentes que, aún encontrándose en una grave situación de vulnerabilidad social, quedan privados del acceso al beneficio.

Uno de los aspectos de la política pública que debe ser revisado es el régimen de incompatibilidades de la AUH con otros beneficios contributivos o no contributivos que pueden ofrecer los diferentes estratos estatales. Si bien el Poder Ejecutivo Nacional derogó el artículo 9 del Decreto 1602/2009 y delegó en la ANSES el establecimiento de un nuevo régimen, a la fecha el mismo no ha sido aprobado y el organismo continúa utilizando criterios de exclusión arbitrarios y frecuentemente inconstitucionales e inconvencionales.

Su diseño no debe ser pensado en clave de exclusiones automáticas o basadas en consideraciones generales, sino que debe tener como pilar a la consideración del interés superior del niño, para que las posibles incompatibilidades dependan, como lo imponen la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26061, de la evaluación del contexto y las circunstancias específicas que hacen que cada niña, niño o adolescente sea único y singular en su individualidad.

## Bibliografía

- Bestard, Ana María (2011). Asignación Universal por Hijo. Enfoque de derechos y Marco constitucional: ¿por qué mediante decreto de necesidad y urgencia?, recuperado de <a href="http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/bestard-asignacion-universal-por-hijo-enfoque-de-derechos-y-marco-constitucional.pdf">http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/bestard-asignacion-universal-por-hijo-enfoque-de-derechos-y-marco-constitucional.pdf</a>
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2011). *Derechos humanos en Argentina*, Informe 2011, Siglo Veintiuno Editores, pp. 221 a 232, Buenos Aires.
- Cena, Rebeca (2014). Fronteras complejas: protección social e inmigración. Asignación universal por hijo para protección social e inmigración en Argentina, Polis, Revista Latinoamericana, Volumen 13, N° 38, 2014, pp. 419-449, Buenos Aires.
- Ceriani, Pablo; Cyment, Paola; y Morales, Diego; (2011), Migración, derechos de la niñez y Asignación Universal por Hijo: las fronteras de la inclusión social, recuperado de

http://www.derhuman.jus.gov.ar/conti/2011/10/mesa\_2/ceriani\_cyment\_morales\_mesa\_2.pdf

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2018). *Panorama social de América Latina 2017*, recuperado de <a href="https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42716/7/\$1800002\_es.pdf">https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42716/7/\$1800002\_es.pdf</a>
- Dávolos, Patricia; y Beccaria, Alejandra (2017). Las brechas de la protección social de niños, niñas y adolescentes, en Cetrángolo, O. y Curcio, J. (coords.), Análisis y propuestas de mejoras para ampliar la Asignación Universal por Hijo, ANSES Ministerio de Desarrollo Social UNICEF IIEEPUBA CEDLAS CNCPS, Buenos Aires.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) y Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y Consejo de Coordinación de Políticas Sociales (2017). *Análisis y propuestas de mejora para ampliar la Asignación Universal por Hijo*, Buenos Aires, recuperado de <a href="https://www.unicef.org/argentina/media/2696/file/AUH.pdf">https://www.unicef.org/argentina/media/2696/file/AUH.pdf</a>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2018). *Asignación Universal por Hijo. Una contribución al debate sobre el rol de las condicionalidades*, recuperado de <a href="https://www.unicef.org/argentina/media/3726/file/Asignaci%C3%B3n%20Universal%2">https://www.unicef.org/argentina/media/3726/file/Asignaci%C3%B3n%20Universal%2</a> Opor%20Hijo.pdf
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2020). La pobreza y la desigualdad de niñas, niños y adolescentes en la Argentina. Efectos del COVID-19,

- recuperado de <a href="https://www.unicef.org/argentina/media/8096/file/COVID-19:%20La%20pobreza%20y%20la%20desigualdad%20de%20ni%C3%B1as,%20ni%C3%B1as,%20ni%C3%B1os%20y%20adolescentes%20en%20la%20Argentina..pdf">https://www.unicef.org/argentina/media/8096/file/COVID-19:%20La%20pobreza%20y%20la%20desigualdad%20de%20ni%C3%B1as,%20ni%C3%B
- Lozano, Claudio y Raffo, Tomás (coord.) (2010). Bicentenario sin hambre. Evaluación del programa Asignación Universal por Hijo para la Protección Social en sus primeros 4 meses de implementación, Instituto de Estudios y Formación CTA, Buenos Aires.
- Lo Vuolo, Rubén Mario (2009). *Asignación por hijo*, en: Revista CIEPP, Serie Análisis de Coyuntura N° 21, CIEPP, noviembre 2009, Buenos Aires.
- Osella, Pilar (2013). La construcción del Sujeto/Objeto de la Política Social argentina contemporánea. Reflexiones sobre la Asignación Universal por Hijo, Revista Cátedra Paralela, N° 10, año 2013.
- Polischer, Gabriela; Miguel, Luciana Marcela; Díaz Córdova, Diego; Melgarejo, Mariana (2017). Estudio del impacto de la AUH en consumos vinculados a la alimentación y percepción de la misma como derecho por parte de los actores involucrados, Facultad de Medicina, UBA, Buenos Aires.
- Salvia, Agustín; Poy, Santiago; y Vera, Julieta (2017). *Política social y desigualdad en la región del Gran Buenos Aires, Argentina, 1992-2012*, en Papeles de Población, 23, 2017, pp. 223-259.
- Salvia, Agustín; Poy, Santiago; y Vera, Julieta (2018). Políticas sociales, pobreza y bienestar. Argentina: análisis comparado de distintos regímenes socioeconómicos (1992-2012), en F. Cortés (comp.), Temas de política social de México y América Latina, COLMEX-UNAM, México D.F.
- Salvia, Agustín; Poy, Santiago; y Tuñón, Ianina (2015). *Asignación Universal por Hijo para Protección Social: impacto sobre el bienestar económico y el desarrollo humano de la infancia*, en Revista Población & Sociedad, 22 (2), 2015, pp. 101-134.
- Salvia, Agustín; Poy, Santiago; y Tuñón, Ianina (2018). *Procesos de exclusión en las políticas sociales: explorando los perfiles de la población no receptora de la Asignación Universal por Hijo*, Ciudadanías, Revista de Políticas Sociales Urbanas, N° 3, segundo semestre de 2018.
- Tuñón, Ianina (2020). Condiciones de vida de las infancias pre-pandemia COVID-19. Evolución de las privaciones de derechos 2010-2019", Documento Estadístico, Barómetro de la Deuda Social Argentina, Serie Agenda para la Equidad (2017-2025), Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.

# ENTRE MAFIAS Y REFORMAS: EL JURY Y LAS PERSECUCIÓN MEDIÁTICA COMO MECANISMOS DE AFECTACIÓN A LA JUSTICIA LABORAL

Lucio A. Vallefín

# Introducción: ¿A qué llamamos Lawfare?

En el presente trabajo vamos a hablar del fenómeno conocido como "Lawfare" o "Guerra jurídica", una problemática que ha atravesado en tiempos recientes el desarrollo de las dinámicas políticas y sociales de nuestro continente, teniendo un correlato muy sólido hacia el interior de nuestro país.

El Lawfare es definido por Silvina M. Romano como "el uso indebido de herramientas jurídicas para la persecución política; la aplicación de la ley como un arma para destruir al adversario político por la vía judicial". La conceptualización mencionada establece una idea inicial, pero hay que dejar en claro que este fenómeno comprende prácticas aún más amplias y que, incluso, la misma noción de Lawfare es todavía una construcción que resulta rechazada por múltiples actores. Esta idea inicial del Lawfare como herramienta de persecución política ha llevado a relativizar el fenómeno o exponerlo como una "excusa" o "victimización" de ciertos sectores políticos, acusación que pierde peso al observar cómo las dinámicas propias de este fenómeno se repiten a lo largo de todo el continente y cómo estas afectan a actores que están por fuera de las estructuras políticas, caso de periodistas, militantes sociales, e incluso integrantes del mismo poder judicial que no adhieran a las ideas que sostienen los sectores dominantes, como se verá en el presente trabajo.

Otro aspecto importante es que los mecanismos de Lawfare por lo general no actúan solos, sino que son sostenidos por otra serie de herramientas, entre las que destacan, por su capacidad de difusión y alcance masivo, los medios de comunicación. Este aspecto ha sido destacado por Eugenio Rául Zaffaroni, sosteniendo que lo que une ambas ideas es "el carácter genérico de información falsa, lo que nos permite caer en la cuenta de que el lawfare y las ahora llamadas fake news, no son fenómenos del todo independientes, sino que, más bien, el primero es una categoría particular de las segundas".

En razón de todos los elementos descritos previamente, este trabajo abordará cómo se articularon estos mecanismos en la persecución de la justicia del trabajo, factor esencial para

los intentos de implantación de políticas regresivas bajo el título de "Reforma laboral", viéndolo a través del caso específico de Juan Ignacio Orsini, Juez del Tribunal del Trabajo Nº 2 de la ciudad de La Plata.

# "La mafia de los juicios laborales" y el ataque al Derecho del Trabajo

El Derecho Laboral ha sido una rama más críticas en el desarrollo de las ciencias jurídicas, siendo su propio nacimiento una respuesta a los paradigmas liberales del Derecho que pretendían reconocer una situación de igualdad jurídica entre les integrantes de la sociedad que no se condecía de ninguna forma con las desigualdades estructurales que caracterizaron manifiestamente los inicios del capitalismo. Es así que su propia existencia ha sido cuestionada reiteradas veces por quienes adhieren a modelos políticos de tipo liberal o neoliberal, argumentando que dificulta la generación y el acceso a empleos - suponiendo un incremento en los costos de contratación y permanencia de les trabajadores - y que suele utilizarse como un instrumento de aprovechamiento y especulación política.

Esta última idea fue ampliamente receptada en tiempos recientes por les integrantes del Frente Cambiemos, el armado político que gobernó el país en el período 2016 - 2019. Este gobierno presentó una impronta que en múltiples aspectos puede identificarse con un modelo político neoliberal, propugnando lógicas de recorte presupuestario y administrativo en áreas vinculadas a los derechos sociales, acompañadas de fuertes acciones de endeudamiento y reacomodamiento a los intereses y agendas del Fondo Monetario Internacional. Fortich y Navarro señalaron que el neoliberalismo tiende a discutir con la idea de la independencia del campo jurídico, llevando a que el derecho se vea constantemente afectado y debilitado, ya que es un campo que no sirve para los presupuestos neoliberales. Esta idea es tomada por Pablo Octavio Cabral (2018), quién consideró que estas actitudes se expresaron en la gestión de Cambiemos, señalando que "la reacción del actual gobierno contra esta constelación de derechos sociales fue, por un lado atacar a la justicia laboral y a los abogados defensores de los trabajadores, y por el otro lado desconocer las observaciones críticas de sectores de la sociedad civil y organismos internacionales de Derechos Humanos que luchan activamente por la defensa de derechos económicos, sociales y culturales".

Lo expresado por Cabral es ratificado por Agostino (2018), quien sostiene que "el gobierno de Mauricio Macri aplica una política "anti laboral" porque se focaliza en la destrucción y

desarticulación de las relaciones del trabajo formales. Es una po-lítica que le otorga primacía a las necesidades del mercado, quitándole centralidad al trabajo y destruyendo sus elementos más importantes, es decir, que el trabajo se encuentra al servicio del mercado. Esta situación se materializa en datos estadísticos como la caída en la participación de los asalariados en el ingreso nacional, que descendió a 45,2% en el segundo trimestre del año 2018. Paralelamente, el excedente de explotación bruto (la porción del ingreso nacional que se apropian los empresarios) aumento del 36,9% al 45,9%".

Este desconocimiento de los Derecho Sociales y "antilaboralismo" dentro de la planificación de las políticas de Cambiemos encontró una expresión discursiva en su reiterada intención de acabar con lo que llamaron "industria del juicio" y "mafía de los juicios laborales". Según los dichos del expresidente Mauricio Macri, en tiempos recientes se había visto una proliferación en la judicialización de conflictos laborales que afectaba al desarrollo de la economía local, a lo cual expresó que "para que lleguen las ansiadas inversiones, hace falta "una justicia laboral más equitativa, no tan volcada a encontrarle siempre la razón a una parte" (1). Bajo la premisa descrita, tuvo lugar durante el mencionado periodo la presentación de una serie de proyectos legislativos tendientes a lograr una "reforma laboral", la cual mostró claros tintes regresivos con respecto a la legislación laboral vigente. Esta pretendida reforma no logró concretarse, mas dió lugar a un extremado descrédito a la justicia del trabajo, la cual pasó a verse como un conjunto sistemático de litigios irrazonables conducido por presuntas figuras polémicas muchas veces asociadas con el kirchnerismo que según el ex mandatario "dejan a un montón de gente sin acceder a un trabajo porque el que tiene que tomar decisiones tiene miedo de que su esfuerzo se le vaya en uno de estos comportamientos mafiosos".

En este marco es que se han afectado a personas con amplia trayectoria en el estudio, litigio y abordaje judicial del Derecho del Trabajo como lo fue el reconocido abogado iuslaboralista Héctor Recalde, a quién el expresidente hizo referencia explícitamente al decir que les abogades laboralistas "convencen a los trabajadores"

de hacer un juicio indebido y se lo hacen ganar porque tienen armadita la cosa para llevarse la mayor parte del juicio ellos (...) Este grupo de estudios laboralistas, que por suerte son una

<sup>(1)</sup> Con la justicia laboral en la mira. (2016, julio 24). Página/12. Recuperado de

minoría, con un grupo de jueces, minoritario, laboralistas, conducido por Recalde, le han hecho mucho daño a la Argentina"(²). Es así que, a los fines de este trabajo, se ha decidido enfocar las próximas líneas al abordaje de un caso de Lawfare que recayó sobre Juan Ignacio Orsini, juez del Tribunal de Trabajo N° 2 de La Plata y profesor titular de la cátedra III de Derecho Social del Trabajo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, un supuesto con un corte más local pero que funciona como clara evidencia sobre el uso del discurso referente a la "mafia de los juicios laborales" como un mecanismo de adecuación del poder judicial a las ideologías de corte liberal flexibilizador y la aplicación de herramientas legislativas y mediáticas como prácticas propias del Lawfare.

# Justicia Legítima y el fallo "Diario Hoy"

Ya adentrándonos concretamente en el caso de Juan Ignacio Orsini, podemos decir que el Juzgado de Trabajo Nº 2 de La Plata - en el que se desempeña como juez en tribunal colegiado - ha resultado una institución en varias ocasiones desafiante para los intereses de las estructuras económicas concentradas y, por lo tanto, destinataria de prácticas que buscaban su afectación y repudio. En ese sentido, resulta clave hablar de las polémicas mediáticas derivadas de una serie de amparos de trabajadores y trabajadoras del Diario Hoy en los que tomó intervención dicho tribunal.

En el año 2014 tuvo lugar en la redacción del Diario "Hoy en la noticia" una serie de despidos vinculados a la actividad sindical que se había iniciado de manera incipiente para exigir mejoras en las condiciones de trabajo, siendo posible esta práctica de expulsión ya que las trabajadoras y trabajadores involucrades no se encontraban insertades en una estructura sindical que les garantizara estabilidad en el ejercicio de la función gremial. Ante dicha situación, las personas despedidas presentaron una serie de amparos solicitando su reincorporación al empleo en razón del carácter discriminatorio de la extinción del vínculo, petición que fue receptada por el tribunal con aplicación de la normativa y los criterios establecidos por tribunales superiores (concretamente en lo resuelto por Corte Suprema de Justicia de Nación en autos "Pellicori,

<sup>(2)</sup> Macri contra los jueces laborales. (2017, junio 13). Página/12. Recuperado de

Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo" y subsiguientes).

Atento esta resolución, tuvo lugar como respuesta por parte del diario una actitud que muestra el uso de los medios como herramienta política para atacar a quienes se oponen a las ideas que propugnan. El 14 de septiembre de 2015, mismo día que las sentencias circularon mediáticamente, el Diario Hoy publicó una nota llamada "El entramado oscuro de Justicia Legítima" (3) en la cual denunciaba la existencia de una agrupación llamada "Justicia Legítima", a la cual definía como "una suerte de secta tribunalicia, fundada por la procuradora Alejandra Gils Carbó, en la cual se enrolaron fiscales y jueces que trabajan a favor de los intereses del kirchnerismo, incluidos muchos que desempeñan funciones en los tribunales federales y provinciales de La Plata", la nota señala la actividad de Juan Orsini en este entramado y desprestigia su nombramiento como juez sosteniendo que "Asimismo, muchos de los que eran simples funcionarios judiciales de segundo o tercer rango, que firmaron la primera solicitada de Justicia Legítima, en los últimos años llamativamente se convirtieron en jueces o fiscales. Tal es el caso del actual titular del presidente Tribunal de Trabajo Nº 2 de La Plata, Juan Ignacio Orsini, quien gracias a su pertenencia al universo K pasó de ser un simple burócrata de la Suprema Corte bonaerense a magistrado laboral".

La realidad detrás de dichas especulaciones era muy distinta, "Justicia Legítima" no era una secta que se movía tras las sombras, sino que era una asociación civil formada tras la presentación de una solicitada de libre participación. En el año 2013 se encontraba en su mayor auge la discusión sobre el acceso igualitario al poder judicial y la necesidad de transparentar lo referente a los concursos de cargos, lo cual dió lugar a un comunicado conjunto de diversas asociaciones civiles de magistrados y magistradas que expresaron su oposición al paquete de proyectos legislativos que se presentaron para tal fin. Cómo respuesta a esa comunicación, se abrió una solicitada en apoyo a estas reformas llamada "Hacia una "justicia legítima" (4), a la cual adhirieron múltiples figuras que no estaban vinculadas de manera directa con el gobierno

<sup>(3)</sup> El entramado oscuro de Justicia Legítima. (2015, septiembre 14). *Hoy en la noticia*. Recuperado de https://diariohoy.net/politica/el-entramado-oscuro-de-justicia-legitima-57303

<sup>(4)</sup> Hacia una "Justicia Legítima". (2013, enero 3). *Tiempo Argentino*. Recuperado de https://es.slideshare.net/andresoliva2/solicitada-por-una-justicia-legtima

de turno, entre ellas el mencionado Juan Orsini, pero que luego dió lugar a una asociación civil con un involucramiento más activo.

Resultado de este artículo periodístico, y a pesar de que Orsini no participó de la asociación civil Justicia Legítima, su persona quedó asociada al gobierno de turno y vinculada a las peores imágenes y relatos que se le atribuyen al mismo, reforzando hasta la actualidad los estereotipos que demonizan al kirchnerismo y lo presentan como un modelo dictatorial que vulnera la división republicana de poderes cooptando a jueces para que fallen acorde a sus objetivos políticos.

### Los usos polémicos del Jury

La situación relatada no es la última vez en la que se involucraría a Orsini en asuntos que afectan su desempeño en razón de sus decisiones judiciales. En 2019 el Colegio de Abogados de La Plata (CALP) emitió un comunicado en el que anunciaba que se iba a iniciar un enjuiciamiento a los tres integrantes del Juzgado del Trabajo Nº 2 de la ciudad en razón de diversas vulneraciones al momento del cálculo de honorarios profesionales.

El enjuiciamiento de magistrados (también denominado Jury) es una institución que se ha establecido para destituir a jueces o juezas que realicen acciones que pudieran afectar la moral, la seguridad y los derechos de terceros por actividades que no se encontraran en el marco del desarrollo normal de un proceso, en este sentido es una institución necesaria y fuertemente tutelar del sistema democrático pero, a pesar de ello, su ejercicio no está exento de polémicas y actitudes riesgosas, lo cual puede verificarse en el enjuiciamiento al Tribunal del Trabajo Nº 2, el cual muestra como una regulación muy laxa de este instituto puede llevar a fuertes perjuicios a nivel desempeño de la profesión, lo que nos lleva a analizar cómo funciona normativamente el Jury en la Provincia de Buenos Aires.

Señala María Angélica Corva en "¿Quién juzga a los que juzgan? El enjuiciamiento de magistrados en la provincia de Buenos Aires (Argentina, 1821-1878)" que en la original redacción de la Constitución de la Provincia en 1873 "el artículo 190, estableció que los jueces de las Cámaras de Apelación y de primera instancia podían ser acusados por cualquiera del pueblo, por delitos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones ante un jury calificado, compuesto de siete diputados y cinco senadores profesores de derecho. Este jury terminó de

definirse en 1878, al sancionarse la ley que lo reglamentó en función de lo dispuesto. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires quedaba entonces a cargo de la superintendencia del poder judicial", luego de esas experiencias iniciales y tras la reforma a la Constitución Provincial en 1994, el enjuiciamiento se regula normativamente por la Ley Provincial 13.661, la cual establece que el mismo debe ser llevado adelante por un jurado de enjuiciamiento, estableciendo a lo largo de la norma su funcionamiento, composición y atribuciones para luego, en su artículo 21, señalar que serán causales de Jury las siguientes:

- a) No reunir las condiciones que la Constitución y la Leyes determinan para el ejercicio del cargo.
- b) No tener domicilio real en el partido en que ejerza sus funciones, en la medida en que esta circunstancia produzca real perjuicio a la administración de justicia.
- c) Gozar de beneficio jubilatorio o de pensión nacional, provincial o municipal o haberse acogido a estos beneficios.
- d) Incompetencia o negligencia demostrada en el ejercicio de sus funciones.
- e) El incumplimiento de los deberes inherentes al cargo.
- f) La realización de hechos o desarrollo de actividades incompatibles con la dignidad y austeridad que el cargo judicial impone.
- g) El vicio del juego por dinero caracterizado por la frecuencia.
- h) Dejar transcurrir en exceso los términos legales, sin pronunciarse en las cuestiones sometidas a su decisión o dictamen.
- i) Comisión de graves irregularidades en los procedimientos a su cargo o en los que hubiere intervenido.
- j) La intervención activa en política.
- k) Para los funcionarios judiciales, ejercer la abogacía o la procuración, aunque sea en otra jurisdicción, salvo en causa propia, de su cónyuge, o de los descendientes y ascendientes.
- l) Aceptar el cargo de árbitro arbitrador.
- ll) Contraer obligaciones civiles con los litigantes o profesionales que actúen en su Juzgado o Tribunal.
- m) Ejercer el comercio o industria.
- n) Desempeñar otra función pública no encomendada por ley, excepto la docencia.
- ñ) La realización de actos de parcialidad manifiesta.
- o) Estar concursado civilmente por causa imputable al funcionario.

- p) Negarse injustificadamente a que le sean practicados controles médicos que determinen su capacidad laboral
- q) Toda otra acción u omisión que implique defección de la buena conducta que exige la Constitución para el desempeño de la magistratura.
- r) Las que se determinen en otras leyes.

Estos dos últimos puntos resultan sumamente relevantes, ya que se puede ver que abandonan la taxatividad que caracteriza al resto y abren la posibilidad de incorporar causales genéricas o atribuirle total definición de las mismas a otras leyes, esto último es exáctamente lo que ocurrió en el caso abordado por este trabajo. En dicho supuesto se puso en juego el artículo 16, último párrafo de la Ley Provincial 14.967, la cual establece el régimen de de regulación de los honorarios profesionales y señala que las estimaciones de los mismos por debajo de los parámetros definidos por la norma será causa de enjuiciamiento.

Desde ya es importante considerar que, en virtud de lo señalado por la mencionada Ley 14.967, los honorarios tienen carácter alimentario y, por lo tanto, su afectación no puede realizarse indiscriminadamente. Por ello, resulta apropiado reconocer la intención favorable y la buena fe en el actuar de los Colegios Profesionales al momento de proteger estos institutos, pero resulta cuestionable que la primera sanción prevista normativamente para este tipo de conductas sea la posibilidad de destitución del cargo. Esta situación se suma a la forma en la que se abordó este tema en los hechos concretos, siendo difundido masiva y mediáticamente un comunicado que sostenía lo siguiente:

## "Solicitud de enjuiciamiento de los miembros del Tribunal del Trabajo nº 2 de La Plata

SE INFORMA A LOS/AS MATRICULADOS/AS acerca de la decisión tomada durante la reunión de Consejo Directivo del 3 de octubre pasado en cuanto a solicitar el enjuiciamiento de los miembros del Tribunal del Trabajo nro. 2 de La Plata, Doctores Julio César Elorriaga, Carlos Mariano Núñez y Juan Ignacio Orsini, de acuerdo a lo establecido en la ley 13661, en razón de haberse verificado prima fácil la falta grave prevista en el artículo 16 último párrafo de la ley 14967. En razón de ello y sin perjuicio de los casos ya verificados se ha resuelto convocar a colegas que hayan recibido regulaciones de honorarios que violen los mínimos legales a fin de analizar su eventual incorporación a dicha denuncia. Las comunicaciones de colegas serán recibidas por escrito en la Recepción de este Colegio o, electrónicamente, a través del siguiente formulario".

Esta decisión empezó a ser difundida de manera masiva a través de todos los medios de la ciudad, quienes hicieron especial énfasis en el enjuiciamiento y no en las razones del mismo, lo cual generó una repercusión fuertemente crítica hacia los tres jueces que volvió a reflotar las acusaciones hechas hacía años a Orsini. Además de lo mencionado, resulta elemento clave para cuestionar este tipo de lógicas el hecho de que la misma aplicación de esta causal de enjuiciamiento ya había entrado en cuestionamiento previamente y se encontraba en medio de un planteo de inconstitucionalidad, en el cual posteriormente se falló favorablemente, aspectos que fueron absolutamente desconocidos en el comunicado del colegio y las notas periodísticas posteriores.

El artículo 16 de la Ley Provincial 14.967 había sido declarado inconstitucional en sentencia de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Plata, integrada por los jueces Sosa Aubone y López Muro, la cual llegó a Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, quien falló a favor de su inconstitucionalidad en autos del 24 de septiembre de 2020 "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/Recurso de Inconstitucionalidad en Expte. Nº 492/18 seguido a López Muro, Jaime Oscar y Sosa Aubone, Ricardo Daniel". En esta sentencia se sostuvo que "La problemática norma legal desoye todo esto. Por encima del loable fin de tutelar a los profesionales del derecho y establecer retribuciones dignas por su labor, el art. 16 despoja a la judicatura de uno de sus atributos primordiales y cancela un arbitrio que, aunque excepcional, puede ser necesario para evitar graves distorsiones derivadas de la aplicación mecánica del 14 marco normativo en materia de regulación de los honorarios" y se discutió fuertemente con la idea de aplicar sanciones basadas en el contenido de las sentencias, señalando que "El propósito del juicio político no es la corrección de los desaciertos jurídicos de un fallo. Procura otra cosa: determinar si el magistrado ha incurrido en mal desempeño; si ya no reúne los requisitos que la ley y la Constitución exigen para honrar una función de tan elevada responsabilidad (CSJN Fallos: 342:2298). Por consiguiente, la incoación del actual trámite de enjuiciamiento a los miembros de un tribunal de alzada por haber ejercido la jurisdicción al pronunciar un fallo debidamente fundado, no sólo alejado de cualquier arbitrariedad sino, para más, prima facie ajustado a derecho, carece de razón plausible".

#### **Conclusiones**

A pesar del visible tiempo que transcurrió entre las situaciones descritas anteriormente, ambas tienen puntos en común. Por un lado, en ambos supuestos tuvo lugar una conjugación de elementos que involucran el uso de los medios para una crítica a sentencias que no resultan favorables o un desprestigio a la persona que las emite.

Por otro lado, a pesar de que el Lawfare se ha hecho conocido como una práctica de persecución a figuras directamente insertas en la política partidaria, debe reconocerse que en este caso se incurrió en una práctica propia del mismo: el uso de herramientas jurídicas para afectar a adversarios. Se reitera que la defensa a los honorarios profesionales es importante por razones alimentarias y de respeto a la profesión, y a la vez debe reconocerse que la actitud del Colegio claramente tenía intenciones de protección a sus afiliados, pero la forma en la que se difundió el caso a nivel mediático resultó en un perjuicio extraordinario para los jueces involucrados. Además, y más allá del caso concreto, debe tenerse presente lo especialmente gravosa que resulta una regulación legal con causales excesivamente amplias o extremas de aplicación de enjuiciamiento, las cuales pueden peligrosamente afectar a la independencia judicial. Esta institución resulta relevante y necesaria en el mundo jurídico para garantizar el correcto desempeño de la profesión, mas debe contemplarse como un mecanismo de última ratio, pudiendo aplicarse sanciones disciplinarias preventivamente.

Para culminar, y atento todo lo dicho, hay que dejar en claro que el Lawfare resulta una práctica perjudicial que atenta contra la vida democrática de una manera muy imperceptible en varios casos, por lo que es necesario una profundización en su estudio y una correcta intervención contra el mismo para poder volver a contar con un Poder Judicial que transmita confianza y que cuente con el apoyo popular.

## Bibliografía

Agostino, E. (2018). La "política antilaboral" del PRO: El trabajo al servicio del mercado. Trabajo y Derechos Humanos, (5), 11-22. Recuperado de <a href="http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2020/11/Trabajo-y-Derechos-Humanos-V-diciembre-2018.pdf">http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2020/11/Trabajo-y-Derechos-Humanos-V-diciembre-2018.pdf</a>

Cabral, P. O. (2018). La judicialización de la política: Propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico. *Trayectorias Universitarias*, *4*(7), 3-16.

Corva, M. A. (2019). ¿Quién juzga a los que juzgan? El enjuiciamiento de magistrados en la provincia de Buenos Aires (Argentina, 1821-1878). IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 13(43), 91-121.

Freedman, D. (2013). Algunos problemas en el enjuiciamiento de magistrados. En E. M. A. Regueira, *Estudios de Derecho Público* (1.ª ed., pp. 655-688). Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad de Buenos Aires.

Romano, S. M. (2019). *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina* (1.ª ed.). Marmol Izquierdo. Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (Celag).

Recuperado de <a href="https://www.celag.org/leer-lawfare-online/">https://www.celag.org/leer-lawfare-online/</a>