

# III Actas del Congreso Nacional de Derecho

*Homenaje al Profesor  
Jorge Oscar Cañón*

Cecilia Bertolé  
Lucía Colombato  
Helga Lell  
(Compiladoras)



FACULTAD DE CIENCIAS  
ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

Universidad Nacional de La Pampa



Actas del

# II Congreso Nacional de Derecho

*Homenaje al Profesor Jorge  
Oscar Cañón*

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Universidad Nacional de La Pampa

Santa Rosa, La Pampa

4 y 5 de octubre de 2018

Cecilia Bertolé

Lucía Colombato

Helga Lell

(Compiladoras)



## **EdUNLPam**

Presidenta:

María Claudia Trotta

Director:

Rodolfo David Rodríguez

Consejo Editor:

- Daniel Buschiazzo
- María Marcela Domínguez
- Victoria Aguirre
- Ana María T. Rodríguez / Stella Shmite
- Celia Rabotnikof / Santiago Ferro Moreno
- Lucia Colombato / Rodrigo Torroba
- Paula Laguarda / María Silvia Di Liscia
- Graciela Visconti / Alberto Pilati
- Mónica Boeris / Ricardo Tosso
- Griselda Cistac / Patricia Lázaro

Diseño: Helga Lell

**ISBN: 978-950-863-353-8**

Cumplido con lo que marca la ley 11.723

EdUNLPam – Año 2019

Cnel. Gil 353 - CP L6300DUG

SANTA ROSA - La Pampa – Argentina

## **Autoridades de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas**

Decano

Mg. Francisco Gabriel MARULL

Vice Decana

CPN María Ignacia MONASTERIO

Secretaria de Investigación y Posgrado

Mg. Lucia Carolina COLOMBATO

Secretario Académico

CPN Fernando COLLI

Secretario Administrativo

CPN Mauricio Norberto FERRETTI

Secretario de Extensión Universitaria y Vinculación con los graduados

Abog. Rodrigo TORROBA

Secretaria del Consejo Directivo

Sra. Alejandra Angélica BAUMAN

## Índice

LA HISTORIA INSTITUCIONAL DE LA PAMPA Y SU ENSEÑANZA EN LA ESCUELA SECUNDARIA EN SANTA ROSA, LA PAMPA. 2018-2020..... 1

Edith Alvarellos

UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa, Argentina

Daniela Escobar

UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa, Argentina

APROXIMACIÓN DE LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA EN LAS ESCUELAS SECUNDARIAS PAMPEANAS EN TORNO AL DEVENIR INSTITUCIONAL DE LA PAMPA ..... 13

Silvana Brandan

UNLPam, FCH; MEdSec-Sup, Santa Rosa, Argentina

Daniela Escobar

UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa, Argentina

MÍNIMAS DIFERENCIAS: UN REPASO POR LOS CASOS DE LA CORTE QUE SE DECIDIERON POR DIFERENCIA DE UN VOTO ..... 27

Gustavo Arballo

UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa, Argentina

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: LA INCLUSIÓN NORMATIVA DE LA PERDIDA DE CHANCES 38

Ivana Cajigal Cánepa

UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa, Argentina

¿SON LOS PUEBLOS INDÍGENAS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO? ..... 56

Lucía C. Colombato

UNLPam, FCEyJ, CICJ y ODH, Santa Rosa, Argentina

PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS INTENDENTAS EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA. UN ENFOQUE SOBRE LAS GESTIONES QUE SE DESARROLLAN ACTUALMENTE (2018)..... 67

Alejandro Gabriel Correa

UNLPam, FCH, Santa Rosa, Argentina

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ..... 80

Cynthia Diner

UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa, Argentina

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO? O DERECHO AMBIENTAL COMO RAMA INDEPENDIENTE? ES POSIBLE PLANTEAR EN ARGENTINA EL DERECHO A LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS?..... 92

Cecilia Inés Domínguez

UBA, Facultad de Derecho, CABA, Argentina

DERECHO ANIMAL EN ARGENTINA. ANALISIS DEL ART 41 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y DE LA LEY 14.346 ..... 108

Cecilia Inés Domínguez

UBA, Facultad de Derecho, CABA, Argentina

ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: REMOCIÓN DE BARRERAS PARA SU EFECTIVA VIGENCIA..... 122

Eliana Mariel Ferrero

UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa, Argentina

MEDIACIÓN COMUNITARIA COMO ESTRATEGIA DE ALERTA TEMPRANO Y RESPUESTA OPORTUNA, UN CAMINO ARTESANAL. .... 137

María Gimena Funes

Universidad de Alcalá de Henares

LAS PERSONAS MAYORES COMO COLECTIVO EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. SU VINCULACIÓN CON EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN..... 159

Juan Ignacio Garro

UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa, Argentina

LA FALTA DE CORRESPONDENCIA DEL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN PENAL CON EL SISTEMA ACUSATORIO EN LA PAMPA. LAS LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE PERSECUCIÓN DE LA VÍCTIMA..... 184

María Elena Grégoire

UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa, Argentina

INFANCIA, PARTICIPACIÓN Y ACCESO A LA JUSTICIA: HACIA EL RECONOCIMIENTO EFECTIVO DEL NIÑO COMO SUJETO PROCESAL.. ..... 204

Laura Noemí Lora

UBA, Facultad de Derecho, CABA, Argentina

Paula Noelia Bermejo

UBA, Facultad de Derecho, CABA, Argentina

LOS SONIDOS DEL EMPODERAMIENTO, TAMBORAS EN LA PAMPA ..... 224

Joana Manavella

UNLPam, FCH, Instituto Interdisciplinario de Estudios de la Mujer, Santa Rosa, Argentina

LA JUSTICIA EN LA PAMPA. UN REPASO POR LOS PROCESOS DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y VIOLENCIA SEXUAL ..... 232

Mónica Adriana Morales

UNLPam, FCH, Instituto Interdisciplinario de Estudios de la Mujer, FCH, Santa Rosa, Argentina

EL CONTROL DE LA URGENCIA, REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA Y VALIDEZ CONSTITUCIONAL ..... 245

José Carlos Moslares

UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa, Argentina

LA INVISIBILIDAD DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA VIOLENCIA EN LAS FAMILIAS ..... 254

Silvana A. Rodríguez Musso

UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa, Argentina

DESDE LA TRANSMISIÓN DE CONOCIMIENTOS A LA CONSTRUCCIÓN DEL CONOCIMIENTO EN EL PROCESO ENSEÑANZA-APRENDIZAJE EN EL MARCO DEL NUEVO PLAN DE ESTUDIOS DE CARRERA DE ABOGACÍA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS DE LA UNLPAM.... 266

Mariana Soto

UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa, Argentina

LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO EN MATERIA DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS E INTERESES COLECTIVOS ..... 276

Mariana Soto

UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa, Argentina

EL ESTADO COMO SUJETO SUPUESTO SABER. LAS RECOMENDACIONES DE LA FIA Y LA CIRCULACIÓN DEL SABER EN LA TEORÍA DE LOS DISCURSOS DE LACAN. .... 287

Héctor Manuel Tedín (h)

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN SU PARTICIPACIÓN EN PROCESOS JUDICIALES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: LINEAMIENTOS PARA EL DISEÑO DE UNA NORMATIVA PROVINCIAL. .... 298

Esteban Torroba

UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa, Argentina

Martín Sebastián Malgá

UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa, Argentina

ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EDUCACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. ESTÁNDARES PARA LA ACREDITACIÓN DE LAS CARRERAS DE ABOGACÍA ..... 320

María Verónica Piccone

CIEDIS- UNRN, Viedma, Río Negro, Argentina. UNLP, FCJyS; La Plata, Argentina

COMENTARIOS AL PROTOCOLO DE INTERVENCIÓN ANTE VIOLENCIAS Y DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN LA UNLPAM..... 335

Daniela Zaikoski

UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa, Argentina

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DAÑO. SU IMPACTO EN EL DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL ¿PODEMOS MEDIR EL IMPACTO QUE PRODUJO LA PUESTA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL? ¿INFLUYÓ EN EL DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL?..... 352

Norma Martínez

UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa, Argentina

UNA MIRADA CONSTITUCIONALIZADA Y CONVENCIONALIZADA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ... 360

María Victoria Rambur

UNLPam, FCEyJ

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL DESARROLLO EMPRENDEDOR. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PROVINCIAL ..... 367

Edith Alvarellos

UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa, Argentina

Jorge Alberto Marchisio

UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa, Argentina

María Inés Bernal

UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa, Argentina

POLÍTICAS PÚBLICAS VIGENTES PARA EL DESARROLLO EMPRENDEDOR. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA NACIONAL ..... 380

Alejandra Mercedes Galán

UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa, Argentina

Rocío Anahí González

UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa, Argentina

Lucas A. Roldán Schreiber

UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa, Argentina

RESPONSABILIDAD SOCIAL: UN ESPACIO CURRICULAR EN EL MARCO DE LAS NORMATIVAS UNIVERSITARIAS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE .....	394
--	-----

Raúl Fernando Ortiz

UNS, DCA, Bahía Blanca, Argentina

# LA HISTORIA INSTITUCIONAL DE LA PAMPA Y SU ENSEÑANZA EN LA ESCUELA SECUNDARIA EN SANTA ROSA, LA PAMPA. 2018-2020<sup>1</sup>

Edith Alvarellos  
UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa,  
Argentina

Daniela Escobar  
UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa,  
Argentina

## 1. Presentación del proyecto

En la presente ponencia, se comentan algunos aspectos del proyecto de investigación titulado “La historia institucional de La pampa y su enseñanza en la escuela secundaria en Santa Rosa, La Pampa, durante el periodo 2018-2020”.

La iniciativa de realizar esta investigación, parte de la situación educativa de formación (competencias y saberes básicos) de los estudiantes ingresantes y, en especial, de sus rendimientos académicos en la cátedra durante los últimos tres años.

De acuerdo con el Plan de estudio en la carrera de Abogacía y Procurador, la materia Historia Constitucional, es uno de los tres espacios curriculares a cursar en el primer año durante el primer cuatrimestre. Las tres materias presentan una intensidad de lecturas a las que los ingresantes no están acostumbrados a llevar a cabo. A esto, se le suma el detalle de que las tres materias contemplan el sistema de promoción, lo cual implica un ritmo sostenido e intenso del proceso de aprendizaje, en un momento en el que también se están insertando en el ámbito de la enseñanza superior. Esta suma de complejidades conlleva mayores dificultades en los aprendizajes y repercute en los porcentajes potenciales de aprobación, desaprobación y/o deserción.

Durante el despliegue de la cursada, se presenta un elevado número de estudiantes frente a un plantel docente con dedicación reducida, lo que impide por un lado, la realización de un temprano diagnóstico que permita preparar y/o modificar el conjunto de estrategias didácticas. Por el otro, se generan complicaciones en el proceso de enseñanza para

---

<sup>1</sup> El proyecto (CD. Exp 151/18) se encuentra en etapa de evaluación externa, contando con una primera evaluación positiva. Directora: Mg. Edith Alvarellos, investigadores Esp. Daniela Escobar y la Prof. Silvana Brandan. Los auxiliares de investigación, los estudiantes Gimena Formiglia (abogacía) y Julián Ghisio (Profesorado en Historia).

establecer un correspondiente seguimiento pedagógico y una comunicación personalizada; para así contribuir por una mayor permanencia de los ingresantes en el sistema educativo superior.

Sin embargo, el equipo docente de la cátedra reconoce y atiende a un conjunto de estudiantes ingresantes muy heterogéneos por las diferentes situaciones socioeconómicas, culturales y de trayectorias educativas.

En lo referido al plano educativo, de la formación general, se identifican muchas falencias en cuanto el dominio de técnicas de estudios y la preparación conceptual y de procesos históricos no solo en la Historia Constitucional, sino también, de la Historia Institucional de La Pampa. El déficit de estos saberes tiene su impacto en el nivel de aprobación de la cursada (50% de desaprobación).

Por todo este panorama, parte del equipo docente de la cátedra, nos proponemos realizar una indagación exploratoria de la enseñanza de la Historia en el ciclo secundario, centrándonos en los contenidos de la Historia Institucional de la Pampa presente en los mismos; teniendo en cuenta las diferentes orientaciones de las escuelas secundarias y tomando como base lo definido por los Núcleos de Aprendizajes Prioritarios (NAP) y los Materiales Curriculares, tanto para el ciclo Básico como Orientado.

La indagación se concentrará en la ciudad de Santa Rosa seleccionándose diversas escuelas de la ciudad y en particular a los cursos de 6tos y 5tos años de las mismas como instancia exploratoria.

Nuestro interés es recuperar los abordajes didácticos (selección de contenidos, los recursos y las metodologías áulicas) con el propósito de contar con un conjunto de información que nos permita reconocer y anticipar un marco de referencias (preconceptos y conceptos) de los estudiantes ingresantes en la carrera de Abogacía y Procuración.

Esta anticipación permitirá identificar el panorama de los “modos de pensar” de los estudiantes ingresante sobre la Historia en general y de la Historia Institucional de La Pampa en particular.

La información relevada será un valioso insumo para el equipo docente de la cátedra a los efectos de definir las estrategias de enseñanza que contribuyan a generar conocimiento científico; y a su vez, contribuir a la mejora del índice de aprobación de la cursada.

## **2. Dificultades concretas en la enseñanza de la Historia Constitucional**

Desde el inicio de la cursada, tanto en las instancias de las clases teóricas como prácticas, se puede identificar un conjunto de dificultades comunes en torno al aprendizaje, diferenciándose los siguientes puntos:

- La calidad en la formación general, no solo relacionado a los contenidos y procesos de la Historia sino al marco de la cultura general (filosófico, político, económico, etc.) procedente del nivel secundario.
- La reducida práctica lectora, de escritura y de oralidad, acompañado por importantes dificultades de comprensión lectora y de vocabulario general.
- El predominio de un aprendizaje memorístico en desmedro de las prácticas interpretativas, comparativas y/o relacionales.
- Las competencias son limitadas y se evidencian en los inconvenientes para coordinar los tiempos de lecturas, el manejo de sistemas de apuntes y elaboraciones de síntesis.
- La presencia de escaso manejo y diversidad de técnicas de estudio (desconocimiento o falta de rutinas)
- La integración al mundo académico presenta un ritmo lento frente a las exigencias académicas, agravadas por las cursadas simultáneas (y gran ansiedad frente a las materias de promoción).

Otras problemáticas más centradas en lo referido a la cátedra Historia Constitucional, se puede mencionar los siguientes puntos:

- Aprendizajes erróneos o mal aprendidos, de conceptos históricos-jurídicos, de procesos históricos-políticos nacionales y de las doctrinas filosóficas – políticas básicas.
- Importante desconocimiento del pasado de la región y de conceptualizaciones como Territorios Nacionales, democracia limitada, etc.
- Dificultades en la comprensión en los devenires simultáneos de las regiones con el nivel macro-regional (Espacio Río de la Plata: Litoral, Interior, Cuyo)
- Impedimento en reconocer las posturas historiográficas y doctrinales de las fuentes históricas-jurídicas.

- Limitaciones para contextualizar y analizar comparativamente los pactos, tratados y constituciones con sus interrelaciones al momento histórico que los determinaron.
- Desconocimiento básico de un vocabulario jurídico y de procedimientos legales.

Esta situación, en general, es lo predominante y se refleja en los resultados negativos durante los primeros exámenes parciales, lo cual incide en muchos casos, en la continuidad o abandono de la vida universitaria.

Para evitar una temprana deserción es deseable que los estudiantes se incorporen a la vida académica del modo menos traumático posible, y para ello exige que (en poco tiempo) desarrollen, consoliden y modifiquen sus hábitos de estudios, y adquieran un ritmo académico que le permitan desenvolverse con independencia en el resto de las materias. En lo referente a la materia, Historia Constitucional, los estudiantes tendrán que desarrollar las siguientes competencias específicas:

- Formación general: incorporar estrategias de lecturas (exploratoria, analítica, comprensiva, etc.), desarrollar la oralidad con capacidad argumentativa, el análisis comparativo, la coordinación lógica de las bibliografías con sus fuentes, y el trabajo en equipo.
- Formación en lo histórico: la contextualización témporo-espacial, el devenir de las instituciones y de los grupos sociales intervinientes con sus espacios de poder.
- Formación en lo normativo: la aplicación práctica y funcional de las legislaciones y tratados, la utilización de un lenguaje específico y razonamiento de lo jurídico, y la capacidad de focalizar los problemas desde un enfoque multidisciplinar.
- Formación en lo ideológico: identificar las distintas corrientes historiográficas, reconocer las connotaciones culturales, doctrinales, sociales y políticas de los hechos, procesos y actores.

### **3. Presentación de la problemática**

Una vez expuestas las características generales y singulares del estudiantado y de las expectativas de la cátedra, es importante señalar que la misma desarrolla sus actividades de enseñanza desde la visión pedagógica de la “Perspectiva Epistemológica” (Eggen y

Kauchak, 1999), y considera al proceso de aprendizaje como una construcción activa por parte de los alumnos y de una enseñanza dinámica desde los docentes.

Los docentes desde esta perspectiva, desempeñan las tareas de guiar y mediar en el camino para alcanzar el pensamiento superior y crítico de los estudiantes.

Entonces, la enseñanza de la Historia, y en particular de la Historia Constitucional, se la entiende como una relación dinámica y pensante, para alcanzar no solo una enseñanza eficaz sino un aprendizaje pensante y crítico en los estudiantes.

También se considera fundamental este marco pedagógico para la enseñanza de la Historia Constitucional, porque en el plan de estudios de la carrera de Abogacía y de Procuración de la UNLPam, se incluye una sola asignatura que brinde un abordaje crítico e histórico sobre las instituciones, legislaciones y constituciones. De esta manera, los estudiantes pueden reconocer y recuperar las distintas vertientes ideológicas y doctrinales (académicas y/o políticas) como expresiones del devenir de las sociedades.

El estudio de los avatares de la formación del Estado nacional y de las particularidades regionales (en nuestra Casa de estudio, se realiza hincapié en los Territorios Nacionales), permite comprender la historicidad de las legislaciones, pactos y modelos constitucionales, así como las formas de actuar de los distintos actores involucrados.

De esta manera, la indagación contextualizada de los procesos de la historia argentina y regional, como también su panorama general con el Derecho, contribuye a la formación del abogado como un profesional crítico y no un mero técnico jurídico.

Además, los aportes que brinda la cátedra de Historia Constitucional a los alumnos, constituirán la base epistemológica que les servirán para la correlación en otras materias, especialmente Derecho Constitucional, porque no solo incorporan un vocabulario específico junto con el análisis histórico de legislaciones, sino que se apropian de los instrumentos analíticos necesarios para comprender el devenir que condujeron a las características actuales de las instituciones vigentes.

Para la aprehensión de los saberes que hacen a la ciencia del Derecho, adquiridos en esta primera fase de aprendizaje, el abordaje de la Historia Constitucional se realiza desde dos fuentes concurrentes a los efectos de una mejor comprensión de su significación: desde lo normativo y desde lo doctrinal. Lo normativo refiere al análisis de las fuentes integradas por pactos, constituciones y toda otra normativa jurídica desplegada a lo largo de la historia argentina. Lo doctrinal, en cambio es la búsqueda de las circunstancias que

dieron origen a aquellos cuerpos normativos, para lo cual es válido recurrir a las actas de Congresos, publicaciones que den cuenta del clima de época, etc. El historiador constitucionalista Varela Suanzes-Carpegna (2015: 15) lo expresa de la siguiente manera: “Aunque resulta inevitable que el historiador del constitucionalismo centre su atención en una de estas dos perspectivas lo deseable es que conjugue ambas”.

Entonces, la problemática que trata de indagar el presente proyecto es sobre las características de formación general de los estudiantes ingresantes, la cual se refleja como ambigua, errónea o nula sobre las principales temáticas del orden histórico y jurídico referido a la Historia Institucional en general y en especial las de La Pampa.

Los objetivos que guían el proyecto serán de reconocer los procesos históricos trabajados en la escuela secundaria, teniendo en cuenta los arribos didácticos y profundidad. También se recuperaran las ideas básicas o pre-concepciones de los estudiantes secundarios sobre un conjunto de saberes generales relacionado a lo institucional de La Pampa. Y por último, se pretende reconstruir un marco referencial de concepciones e ideas de los alumnos secundarios para crear estrategias didácticas para los estudiantes ingresantes en el nivel superior.

Por último, el proyecto parte de la situación hipotética de que los resultados no favorables en los porcentajes de promoción en la cátedra Historia Constitucional, se deben en primer lugar, a que los estudiantes ingresantes inician la materia con ideas o preconcepciones confusas, equivocadas y/o no aprendidas, con distintas apreciaciones sobre la importancia atribuida a la materia y con carencia o dificultades en sus técnicas de estudio.

En segundo lugar, las características de la Enseñanza de la Historia en la escuela secundaria, los temas relacionados a la Historia institucional de la Pampa dependen de la formación del docente (profesor de historia, de ciencias políticas, abogado), el interés y tiempo del docente porque no son saberes establecidos en la NAP del Ministerio de Educación y Deporte de la Provincia de manera prioritaria, sino derivados de otros núcleos temáticos.

Y en tercer lugar, el equipo docente no dispone de un marco referencial de los estudiantes ingresantes dando por aprendidos y aprehendidos un conjunto de conceptos y procesos básicos de la materia.

#### **4. Estado de la cuestión y marco teórico**

Varela Suanzes-Carpegna (2013) define a la Historia Constitucional como una rama de la Historia en confluencia con importantes contenidos del Derecho. Su objeto de estudio es el devenir del Estado Moderno en las sociedades occidentales, incluyendo a sus constituciones, reformas e instituciones políticas; los cuales se encuentran influidos por el contexto sociocultural, los pensamientos políticos, los intereses grupales y las doctrinas de un momento y lugar determinado. En relación a esta idea, Zimmerman (2012) caracterizó a la Historia Constitucional como el estudio de “la ley como espejo de la sociedad”, donde los hechos fundacionales no son casualidades sino causalidades y manifestaciones o expresiones de grupos de poder. Por otra lado, Galletti (1987) nos ofrece otro punto de vista, sobre la conveniencia de usar la denominación de Historia Institucional por ser más amplia que Historia Constitucional; y resume sus contenidos dentro de una rama de la ciencia jurídica, abordando el estudio de la o las constituciones, las relaciones con la formación y fundamento de los gobiernos, para lo cual esta disciplina cabalga entre la historia y el derecho, atendiendo a las influencias socio económicas, culturales y del territorio.

Tanto desde la perspectiva de la investigación como de la enseñanza de la Historia Constitucional, la actividad no se limita en ensamblar la perspectiva normativa e institucional con los contextos socioculturales, ideológicos o intelectuales. Es importante arribar a una “mirada histórica” para abordar la compleja y dinámica realidad del devenir de las instituciones, de los acuerdos y pactos, de los momentos fundacionales constitucionales y de los cambios políticos como económicos. Esta postura, tanto para la investigación como para su enseñanza, exige un fortalecimiento metodológico desde las Ciencias Sociales para complementar los aportes de la Historia y del Derecho.

En este proyecto, el interés está puesto en reconocer y reconstruir el marco referencial con que los alumnos ingresan a las carreras de Abogacía y Procuración, con la meta de introducirlos rápidamente en el pensamiento histórico, siendo un proceso que involucra estrategias específicas desde la Enseñanza de la Historia, que los encaminarán a adoptar una visión crítica, relacional y dinámica frente a los distintos relatos narrativos históricos y jurídicos.

La Enseñanza de la Historia, es una línea de investigación de fines del siglo XX con una producción importante en la Argentina, cuyos aportes son claves en nuestra investigación,

porque estudian las estrategias didácticas y los contextos de producción de textos elaborados en las escuelas secundarias, para que los estudiantes construyan una mirada crítica y una forma histórica de pensar. Siguiendo los lineamientos de Carretero (2004, 2010a, 2010b), Bain (2005), De Amézola (2008), Benejam y Pagés (1997), Plá (2012) y Cañueto (2014), es fundamental acercarnos al mundo de la escuela secundaria de Santa Rosa (aunque de manera exploratoria y parcial) y los abordajes didácticos desarrollados en relación a los saberes institucionales pampeanos, para poder reconocer y reconstruir (con una realidad de base empírica), un marco referencial de conceptos e ideas con que llegan los estudiantes ingresantes en la carrera de Abogacía y Procuración.

En la escuela secundaria, durante el proceso de la Enseñanza de la Historia, consideramos claves el análisis de los procesos de construcción o configuración de contenidos desde los NAP, las planificaciones y programas de estudios por parte de los docentes, y las propuestas didácticas áulicas en torno a conceptos y procesos institucionales de La Pampa. Por ejemplo, cuáles son los niveles de pretensiones pedagógicas sobre que saber de la Constitución, la Ley, Estado, Derecho, y -en relación a nuestro interés específico-, la situación de la enseñanza de las categorías de Territorios Nacionales y constituciones provinciales.

## **5. Metodología y técnicas de investigación**

La investigación se enmarcará dentro de la perspectiva de la Enseñanza de la Historia implicando actividades desde la interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales, tales como la observación áulica, sistemas de entrevistas semi-estructuradas en docentes y alumnos, propios de la Etnografía y la Sociología. También desde la Pedagogía, la Historia y el derecho al estudiar las planificaciones y propuestas didácticas docentes. Esta variedad de estrategias para obtención de datos, creación de fuentes, reflejan la complejidad de esta corriente de investigación.

Las técnicas que prevalecerán serán: rastreo y diagnóstico de conocimientos previos al ingreso, análisis de documentos, observaciones de clases, entrevistas semi-estructuradas y encuestas semi-abiertas.

El trabajo de campo de centrará -en esta investigación- en escuelas de nivel medio de Santa Rosa, iniciándose con los colegios secundarios Zona Norte, Panguitruz Gner, 9 de

Julio y Clemente Andrada, para después ir incorporando todas las instituciones educativas secundarias de la ciudad.

Durante el segundo año, se volverán a repetir las indagaciones en estos mismos colegios porque es necesario conocer por lo menos dos cohortes para tener mayores certezas en cuanto al aprendizaje áulico y el bagaje de conocimientos que los alumnos poseen. También se prevé la incorporación de otras escuelas medias de la ciudad para obtener una mayor variedad de datos.

Se proyecta para una futura indagación poder realizar un abordaje más amplio, incluyendo algunas escuelas del interior de la Provincia, de donde provienen un porcentaje importante de los estudiantes ingresantes.

## **6. Cronograma de trabajo**

En una primera parte, se realizará un trabajo de campo en las escuelas secundarias en la ciudad de Santa Rosa, para relevar información cuantitativa y cualitativa de las planificaciones y las estrategias didácticas de los docentes en los espacios de Historia y Construcción de la Ciudadanía. Se complementará con un rastreo de ideas previas de los saberes sobre la historia de La Pampa en los alumnos a partir de encuestas semiestructuradas. En una segunda parte, se llevará adelante el análisis para reconstruir la situación actual de la enseñanza de la Historia y reconocer los aprendizajes erróneos y/o mitos de la Historia institucional de La Pampa, para finalmente elaborar estrategias metodológicas sustentadas en artículos científicos.

El trabajo está dividido en dos años. Durante el primer año, en el primer trimestre, se diseñó el presente plan de investigación y se conformó el equipo de trabajo. También se seleccionó los primeros colegios secundarios para iniciar nuestra indagación y se inició la socialización del proyecto con las autoridades de escuelas elegidas.

Durante el segundo trimestre, se coordinarán los horarios de las materias seleccionadas para la indagación y presentación con los docentes de las instituciones. Después, se iniciarán los trabajos de campo, que consistirá en observaciones de clases, relevamiento y diagnóstico, entrevistas a docentes y encuestas a los alumnos.

En el tercer trimestre, se planifica la finalización del relevamiento de datos y se procederá a la etapa de proceso de análisis cualitativo y cuantitativo de las entrevistas y encuestas.

En el cuarto trimestre, se continuará con la elaboración de un marco referencial de los saberes generales al Derecho y al devenir institucional pampeano que servirá para planificar un conjunto de estrategias y dispositivos para la enseñanza de la Historia Constitucional en la facultad.

Se establece para el segundo año de investigación, durante el primer trimestre, la definición de las estrategias y dispositivos didácticos a partir del marco referencial obtenido para los ingresantes de 2020. También se comunicarán a las escuelas indagadas los resultados parciales obtenidos y se procederá a establecer contactos con escuelas secundarias del interior de la provincia.

Durante el segundo y tercer trimestre, se realizará el trabajo de campo semejante a lo desarrollado durante el primer año del proyecto.

En el último trimestre, se procederá a realizar el informe final del proyecto y la socialización de los resultados en todas las escuelas secundarias abordadas.

El proyecto abarca dos años porque es necesario conocer por lo menos dos cohortes para tener mayores certezas en cuanto al aprendizaje áulico y el bagaje de conocimientos que los alumnos poseen.

## **7. Referencias bibliográficas**

- Bain, R. (2005). “Ellos pensaban que la tierra era plana? Aplicaciones de los principios de como aprende la gente en la enseñanza de la Historia en la Educación Secundaria”, disponible: <http://www.eduketa.org/pdfdir/ComoAAprendenLosEstudiantes.pdf> .
- 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.
- Carretero, M. y Castorina, J. (2010). La construcción del conocimiento histórico. Bs. As. Ed. Piados.
- Carretero, M., Kriger, M. (2010) “Enseñar la historia e identidad nacional a través de las efemérides escolares”, en La construcción del conocimiento histórico. Bs. As. Ed. Piados.
- Carretero, M y Voss, J.F. (comp.) (2004). Aprender y pensar la historia. Buenos Aires. Ed. Amorrortu.

- 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.
- Eggen, P. D. y Kauchak, D. P. (1999). Estrategias docentes: Enseñanza de contenidos curriculares y desarrollo de habilidades de pensamiento. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- Fairstein, G. (2013). "Enseñanza del Derecho: de la formación de abogados a la escuela básica". Revista Digital Carrera y Formación Docente. Facultad de Derecho. UBA. Año II, N°2. Pp.: 91-103.
- Galletti, G. (1987). Historia Constitucional Argentina. Ed. LEP. La Plata. Buenos Aires. Tomo I.
- Hernández Rojas, G. (1999). La zona de desarrollo próximo. Comentarios en torno a su uso en los contextos escolares. Revista Perfiles Educativos, N° 86.
- Maestro González, P. (1997) "Historiografía, didáctica y enseñanza de la Historia", en La concepción de la Historia enseñada. Clío y Asociados. La historia enseñada, n° 2, UNL, Santa Fe, disponible en : [http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8180/publicaciones/bitstream/1/2426/1/CLIO\\_2\\_1997\\_pag\\_9\\_21.pdf](http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8180/publicaciones/bitstream/1/2426/1/CLIO_2_1997_pag_9_21.pdf).
- Plá, S. (2012). La enseñanza de la historia como objeto de investigación. Revista Secuencia. N° 83. Setiembre-diciembre. Pp. 163-184.
- Sánchez, A. (2013). Competencias transversales: una mirada actual. Obtenido de Universidad de los Lagos Chile: <http://www.open.edu/openlearnworks/mod/page/view.php?id=35771>. Consultado: 30/10/2017.
- Sanchez, L.; García, C.; Gregoire Gabriel. 2016. La enseñanza de la historia en debate: ¿enseñar desde el presente o para el presente?. Ed. EdUNLPam, Santa Rosa, La Pampa. 1era Edición.
- Santisteban, A.; González, N.; Pagès, J. (2010). "Una investigación sobre la formación del pensamiento histórico", en Ávila, R. M., Rivero, P, Domínguez, P. Metodología de investigación en didáctica de las ciencias sociales. Zaragoza: AUPDCS-UNIZAR.

Varela Suanzes-Carpegna, J. (2007). “Algunas Reflexiones metodológicas sobre la Historia Constitucional”. Revista Historia Constitucional. N° 8. Septiembre. Pp.: 245-259.

Zavala A (2012). Mi clase de historia bajo la lupa, Montevideo, editorial Trilce.

Zimmermann E. (2012). Constitucionalismo, historia del derecho e historia política: ¿El retorno de una tradición historiográfica?. Revista PolHis. Año 5. N°10. Segundo Semestre. Pp.: 36-42

# **APROXIMACIÓN DE LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA EN LAS ESCUELAS SECUNDARIAS PAMPEANAS EN TORNO AL DEVENIR INSTITUCIONAL DE LA PAMPA<sup>1</sup>**

Silvana Brandan  
UNLPam, FCH; MEdSec-Sup, Santa Rosa, Argentina

Daniela Escobar  
UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa, Argentina

## **1. A modo de introducción**

En el presente trabajo se expone una primera aproximación sobre la problemática de la enseñanza de la Historia, especialmente de la Historia Institucional de La Pampa, en las escuelas secundarias en la ciudad de Santa Rosa, provincia de La Pampa.

La tarea indagatoria se desprende del espacio curricular de Historia Constitucional, cuya motivación se originó por las condiciones formativas (competencias y saberes básicos) de los estudiantes ingresantes en la carrera de Abogacía y Procuración. Las características formativas en los saberes históricos como en las ciencias sociales, complican los rendimientos académicos (los niveles de aprobación) y las posibilidades de continuidad en la carrera por parte de los estudiantes.

La materia Historia Constitucional, es uno de los tres espacios curriculares (junto con Introducción al Derecho e Introducción a la Sociología) que se cursa durante el primer cuatrimestre. Las tres materias exigen al estudiantado una rápida adaptación como integración a la vida académica universitaria. Es el momento en que se pone en juego las competencias formativas provenientes del nivel medio, denotando importantes y diversas falencias que podemos agruparlas en generales y específicas.

Las dificultades en las competencias generales, se refieren a las limitaciones en el dominio de las técnicas de estudios y en los niveles de lecto-comprensión. En cuanto a

---

<sup>1</sup> La presente ponencia está enmarcado dentro del PROYECTO DE INVESTIGACIÓN: LA HISTORIA INSTITUCIONAL DE LA PAMPA Y SU ENSEÑANZA EN LA ESCUELA SECUNDARIA EN SANTA ROSA, LA PAMPA. 2018-2020 (CD. Exp 151/18), y se encuentra en etapa de evaluación externa, contando con una primera evaluación positiva. Directora: Mg. Edith Alvarellos, investigadores Esp. Daniela Escobar y la Prof. Silvana Brandan. Los auxiliares de investigación, los estudiantes Gimena Formiglia (abogacía) y Julián Ghisio (Profesorado en Historia).

Historia, se entiende a la preparación en los procesos históricos; los cuales son erróneos, ambiguos y memorísticos, tanto a lo relacionado con la Historia Argentina en general, y escasos con respecto a la Historia de La Pampa.

En función al panorama expuesto, se propuso realizar un plan de observaciones en las aulas, en la materia de Historia en las escuelas secundarias, prestando atención en las maneras que son abordados los saberes relacionados a la Historia Institucional de la Pampa. La observación analítica recuperará la selección de los contenidos, las formas de relacionar lo nacional con lo regional, el uso de los recursos y las metodologías áulicas, con el propósito de recaudar información cualitativa (pero no inquisitorial) sobre la enseñanza dentro de los distintos contextos escolares.

De esta manera, se identificarán y recopilarán las ideas, los conceptos, los niveles de relaciones sobre los procesos históricos generales y del devenir institucional pampeano con que cuentan los estudiantes ingresantes universitarios. A su vez, esta información será base para construir un marco referencial que permita identificar y reconstruir los modos de pensar de los estudiantes ingresantes sobre la Historia en general, y de manera particular, sobre la Historia Institucional de La Pampa.

A partir del marco referencial, posibilitará al equipo docente de la cátedra re-elaborar las estrategias de enseñanza para acompañar a los estudiantes ingresantes en su proceso de aprendizaje, y a su vez, contribuir en la mejorar del índice de aprobación de la cursada.

En la organización de la propuesta de investigación, se tuvo en cuenta las distintas modalidades y orientaciones de la enseñanza media establecidas por el Ministerio de Educación del Gobierno de La Pampa. Se diseñó un muestreo de escuelas secundarias pertenecientes a la ciudad de Santa Rosa como primera etapa, y se seleccionaron los cursos de los 3eros años del ciclo básico y los 5tos y 6tos años de los ciclos orientados teniendo en cuenta la distribución de los contenidos establecidos en los Núcleos de Aprendizajes Prioritarios (NAP) de Nación y en los Materiales Curriculares de la provincia.

## **2. Los dos tipos de historias enseñadas: en las escuelas y en las universidades**

A partir de la realidad que se comentó sobre la formación de los estudiantes ingresantes en cuanto a las competencias disciplinar de la Historia, y a sus aprendizajes sobre la Historia Argentina en general, como a la Historia Institucional de La Pampa en particular,

es conveniente reconocer el abismo existente entre la Historia enseñada en la escuela y en las universidades, motivando la búsqueda de las causas que expliquen esta dicotomía. El equipo de investigación tomó como punto de partida la idea De Amézola (2008:72) sobre la complejidad de la práctica misma de la enseñanza de la historia por ser una actividad social; en la que confluyen distintas legislaciones educativas (nacional, provincial y municipal), los diseños curriculares, los marcos pedagógicos de enseñanza (escuelas primarias, secundarias, terciarios o universitarios) y los contextos didácticos particulares (es decir, las realidades de los estudiantes y de los docentes).

También De Amézola (2008) y Zavala (2006) señalaron que a pesar de esta diversidad en la práctica de la enseñanza de la historia, es fundamental la posición que tome el historiador - docente al momento de abordar el proceso de enseñanza porque (explícitamente o implícitamente), se expresará en el aula la concepción que tenemos de ella.

Los autores propusieron, por un lado, para terminar con la influencia de los modelos tradicionales de enseñanza de la historia (memorísticos, enciclopedistas y acríticos) en todos los espacios de enseñanza, será necesario superar el determinismo sociocultural y el discurso pedagógico de la didáctica general (De Amézola 2008:123-127). Por el otro, resaltaron la necesidad de realizar un acercamiento de los estudiantes al mundo científico de la Historia, se tiene que proponer una enseñanza “viva y pensante” de la historia, teniendo en cuenta a los diversos actores (no solo los próceres y/o los acontecimientos) dentro de varios y múltiples procesos sociales, políticos y culturales. (Finocchio, 2009 y Romero, 2007)

La enseñanza de este tipo de historia, se despliega desde la perspectiva relacionada con los nuevos enfoques en las ciencias sociales<sup>2</sup>, donde el docente historiador parte de situaciones problemáticas y por medio de preguntas hipotéticas que permite a los estudiantes arriben a una explicación y a la comprensión histórica. Se trata de mostrar a los alumnos, los modos de construcción del conocimiento histórico y la forma de pensar de los historiadores.

---

<sup>2</sup> La cátedra Historia Constitucional orienta su proceso de enseñanza desde el marco pedagógico de la Perspectiva epistemológica (Eggen y Kauchak, 1999), el cual entra en mucha compatibilidad con la renovación metodológica de las ciencias sociales, al considerar al proceso de aprendizaje como una construcción activa desde los alumnos y una enseñanza dinámica desde los docentes.

Sin embargo, De Amézola (2008), Finocchio (2009) y Romero (2007) señalaron que por las realidades áulicas y la incidencia de los técnicos en los diseños curriculares ministeriales, se produjo la persistencia de los modelos tradicionales en la enseñanza de la Historia. Esta tendencia no pudo superarse ni siquiera en los momentos de las reformas educativas de los años '90 como en la primera década del presente siglo, en que se llamaron y consultaron las propuestas de los principales especialistas de la Historia<sup>3</sup>.

Siguiendo esta línea de análisis, De Amézola (2008) y Finocchio (2009) plantearon que los modelos de enseñanza basados en las competencias relacionales y críticas son resistidas porque implican rediseñar los materiales curriculares desde los saberes y procedimientos (ejes problemáticos, acciones de descubrimientos) y establecer propuestas didácticas que exigen un gran esfuerzo para el docente pero también de los estudiantes (salir de la postura tradicional del receptor pasivo). Esto último, sería el punto clave del cambio de las nuevas perspectivas ya que la utilidad de la Historia en la escuela es enseñar a pensar.

Finalmente, las siguientes palabras de Luis Alberto Romero citado por De Amézola (2008), expresó la finalidad de la enseñanza de la Historia “pretendida” en las escuelas medias, y que compromete indirectamente, el rendimiento de los estudiantes ingresantes a los estudios superiores:

La escuela secundaria debía enseñar a “pensar históricamente” lo que “consiste en acostumbrar a leer el revés de la trama”. Para ello es necesario lograr que los adolescentes entiendan que “la política no es más que el epifenómeno de planos más profundos de la vida histórica (...) cosa a la que puede ayudar un buen profesor.  
(De Amézola, 2008:78)

---

<sup>3</sup> De Amézola (2008:56) al relatar sobre estos momentos de consultas, detalló en profundidad los principales especialistas y equipos de trabajo. El primer grupo fue liderado por el Profesor Fernando Devoto, representando a la Universidad Nacional de Buenos Aires y a la Universidad Nacional de Mar del Plata, y estuvo acompañado por María Inés Barbero, José Carlos Chiaramonte, Ezequiel Gallo, Juan Carlos Grosso, Ediaro Hourcade, Eduardo Miguez, Ricardo Rivas, Victor Tau Anzoátegui y Oscar Terán. El segundo grupo consultor estuvo a cargo del Profesor Luis Alberto Romero, representando a la Universidad Nacional de Buenos Aires, y coordinó el grupo compuesto por Carlos Astarita, Liliana Ana Bertoni, Marta Bonaudo, José Emilio Burucua, Carlos Herran, Adrian Golerik, Raul J. Mandrini, Hilda Sábato, Enrique Tandeter y Gregorio Wienberg. El tercer equipo de especialistas lo lidero el Profesor Carlos Segretti, representando a la Universidad Nacional de Córdoba y a la Academia Nacional de la Historia, con sus colegas Isabel Las Heras, Beatriz Moreira de Alba, María Inés Ferreira, Miguel Angel De Marco, M. Cristina Seghesso de López Aragón, Hernan A. Silva, Ramón Leoni Pinto, Leila J. de Vie, Bernardino Calvo y Nélica B. Robledo.

### **3. Saber Historiar: las competencias necesarias y las buscad**

A partir de su definición sobre la enseñanza de la Historia como una actividad compleja, Cañueto (2014) expone la necesidad de coordinar un conjunto de acciones didácticas que permitan a los estudiantes construir el conocimiento histórico desde sus estructuras de aprendizaje.

Entonces, la pregunta central que varios estudiosos<sup>4</sup> del tema se realizan es: ¿cómo pueden los profesores ayudar a que sus estudiantes piensen como historiadores? Más allá de las distintas posturas analíticas, existe la coincidencia, de que lo primordial es enseñar a los estudiantes “a pensar históricamente”, y esto significa que los profesores tendrán que desarrollar un conjunto de actividades que posibiliten a sus educandos a acercarse al método científico de la Historia.

Es decir, y tomando los enunciados de Romero (2007:59), la intervención del docente a partir de una problemática y el desarrollo de actividades de identificación de causas, comparación y relación, de aplicación de tipos de lecturas y de propuestas de preguntas hipotéticas, se les brinda a los estudiantes un conjunto de procedimientos que sirven para introducirlos al conocimiento histórico.

De Amézola (2008) y Romero (2007) coinciden en remarcar la importancia de estos procedimientos porque permiten el desarrollo de la mirada analítica y crítica que llevará a la comprensión histórica.

Del conjunto de los procedimientos mencionados, destacan los autores la importancia de la lectura comprensiva, porque el conocimiento histórico se constituye a partir de la indagación analítica sobre todo tipo de fuentes (esto incluyen, distintos soportes, canciones, imágenes, etc.) teniendo en cuenta los marcos temporales, espaciales, culturales, socio-políticos y dogmáticos. (Varela Suanzes-Carpegna, 2015)

Sin embargo, Romero (2007:64) nos advierte sobre lo conveniente de dar el tiempo necesario a nuestros estudiantes para su aprendizaje: “Leer comprensivamente, entender

---

<sup>4</sup> Se pueden reconocer a varios grupos de trabajos, los cuales tienen definido su perspectiva de análisis por su formación disciplinar y trabajo interdisciplinario. Se mencionan de manera general las siguientes líneas: la línea de Carretero, Castorina y Voss, quienes centran sus análisis desde la psicología cultural. Después se encontrarían los grupos de trabajo de Gonzalo de Amézola y Ana Zavala que proviniendo de la Historia disciplinar, analizan la problemática de la Historia académica y sus relaciones con la Historia en las escuelas. Por último, se mencionan los trabajos de Mirian Krieger, desde la comunicación social y las ciencias sociales, cuyo eje de estudio es sobre la comprensión histórica y el conocimiento social. Se recomienda la lectura del artículo de Cañueto (2014) por brindar un completo panorama historiográfico de la temática.

la estructura del texto, volver a armar el texto o un nuevo texto con partes de otro, son técnicas que debemos enseñar y ejercitar, que requieren de un tiempo especial”.

Finalmente, De Amézola (2008), nos señala que el conocimiento procedimental consiste en saber hacer, saber cómo leer y reconocer las causas de los acontecimientos históricos teniendo la capacidad de dar una explicación del mismo. De esta manera, los estudiantes pueden arribar a procesos de aprendizajes duraderos y significativos.

El “saber hacer”, agrega De Amézola (2008:122) implica: “poner en juego los procesos mentales que también utiliza el investigador en su trabajo aunque su propósito no será crear conocimientos sino aprender redescubriendo”.

#### **4. Los diseños curriculares y los saberes de la Historia Institucional de la pampa**

Para comprender la enseñanza de la Historia en los ámbitos escolares, De Amézola (2008) y Cañueto (2014) advirtieron sobre la importancia que tiene el “código disciplinar” atribuido a la Historia (como materia) dentro de las escuelas. Cuesta Fernández (1997-2009) responsable de este concepto analítico, lo definió como un conjunto de ideas, valores, reglamentos, legislaciones educativas y prácticas escolares que se transmiten en los discursos legitimadores. Esta conceptualización sociocultural orientó y caracterizó por un lado, el valor y función de la Historia, y por el otro condicionó la práctica docente del historiador en las escuelas secundarias, desarrollándose una Historia en la escuela secundaria muy diferente y casi independiente de su ciencia procedente. (De Amézola, 2008:18)

Entonces, poder modificarse esta situación de dos tipos de enseñanza de la Historia, significará superar ciertos obstáculos que De Amézola (2008), Romero (2007) y Cuesta Fernández (1997- 2009), coinciden en señalar a dos elementos: el determinismo sociocultural y el discurso pedagógico.

En la presente ponencia, solo se arribará de manera introductoria sobre el primer elemento, el determinismo sociocultural, es decir, el contexto socio-político de La Pampa durante los tiempos de las reformas educativas (finales del siglo XX e inicios del XXI) que pretendieron renovar y dar soluciones a la realidad crítica de la enseñanza de la Historia en el nivel medio.

Recordando el plano nacional, Finocchio (2009) relató que los tiempos de la Ley Federal de Educación (Nº 24.195/93) y de la Ley de Educación Nacional (Nº 26.206/06),

constituyeron la instancia de culminación de cinco décadas de críticas a la educación general, estableciéndose reformas completas al sistema educativo, a las planificaciones curriculares y a los roles de sus actores: la escuela y los docentes.

La postura crítica sobre la crisis educacional fue de amplio espectro en los temas que incluía. Se denunciaban por los sectores que no accedían a la educación, pasando por la lenta renovación cultural demanda por la sociedad, la escasa preparación para el mercado laboral y los bajos rendimientos en los aprendizajes de los estudiantes.

Finocchio (2009:181) señaló que el centro de la tensión se focalizó en la escuela y en los docentes, y se señaló que “a partir de [las] observaciones técnicas sobre todo aquello que no se desarrollaba de modo conveniente en la escuela”. Sin embargo, estas críticas poco se orientaron por establecer cambios verdaderamente consistentes. En el caso de la enseñanza de la Historia escolar, modificar su práctica para que tuviera una concordancia más cercana a la práctica científica de la Historia, quedaron en los enunciados.

Finalmente, la autora resaltó la situación ambigua del contexto de reforma, porque si bien se apuntó sobre la reflexión de la práctica docente, no se cuestionó el “código disciplinar” de la Historia escolar. Por lo contrario, frente a una realidad social y política compleja de los '90, de la auto-reflexión docente para ser profesionales, se pasó a la atención de las demandas sociales y económicas que enfrentaba la escuela.

#### **4. a. Intentos por modificar el código disciplinar de la Historia escolar**

De Amézola (2008) y Finocchio (2009) coincidieron en señalar a los años '90 como el momento en que se planteó la necesidad de renovar los contenidos escolares, con fuerte énfasis en nuevas metodologías y se estableció un acuerdo sobre la necesidad de reducir las distancias entre la enseñanza de la Historia escolar y la enseñanza de la Historia disciplinar.

Por este contexto de renovación -acentuado el énfasis en la práctica docente-, se rescataron los aportes de Cesar Coll, quien establecía la importancia de enseñar no solo los contenidos, sino también de las habilidades y actitudes. De esta manera, se establece en la enseñanza de la historia escolar la preocupación por la formación en conocimientos y valores pero también, en la preparación de los estudiantes con habilidades análogas al historiador. (De Amézola, 2008:55)

La reformulación de los contenidos impulsados por la Ley Federal de Educación (1993), se cristalizó en el diseño de los llamados Contenidos Básicos Comunes (CBC), y más tarde con la Ley de Educación Nacional (2006) se tradujeron como los Núcleos de Aprendizajes Prioritarios (NAP).

Las modificaciones establecidas por estas reformas implicaron un importante esfuerzo estatal, y a pesar de su imagen federal por haber dado participación a los principales especialistas de la Historia disciplinar del país, tuvo una falencia.

De Amézola (2008) y Romero (2007) definieron a las instancias reformadoras como un proceso verticalista porque imperaron las decisiones de los técnicos ministeriales, quedando excluidos los especialistas y docentes en la Ley Federal de Educación, y desarrollar una participación simbólica en la Ley de Educación Nacional.

#### **4. b Análisis preliminar de los materiales curriculares de la Pampa**

En esta primera aproximación, solo presentaremos un análisis introductorio sobre los materiales curriculares del ciclo básico de la educación secundaria de nuestra provincia<sup>5</sup>. Durante los años 2008-2009, se lleva adelante un conjunto de encuentros entre distintos actores, para validar dentro de un trabajo colaborativo el borrador de los Materiales Curriculares por disciplinas.

El espíritu del trabajo colaborativo, responden a lo que De Amézola (2008) describió como una intensión de salvar algunos de los errores de la reforma anterior, la cual tuvo una fuerte influencia los técnicos-burócratas estatales que desoyendo los aportes de los principales especialistas del país y no se estableció una verdadera participación a los docentes.

La redacción expuesta para la presentación de los Materiales Curriculares de Historia (2009) se caracterizó por estar dirigida a todos docentes de la provincia, ya que la finalidad de estos documentos sería ser de guías en las elaboraciones de las planificaciones escolares. También se hizo hincapié en brindar una clara explicación de los pasos de elaboración de dichos materiales y de las tareas que desempeñaron los referentes técnicos, los docentes e instituciones convocadas. Por otra parte, resaltaron el

---

<sup>5</sup> Se recomienda el trabajo de García, Gregoire y Sánchez (2014) para tener una referencia específica sobre las reformas en La Pampa y los nuevos marcos normativos de educación: Ley Provincial de Educación N° 2511/09.

carácter colaborativo que predominó porque todos formaron un equipo de trabajo, quedando reflejado de la siguiente manera:

Dichos materiales han sido construidos a través de un proceso colaborativo que incluyó, en primera instancia, la elaboración de borradores de los espacios curriculares contemplados para este ciclo, por referentes del Área de Desarrollo Curricular. Con posterioridad se habilitaron mesas curriculares para la discusión y validación de esos borradores. Participaron de este proceso colaborativo referentes de instituciones del ámbito público y privado: docentes de instituciones del actual 3º ciclo de la EGB y Nivel Polimodal de la jurisdicción, de la Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam), de la Unión de Trabajadores de la Educación de La Pampa (UTELPA), del Sindicato Argentino de Docentes Privados (SADOP), de la Asociación de Maestros de Escuelas Técnicas (AMET), de consejos profesionales y de los Institutos de Formación Docente (IFD) (Materiales Curriculares de Historia, 2009:5)

A partir de lo mencionado, es revelador la aclaración que realizaron los autores García, Gregoire y Sánchez (2014:3,4) al señalar que Universidad no tuvo una participación institucional porque los docentes que asistieron a los encuentros durante el 2008 y 2009, lo realizaron en carácter personal. Los autores señalaron que recién en el año 2013, durante los encuentros por la validación de los materiales curriculares para el ciclo orientado (5to. y 6to. año), la Universidad Nacional de La Pampa participó como consultora.

La consultoría recayó específicamente en el Departamento de Historia, de la Facultad de Ciencias Humanas, y en los docentes de espacios curriculares específicos, con la función de realizar solamente “apreciaciones que se crean convenientes” para los dos últimos años del nuevo secundario. El aporte de estos especialistas quedó registrados en los materiales curriculares en pequeñas salvedades ubicados en los pies de página. (García, Gregoire y Sánchez, 2014:4)

En lo que se refiere a la elaboración de los materiales curriculares para el espacio curricular Historia, estos fueron confeccionados teniendo como base los documentos nacionales llamados los Núcleos de Aprendizajes Prioritarios (NAP), los cuales fueron reconocidos y aprobados por todos los ministros de educación de las provincias que

conformaron el Consejo Federal de Cultura y Educación. (Materiales Curriculares de Historia, 2009:5)

De esta manera, se evidencia el predominio técnico de los ministerios para establecer el orden y los contenidos que enseñar en Historia porque subyace en los materiales Curriculares los NAP por la semejanza en la secuencia lógica de presentar los saberes.

El resultado final de esta última instancia reformadora, fue el de establecer una historia lineal, procesual y muy general. Con la característica del fuerte centralismo en la historia europea como fundamento organizativo para impartir la enseñanza de la historia americana, nacional y provincial.

Esta concepción tradicional de la Historia va en detrimento de la historia pampeana y aún más a lo concerniente al devenir institucional de La Pampa, es decir, de los saberes necesarios para la Historia Constitucional.

El estudio de los saberes históricos institucionales sobre el territorio pampeano se presenta de manera marginal en el ciclo básico. Recién en el tercer año, se despliega un abordaje desde la Historia Argentina, incluyendo sus cambios durante el siglo XIX y principios del siglo XX. Los saberes de la temática están organizados en cuatro ejes generales, y cada uno con tres o cuatro subtemáticas.

Entonces, el primer arribo del espacio pampeano se realiza desde el segundo eje denominado “La construcción y consolidación del estado argentino y de las nuevas relaciones económicas a nivel mundial”, significando trabajar con la “comprensión” del proceso de construcción del Estado Argentino dentro del contexto de la expansión capitalista y de la división internacional del trabajo. Este gran enunciado, puede ser analizado desde cuatro variables que el docente puede elegir, los cuales son muy generales desde lo político, lo económico y lo social. La última de estas variables establece la relación del Territorio Nacional de La Pampa por el proceso de formación del Estado nacional desde lo jurídico institucional y desde el punto de vista económico para desarrollar el análisis de la construcción política, social y económica del territorio. (Materiales Curriculares de Historia, 2009:16,17)

De esta manera, se puede inferir que el estudio de la historia institucional de La Pampa queda a la deriva de varios factores, desde la “buena voluntad” del docente a cargo de la materia, a la incidencia formativa académica (si es de la provincia), a los tiempos de la planificación escolar y a la realidad escolar.

Es importante visualizar estas cuestiones que atañen a la enseñanza de nuestra historia provincial, en la medida que esto permitirá abrir un debate sobre el tema. Si bien se aclara en los materiales curriculares que la función primordial de la escuela es la enseñanza, todavía no contamos, en el ciclo básico del secundario, con las condiciones laborales que permitan garantizar aprendizajes socialmente válidos y significativos para todos los estudiantes.

## **5. A modo de cierre**

La presente ponencia expuso las primeras indagaciones sobre la enseñanza de la Historia en las escuelas secundarias, para realizar un conjunto de observaciones cualitativas pero no inquisitivas, sobre los abordajes desplegados por los docentes en torno a los saberes institucionales de la historia pampeana.

La finalidad será reconocer y construir un marco referencial (los modos de pensar la Historia) con que los estudiantes ingresan al primer año de Abogacía y Procuración para que el equipo docente tenga la información necesaria para re-elaborar sus estrategias de enseñanza.

Durante el inicio de la presente investigación, fue relevante conocer algunas de las características de la práctica de la enseñanza de la Historia, siendo la primera de ellas, el de identificar el abismo existente entre la Historia enseñada en la escuela y en las universidades, lo que motivó la búsqueda de las causas que expliquen esta dicotomía.

Después, la cualidad de gran complejidad que describe a la práctica misma de la enseñanza de la historia, por ser una actividad social en la que confluyen muchos elementos que involucra lo normativo, lo académico, lo social y hasta lo político.

También es importante para la práctica, la posición que tome el historiador - docente al momento de abordar el proceso de enseñanza porque se reflejará en el aula e incidirá en los aprendizajes de los estudiantes.

Por otra parte, frente a los intentos por establecer modificaciones en la práctica de la enseñanza de la Historia, desarrollados durante los años '90 y en la primera década del siglo XXI, los resultados no fueron exitosos. Las causas se deben a varios factores estructurales relacionados al trinomio sociedad, cultura y educación. En lo referido a la enseñanza de la Historia, persistieron los modelos tradicionales no solo por las realidades áulicas y la incidencia de los técnicos en los diseños curriculares ministeriales, sino a la

existencia de código disciplinar atribuido a la Historia (como materia) dentro de las escuelas. Esta conceptualización sociocultural orientó y caracterizó por un lado, el valor y función de la Historia, y por el otro condicionó la práctica docente del historiador en las escuelas secundarias, desarrollándose una Historia en la escuela secundaria muy diferente y casi independiente de su ciencia procedente.

En la presente ponencia, se realizó un arribo introductorio sobre el determinismo sociocultural, es decir, el contexto socio-político de La Pampa durante los tiempos de las reformas educativas (finales del siglo XX e inicios del XXI) que pretendieron renovar y dar soluciones a la realidad crítica de la enseñanza de la Historia en el nivel medio.

Se puede anunciar como una de las primeras conclusiones, que las instancias reformadoras pampeanas conformaron un proceso verticalista porque imperaron las decisiones de los técnicos ministeriales. Durante este asunto, quedaron excluidos los especialistas porque solo hubo participaciones individuales. La convocatoria oficial en carácter consultor, la Universidad de La Pampa tuvo una participación limitada en las últimas etapas de las reformas. En lo referente a los docentes en general, desarrollaron una participación simbólica que consistió en dar validación a los materiales curriculares de Historia ya elaborados como borradores.

De esta manera, se desvaneció toda posibilidad de acercar práctica escolar con la práctica científica de la Historia. El resultado final de esta última instancia reformadora, fue el de establecer una historia lineal, procesual y muy general, con un fuerte centralismo en la historia europea como elemento organizativo para la enseñanza de la historia americana, nacional y provincial.

Para sintetizar, esta concepción de la Historia va en detrimento de la historia pampeana y al devenir institucional de La Pampa; es decir, de los saberes necesarios para la Historia Constitucional.

El estudio de los saberes históricos institucionales sobre el territorio pampeano se presenta de manera marginal en el ciclo básico. Recién en el tercer año, se despliega un abordaje indirecto desde la Historia Argentina, incluyendo sus cambios durante el siglo XIX y principios del siglo XX.

De esta manera, desarrollar la enseñanza de la Historia Institucional de La Pampa queda a la deriva de varios factores, desde la “buena voluntad” del docente a cargo de la materia,

a la incidencia formativa académica (si es o no de la provincia), a los tiempos de la planificación escolar y a la realidad escolar.

## **6. Referencias bibliográficas**

- 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.
- Cuesta Fernández, R. (1997- 2009) Sociogénesis de una disciplina escolar: la historia. Barcelona. Ed. Pomares-Corredor. Recuperado de: <http://www.historialudens.it/images/download/sociogenesisdeunadisplinaescolar.pdf>
- Eggen, P. D. y Kauchak, D. P. (1999). Estrategias docentes: Enseñanza de contenidos curriculares y desarrollo de habilidades de pensamiento. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- 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.
- Fairstein, G. (2013). “Enseñanza del Derecho: de la formación de abogados a la escuela básica”. Revista Digital Carrera y Formación Docente. Facultad de Derecho. UBA. Año II, N°2. Pp.: 91-103.
- Finocchio, S. (2009). La escuela en la historia Argentina. Ed. Edhasa. Bs. As.
- Romero, L. A. (2007). Volver a la Historia. Ed. Aique Educación. Bs. As.
- García, M. C., Gregoire, E. G. y Sánchez, L. A. (2014) Las clases de historia, La Pampa, 2010-2014. Ponencia en XV Jornadas Nacionales y IV Internacionales de Enseñanza de la Historia de la Asociación de Profesores de Enseñanza de la Historia de las Universidades Nacionales (APEHUN), en la Facultad de Humanidades y Ciencias, UNL. Recuperado de: [http://www.fhuc.unl.edu.ar/materiales\\_congresos/CD\\_ensenanza\\_historia\\_2\\_014/pdf/unleo\\_2/garcia\\_gregoire\\_sanchez.pdf](http://www.fhuc.unl.edu.ar/materiales_congresos/CD_ensenanza_historia_2_014/pdf/unleo_2/garcia_gregoire_sanchez.pdf)
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2015). “La Historia Constitucional: algunas reflexiones metodológicas”, en Varela Suanzes-Carpegna (ed.) Historia e historiografía constitucionales. Ed. Trotta. España. Pp: 13-29.

Zavala, A. (2006). Caminar sobre los dos pies. Didácticas, epistemología y práctica de la enseñanza. Revista Praxis Educativa. V.1, Nº 2. UEPG, Brasil. Pp.:87-106.

### **Documentos educativos**

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/orientacion-ciencias-sociales-y-humanidades>

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](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](https://repositorio.lapampa.edu.ar/repositorio/repositorio/materiales_curriculares/nap/Secundaria/CO/NAP_Secundaria_CO-CienciasSociales.pdf)

## MÍNIMAS DIFERENCIAS: UN REPASO POR LOS CASOS DE LA CORTE QUE SE DECIDIERON POR DIFERENCIA DE UN VOTO

Gustavo Arballo  
UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa,  
Argentina

### **Problemas posibles de decisiones de mayoría mínima**

Las decisiones de mayoría mínima han sido estudiadas en otras cortes (ver los trabajos de Riggs (1993) y de Oliveira (2017) para las cortes estadounidense y brasileña respectivamente, pero no han sido objeto de una revisión similar en el caso de la Corte argentina.

Mucho más allá de la curiosidad, estas decisiones pueden implicar diversos problemas. Aunque esta identificación puede no ser exhaustiva, a continuación hacemos un esquemático punteo de los problemas posibles.

- *Falta de autoridad institucional*, en tanto la voz de la Corte deja de ser unívoca y su doctrina queda fracturada.
- *Fragilidad del precedente*: la diferencia estrecha genera la posibilidad de cambios ante un solo cambio de composición o de criterio en el tribunal.
- *Problema de seguridad jurídica*: por las dos razones anteriores, la comunidad jurídica puede no asignarles a las decisiones de mayoría mínima la misma expectativa de autoridad y permanencia que a una decisión unánime o de mayoría holgada.
- *Agravamiento del problema contramayoritario*: en estas decisiones aparece ciertamente potenciado el problema de que un número muy pequeño de personas no elegidas democráticamente toma decisiones en nombre de la comunidad.

### **¿Qué frecuentes son las decisiones de mayoría mínima?**

La primera medición plausible es ver qué tan frecuente resulta este fenómeno. Para ello debemos naturalmente descartar los fallos de la Corte que adoptan soluciones formulaicas o en los que no hay desarrollo de opinión. Sabemos que el altísimo porcentaje de causas que recibe nuestra Corte implica un trabajo en el que no hay desarrollo sentencial ni interés institucional alguno. Utilizamos entonces una base de elaboración propia que

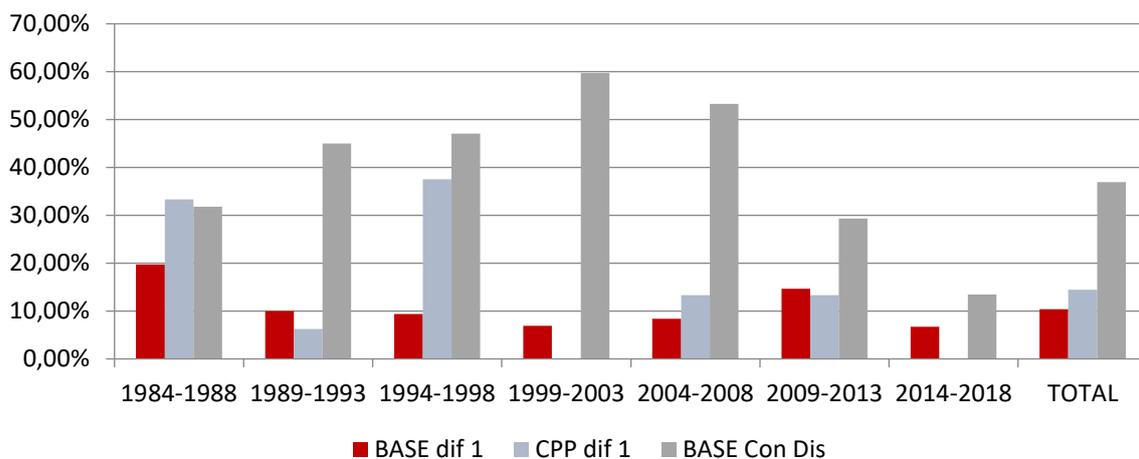
capta fallos relevantes del período 1984 a 2017, que ya hemos aplicado para investigaciones sobre el tribunal (v. Arballo, 2016).

Partiendo sobre esa base que nos da una noción más realista de casos relevantes, en nuestra base de casos el acumulado del período 1984-2017 de incidencias de fallos de mayoría mínima es del 10.38%.

Cuando se lo desglosa por quinquenio, el porcentaje de estas incidencias se ve relativamente estable, con un punto de datos **máximo** en 1984-1988 de 19,70% y uno **mínimo** en 2014-2018 de 6,71%.

Aquí tenemos que tener en cuenta, por supuesto, que estamos relevando períodos donde la Corte Suprema tuvo diferentes números de jueces.<sup>1</sup> A menor cantidad de miembros, mayor es la posibilidad estadística de que se den diferencias de un solo voto.

Por eso también vemos parejamente una evolución de la fragmentación, considerando como decisión “fragmentada” toda aquella que implique al menos una disidencia.



Se observa una “U” invertida en la evolución de la fragmentación (baja, media, baja), y abriendo la panorámica del análisis se advierte que no hay “tendencias” en la frecuencia de casos resueltos con diferencia mínima (irregular, estable).

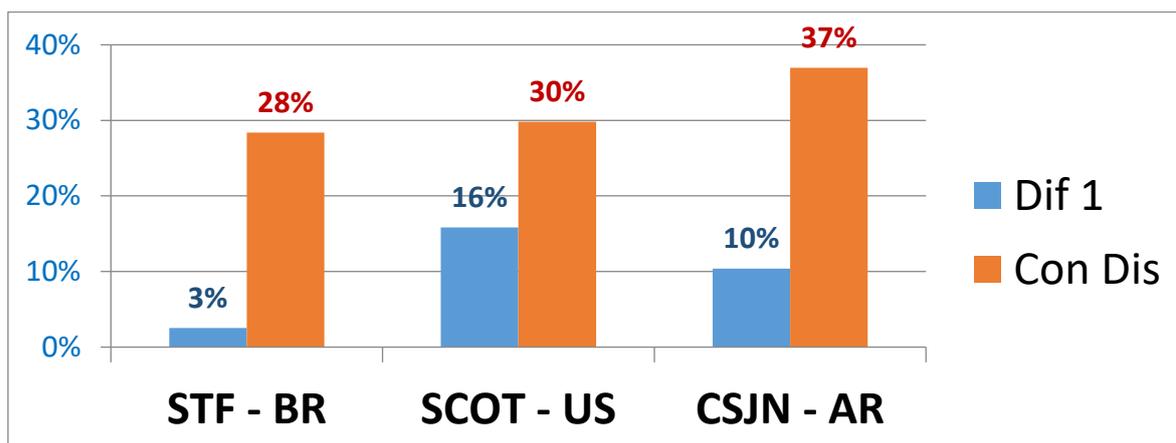
<sup>1</sup> Concretamente, hasta 1990 la Corte tuvo una integración de cinco miembros, siendo ese año elevada a nueve mediante la Ley N° 23.774. Luego en 2006 la Ley N° 26.183 otra vez dispuso la reducción del número de jueces de la Corte Suprema a cinco, pero esto se haría sin afectar los jueces en funciones, por lo cual el tribunal funcionó con siete miembros desde 2005 hasta 2014 (año en que fallecieron sus miembros Argibay y Petracchi). Sucesivas vacantes (renuncias de Zaffaroni y Fayt) dejaron su composición provisoriamente en tres, hasta que en 2016 retorna a su número clásico de cinco miembros (el que tuvo a lo largo de su historia, salvo un interregno de siete miembros entre 1960 y 1966).

Es importante advertir entonces que la mayor controversialidad y la mayor litigiosidad, contrariamente a lo esperado, no generaron una tendencia creciente de fallos resueltos con mayoría mínima.

En cuanto al nivel relativo, es pertinente una pequeña excursión de jurisprudencia comparado, lo que nos remite al punto siguiente.

### Otros tribunales superiores

Para proveer contexto, el gráfico siguiente combina dos tribunales plausiblemente comparables por su rol de intérprete final de las normas superiores del ordenamiento. A tal fin elegimos un tribunal latinoamericano que presenta continuidad institucional (el Superior Tribunal Federal del Brasil), y el tribunal que constituye el órgano judicial de nuestro “modelo constitucional” (la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU.).

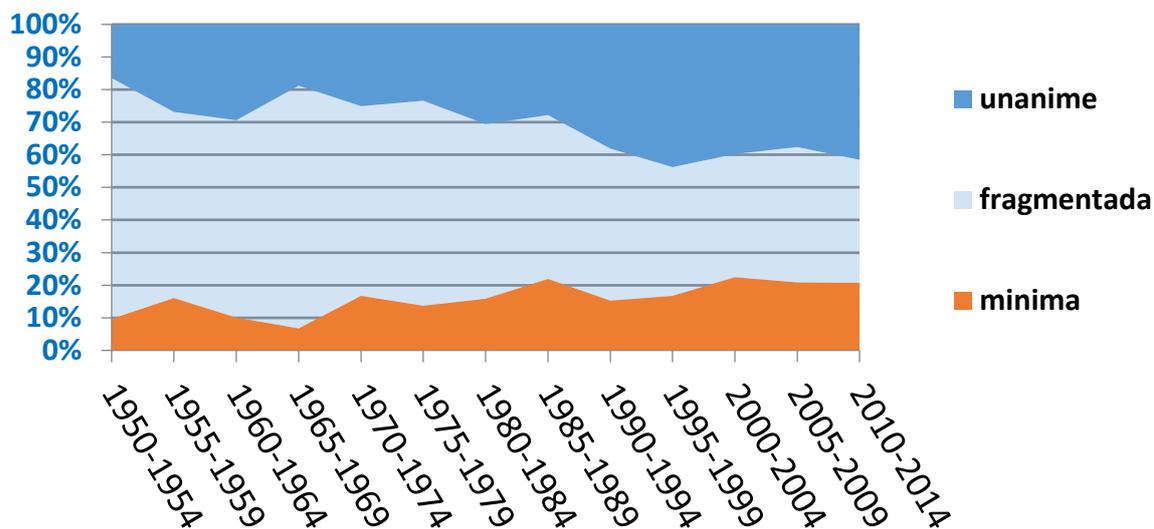


Los datos son tomados de Oliveira (2017) y de elaboración propia en base a los datos de la base de Supreme Court Database de la Universidad de Washington, disponibles en <http://scdb.wustl.edu/data.php>.

En cada caso, hemos expuesto en la barra azul los porcentajes de “mínimas diferencias”, y en la barra roja los casos de decisiones fragmentadas (al menos una disidencia explícita). Siendo períodos comparables (épocas contemporáneas) no se observan grandes anomalías en el caso de la Corte Argentina con respecto a esos otros dos tribunales supremos.

Usando estos datos, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América nos permite ver la evolución de un panorama temporal más extenso. En la trayectoria desde 1950 vemos

una sostenida tendencia a adoptar con mayor frecuencia sentencias unánimes, y un amesetamiento de las decisiones de mayoría mínima, fenómeno que incluso abarca los últimos períodos en donde hubo temas de alta controversialidad y una composición del tribunal que combinaba casi en paridad liberales y conservadores.



Una conclusión pertinente aquí sería que las decisiones de mayoría mínima son inevitables en cuerpos colegiados, pero los tribunales tratan de evitarlas ... incluso en escenarios de creciente controversialidad.

**El factor humano: panorámica de los jueces que tienen el voto decisivo**

Volviendo a nuestra Corte Suprema, nos va a interesar hacer un espigado de los fallos para observar qué jueces fueron votantes en esas decisiones, y cómo ha sido su “saldo” en términos de decisiones “ganadoras” (quedando en la mayoría estrecha) o “perdedoras” (quedando en una minoría estrecha).

Los resultados compilados de la etapa “democrática” de la Corte (1984-2017) se encuentran en la tabla que sigue.

Juez(a)	vot/año	may	min	saldo
Zaffaroni, Eugenio Raúl	2,51	21	7	14
Nazareno, Julio	1,29	14	3	11
Fayt, Carlos S.	1,88	35	25	10
Lorenzetti, Ricardo	2,76	23	13	10
Vazquez, Adolfo	1,26	10	1	9
Boggiano, Antonio	1,26	13	5	8
Lopez, Guillermo	1,24	10	2	8
Rosenkrantz, Carlos	5,89	7	1	6
Highton de Nolasco, Elena	2,59	20	15	5
Moliné O'Connor, E.	1,27	11	6	5
Barra, Rodolfo	1,09	4	0	4
Carrió, Genaro	2,27	3	0	3
Cavagna Martínez, Mariano	1,09	3	1	2
Levene, Ricardo	1,07	4	2	2
Bacqué, Jorge	2,21	6	5	1
Oyhanarte, Julio	0,00	0	0	0
Rosatti, Horacio	5,31	4	4	0
Caballero, José S.	2,59	7	8	-1
Maqueda, Juan C.	2,40	17	19	-2
Petracchi, Enrique	1,91	28	31	-3
Bossert, Gustavo	1,40	3	9	-6
Argibay, Carmen María	2,91	8	19	-11
Belluscio, Augusto	1,52	11	22	-11

El desglose por jueces nos puede servir inferencialmente para notar el sesgo “decisivo” de un juez a lo largo del tiempo. Para ello podemos confrontar sus decisiones de mayoría mínima a favor con aquellas en las que –también por margen estrecho- fue disidente y quedó en minoría. Esto supondría un indicador de con qué frecuencia este juez aportó un “voto decisivo”.

Vemos entonces saldos “positivos” en ese contraste en jueces como Zaffaroni, Nazareno, Fayt, Lorenzetti y Vázquez (los primeros cinco de la tabla ordenada por saldo). A la inversa, esto nos arroja resultados intuitivamente esperables en la parte baja de la tabla: Carmen Argibay y Augusto Belluscio son los que tienen mayor saldo negativo en esa comparación. No vemos entonces ninguna “peculiaridad” observable en la dinámica de los casos de mayoría mínima, con respecto a los casos en que hay “alguna” disidencia.

### **El factor político en los casos de diferencia mínima**

Se impone aquí una serie de precisiones metodológicas. A los efectos de este trabajo, consideraremos como casos “políticamente perfilados” aquellos que –al momento de ser

resueltos- cobran relación explícita o implícita con un tema cuya resolución era relevante para los intereses del Poder Ejecutivo Nacional que estaba en funciones, o que incidían directa o indirectamente sobre sus aspiraciones, expectativas o posiciones manifiestas. Por simplicidad, en lo sucesivo usaremos la expresión “Gobierno” para referirnos al “Poder Ejecutivo Nacional en funciones al momento del fallo”.

Expuesto este concepto, cabe aclarar que la “lista” de CPPs depende de su encuadre en la definición dada. En algunos casos, su adscripción será indudable: son casos evidentes de CPPs los suscitados por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual entre 2010 y 2013, los relacionados con procesos de privatización durante la presidencia de Menem, los relacionados con la estrategia de juzgamiento a jefes de la dictadura militar y sus ulteriores limitaciones durante la presidencia de Alfonsín. En otros casos la identificación de un CPP es más sutil, sobre todo en casos que no han tenido especial repercusión mediática. Como ejemplo claro de ello podemos nombrar el caso "El Brujo" de 2012 (Fallos 335:1650), sobre restricciones a las importaciones, que anotamos favorable al gobierno –desestimó la impugnación que había presentado una empresa- en el ciclo del kirchnerismo.

Nuestra definición, queda dicho, no identifica ni equipara los CPPs con casos donde se declara una inconstitucionalidad: en primer lugar, el mismo concepto es elusivo, porque puede haber formas de decisión constitucional que se pronuncian por una “interpretación conforme” sin declarar formalmente la inconstitucionalidad de una ley. Por lo demás, muchas veces un gobierno puede recibir una muy mala noticia para sus intereses aún cuando no se declare una inconstitucionalidad.

Por otro lado, de la misma definición propuesta se desprende que no toda condena al Estado es un caso "políticamente perfilado". Miles de casos ordinarios persiguen y obtienen condenas pecuniarias al Estado Nacional o a un ente descentralizado que responde políticamente al Poder Ejecutivo, pero no se relacionan ni constituyen temas de agenda pública.

Se advierte también que muchas veces el “Gobierno Nacional” no es estrictamente "parte" en la cuestión, pero puede estar interesado en su resolución. Así, por ejemplo, se consideran CPPs los casos que involucraron pesificación de deudas entre particulares, porque se asume que el Gobierno Nacional estaba interesado en la resolución del tema conforme al sistema de pesificación asimétrica. De igual modo, también se consideran

CPPs los casos que afectan (favorable o desfavorablemente) a un aliado o partidario, como los casos sobre la reelección a Reutemann en 1994, o a Gerardo Zamora en 2014. En muchos casos se pueden presentar ciertas dudas a la hora de establecer si una causa determinada encuadra o no en el concepto de CPP que hemos propuesto. Para acotar el margen de error de identificación se ha adoptado un principio restrictivo al respecto, buscando que la lista solo capte casos que se revelen *categoricamente* como CPPs en los términos expuestos.

Aun con esta prevención, debemos conceder que la lista que hemos elaborado podría admitir variaciones *de sustracción* (por errores de *falso positivo*, en la medida en que incluya, según otro criterio, casos que no debieron estar en ella) o *de adición* (por errores de *falso negativo*, en la medida en que haya excluido casos que, según otro criterio, debieron haberla integrado).

Sin esperar por ello que una eventual réplica de este relevamiento pueda llevar a conclusiones idénticas en todos sus puntos, es posible asumir que las discrepancias de asignación no deberían dar lugar a cambios notables en los números que marcan tendencia, ya que nos manejamos con muchos puntos de datos.

El segundo paso al momento de realizar el cómputo de casos requiere decidir, en cada caso específico, en qué medida la Corte ha fallado "a favor" o "en contra" de la postura del Gobierno. Para simplificar, hemos optado por una tabulación "binaria" (podríamos usar otras, por ejemplo, distinguiendo niveles relativos de favorabilidad o adversidad, a los que hemos renunciado por razones similares a las que expusimos al hablar del "ponderador" de casos en función de su importancia relativa como CPP).

Concedemos que hay capas de sentido que escapan a la parametrización "a favor" o "en contra". Si la Corte falló en contra de un gobierno, pero prolongó la decisión, matizó los términos, o dilató la resolución sobre el asunto, en verdad lo pudo estar beneficiando. Si la Corte falló a favor de un Gobierno, pero le dio largas al asunto sabiendo que había cautelar en contra, en verdad pudo haberlo perjudicado. Podríamos citar ejemplos en ambos sentidos.

Debemos advertir además que nuestro criterio de favorabilidad u oposición es atribuido contextualmente y no se corresponde con el resultado "constitucionalidad" o "inconstitucionalidad". En primer lugar, porque no toda inconstitucionalidad debe reputarse como un fallo "en contra" del Gobierno. Luego, cabe aclarar que a veces el

Estado puede haber perdido el juicio, pero eso no impide que se deba considerarlo como un caso fallado a su favor: es lo que hicimos con el fallo de la Corte en "Chocobar" de 1996 (Fallos 319:3241), donde básicamente aceptó que debía haber actualización previsional pero dejó amplios grados de libertad al Gobierno de Menem sobre cuándo y cómo hacerlo.

Con estas aclaraciones, Para estudiar este tema recurrimos a un recorte que filtra las decisiones recaídas en casos políticamente perfilados. Este relevamiento **nos arroja un muy pequeño número de causas de este tipo que fueron resueltas por mayoría mínima.**

	<b>En contra</b>	<b>A favor</b>
<b>Alfonsín</b>	La Prensa (1986)	Bignone (1984) Baeza (1984) Causa Consejo Supremo FF.AA. (1986) Camps (1987)
<b>Menem</b>		YPF c. Pcia de Corrientes (1992) Chocobar (1996) Gauna (1997)
<b>De la Rúa</b>	Felicetti (2000)	
<b>Kirchners</b>	AFIP c. Intercorp (2010) Silva Tamayo (2011) Artear c/ Estado Nacional (2014)	Longobardi (2007) Sánchez c. AGN (2010) Grupo Clarin (2013)

Observando cada uno de los ciclos políticos vemos que el único núcleo de sentencias emparentadas es el que involucró a casos relativos a la política de enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad durante la dictadura, en primer lugar habilitando su tramitación conforme era la intención del Ejecutivo (Baeza y Causa Consejo Supremo), y luego declarando constitucionalidad de la ley de obediencia debida (Camps).

Durante sus diez años de gobierno, y a pesar de referencias recurrentes a la existencia de una “mayoría automática” que redundaría en resoluciones a su favor a partir de jueces nombrados durante su gobierno<sup>2</sup> lo cierto es que sólo es posible identificar sólo tres casos en que la mayoría tuvo composición “estrecha”.

<sup>2</sup> (en el contexto de ampliación de la Corte de 5 a 9 jueces)

El período de Fernando De la Rúa tiene un solo caso de estas características, que fue resuelto en contra de las expectativas de su gobierno (la causa “Felicetti”, relativa a la situación de los detenidos por el juicio por sedición en el ataque al cuartel de La Tablada en 1989).

Finalmente, el ciclo más contemporáneo, en el que englobamos los mandatos de Néstor Kirchner y de Cristina Fernández de Kirchner,

Mas allá de que cada uno de estos casos tiene su importancia, la conclusión que podemos presentar es que en aquello que define el legado o el perfil de circunstancias identitarias de un gobierno, salvo con Alfonsín (Juicios por crímenes de la dictadura) ninguna política relevante dependió de “un solo voto”.

Es relevante esto en la medida en que ante la crisis de legitimidad del control de constitucionalidad se puede proponer que las declaraciones de inconstitucionalidad exijan una mayoría calificada, teniendo en cuenta los problemas típicos ya endosables a las decisiones de mayoría mínima. Lo cierto es que se trata, al menos, de un fenómeno de escasa significación en lo que concierne a casos políticamente perfilados.

Una última revisión nos puede también ilustrar sobre la relevancia de las decisiones de mayoría mínima. Saliendo de casos políticamente perfilados, lo que observamos es que muchas de los fallos que han sentado doctrina e importante legado desde 1983 han sido resueltos por estrecho margen de un voto. En tal sentido, podemos mostrar la lista que se detalla a continuación.

- Campillay, 1986
- Bazterrica, 1986
- Sejean c. Zaks de Sejean, 1986
- Portillo, 1989
- Ekmekdjian, 1992
- Halabi, 2009
- Rodriguez c/ Google y Yahoo, 2014

Como se ve, un cierto (e importante) disenso inicial no es determinante: criterios importantes surgieron en fallos de mayoría mínima y fueron adoptados como doctrina

pacífica del tribunal. Es dable esperar ello en la medida en que, por cambiar la jurisprudencia, o por abordar temáticas no tratadas anteriormente, se trata de fallos que tuvieron un carácter innovador.

## **Conclusiones**

Es esperable que la tasa de mayorías mínimas sea mayor en CPPs, dado que estos casos por definición presentan un perfil de complejidad superior al promedio de casos. La regla sería: a mayor complejidad del caso, mayor posibilidad de dispersión y fragmentación, y consecuentemente, mayor posibilidad de que se de la fragmentación máxima. Así se explica el diferencial encontrado entre la incidencia de DIF1 en casos base y en la selección de casos CPP.

Los valores que se encuentran en la incidencia de DIF1 son sensiblemente menores a los que son esperables en caso de que hubiera pura aleatoriedad en la forma de votación. Esto permite inferir que los tribunales buscan efectivamente adoptar consensos mayoritarios o, si se lo quiere ver de modo inverso, evitar que los fallos se resuelvan “por un voto”. Esta tendencia también se observa en tribunales como el Tribunal Constitucional de Brasil y la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En el caso argentino las resoluciones DIF1 no parecen tener una especial correlación con períodos históricos determinados: no se revela ni acrecimiento ni disminución de su incidencia en los casos de la base general.

Puede observarse que las decisiones de mayoría mínima constituyen un fenómeno saludablemente inusual en la trayectoria de la Corte Argentina, que no han sido vectores de zozobra política en la medida en que no afectaron a líneas maestras de un gobierno y han sido también aún más infrecuentes en casos políticamente perfilados, y que además se han revelado también como una forma en que surgen criterios innovadores que prontamente son adoptados como doctrina de la Corte.

Por esas razones, es posible sostener que desde la empiria las decisiones de mayoría mínima no representan un problema real para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

### Referencias bibliográficas

- ARBALLO, Gustavo (2016). *La Corte Suprema frente al gobierno. Cuantificando datos sobre casos políticamente perfilados del período 1984-2014*. En “Jurisprudencia Argentina”, tomo 2016-II. SJA 2016/06/08-22.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de (2017). *Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal*. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro , v. 8, n. 3, p. 1863-1908, jul. 2017 . Disponible en <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/23724>.
- RIGGS, Robert E. (1993), *When Every Vote Counts: 5-4 Decisions in the United States Supreme Court, 1900-90*, Hofstra Law Review: Vol. 21: Iss. 3, Article 3. Disponible en <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol21/iss3/3>

# LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: LA INCLUSIÓN NORMATIVA DE LA PERDIDA DE CHANCES

Ivana Cajigal Cánepa  
UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa,  
Argentina

## Palabras introductorias

Hacia finales del siglo XIX en Francia, y principios del XX en Inglaterra, tanto la jurisprudencia como la doctrina, fueron configurando los caracteres esenciales de un “nuevo” instituto, que permitía ampliar los rubros indemnizatorios tradicionales: la pérdida de chances.

Con los años, dicha figura fue siendo adoptada por diversos países, en muchos de los cuales hoy presenta alto grado de consolidación doctrinaria y jurisprudencial, y –en algunos casos- en forma paulatina fue receptándose normativamente. Entre ellos Italia, Bélgica, Australia, y en América Latina Argentina y –en menor grado de desarrollo- Colombia, Uruguay, Perú y Paraguay.

Entre nosotros, la pérdida de chances como rubro indemnizable aparece como una “novedad legislativa” habida cuenta de su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>1</sup> –Ley 26.994- en los artículos 1.738, 1.739 y 1.745 inc. c); sin perjuicio de que desde hacía ya varios años había cierto acuerdo doctrinario y jurisprudencial sobre su procedencia.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo en relación a las bases que han de tenerse en cuenta para su cuantificación, aspecto respecto del cual –adelantamos- tampoco el nuevo Código brinda mayores precisiones.

En el presente trabajo, nos proponemos revisar los requisitos esenciales de la pérdida de chances, para referirnos después a la problemática de la cuantificación del daño indemnizable. Para ello, acudiremos a las reflexiones doctrinarias que nos aportan los autores, y mencionaremos algunos casos jurisprudenciales que denotan la recepción que han hecho nuestros tribunales sobre este instituto.

---

<sup>1</sup> En adelante, e indistintamente C.C.C.

## Encuadre

El nuevo Código innova sustancialmente respecto del Código de Vélez Sarsfield, que – con modificaciones- subsistió por más de un siglo; recepcionando la labor que la doctrina y la jurisprudencia habían venido desarrollando en los últimos años.

Ya en el Proyecto de C.C.C. de 1998, sus autores habían reconocido que la disciplina se encontraba emplazada en un “área móvil”, donde los viejos odres del Código Civil resultaban ya insuficientes para poder brindar soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes; y a partir de ello imprimieron un cambio de perspectiva para colocar a la persona como núcleo y pivote<sup>2</sup>.

Sabemos que el Libro III, “Derechos Personales”, después de abordar en el Título I a “las obligaciones en general”, y en los Títulos II a IV a “Contratos”, en el Título V se refiere a “Otras fuentes de las Obligaciones”.

Si bien se reconocen en el artículo 1.708 dos funciones de la responsabilidad: la preventiva y la resarcitoria<sup>3</sup>, es coincidente la doctrina en que la más importante de ellas es esta última, regulada en la Sección 3º (artículos 1.716/1.736), en tanto que el daño resarcible se contempla en la Sección 4º (artículos 1.737/1.748).

Hay plausible coincidencia doctrinaria que el daño constituye el presupuesto más importante, el principal eje, sobre los que se edifica todo el edificio de la responsabilidad civil. Incluso Vázquez Ferreyra (1993), llegó a sostener que: “El antiguo adagio que “no hay responsabilidad sin culpa” se ve reemplazado por el de “no hay responsabilidad sin daño””(p.169).

Recuerda Ubiría (2012) que esta función prevalente del daño:

Se justifica plenamente a tenor del peso específico del presupuesto de la responsabilidad más importante, se encuentra en sintonía con los sistemas más modernos en derecho comparado pues ha sido advertido muchos años atrás por el Código Civil italiano que se ordena tras el danno ingiusto (art. 2043) y por el derecho anglosajón a través de la elocuente, precisa y pragmática denominación: Law on torts.(p.492)

---

<sup>2</sup> Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, N° 259

<sup>3</sup> Debe decirse que Proyecto Original contenía también una tercera función de la responsabilidad: la disuasiva, a través de la figura de la “sanción pecuniaria disuasiva”, la que finalmente fue suprimida en el texto definitivo.

Por su parte, el artículo 1.737 del C.C.C. define al daño desde una visión más amplia que los artículos 1.066 y 1.067 del Código de Velez, incluyendo expresamente a los derechos de incidencia colectiva y a la lesión de un interés no reprobado por las normas.

El artículo 1.738 del nuevo Código, al referirse a la indemnización, comprende todos los supuestos clásicos y reconocidos por la doctrina y jurisprudencia, sin diferenciar entre los patrimoniales y los no patrimoniales, dejando así de lado la polémica respecto a si correspondía dividir el daño en patrimonial y extrapatrimonial, o si existían también “terceros géneros”, tales como el daño biológico, las afecciones espirituales legítimas, el psíquico (distinto del moral), la pérdida de chances, los daños al proyecto de vida, la violación de los derechos personalísimos, entre otros.

Se recepcionan en este artículo 1.738 al decir de Bueres (2013) un conjunto de situaciones resarcibles, tales como la pérdida o disminución del patrimonio, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de ser obtenido y – también- la pérdida de chances, incluyéndose así reparaciones ante la vulneración de derechos personalísimos, tales como la integridad, la salud psicológica y física, las afecciones espirituales legítimas y la interferencia con el proyecto de vida.

De esta forma, surge normativamente la pérdida de chances como daño indemnizable “en la medida en que su contingencia sea razonable, y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”<sup>4</sup>, la que si bien en nuestro país gozaba ya de reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, no se regulaba en nuestro Código Civil.

Esta disposición debe ser vinculada con la norma, más específica por cierto, del artículo 1.745 inc. c), referida a la “pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos”, aclarando seguidamente la propia norma que “este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido”.

De esta forma se recepciona legalmente la jurisprudencia prevaleciente en la materia en los últimos años, reconociéndose a la pérdida de chance de ayuda futura como daño patrimonial indemnizable a título de pérdida de posibilidades de ayuda futura en la vejez de los padres, ampliándose la legitimación a los abuelos que tengan nietos a cargo y a los guardadores.

---

<sup>4</sup> Artículo 1.739 C.C.C.

## Orígenes

El nacimiento y desarrollo de la figura se produjo casi simultáneamente en países del “*civil law*” y del “*common law*”, y se remontan a Francia, hacia finales del siglo XIX, y poco después –a principios del siglo XX- a Inglaterra.

En estos países, tanto la jurisprudencia como la doctrina fueron abriendo paso a la recepción de una “nueva” figura, que permitía ampliar los rubros indemnizatorios tradicionales.

En Francia, los primeros supuestos se encontraron vinculados a negligencias de los profesionales forenses. Así, fue en este país donde el 17 de Julio de 1889 se dictó la primera resolución judicial en la que se invocó una pérdida de chance, producida por el accionar de un auxiliar judicial que impidió la tramitación de un proceso. Unos años después, el 17 de marzo de 1911, la Sala Civil del Tribunal de Casación se expidió en relación a un funcionario que se abstuvo de ejercer una acción judicial; y ya el 26 de mayo de 1932 en el “*arret de la Chambre de Raquétes*”, referido a la actuación negligente de un notario, se terminó de configurar definitivamente la figura. Ejemplo clásico de la literatura en la materia es también el caso resuelto por los tribunales franceses del jinete que vio frustrada la posibilidad de ganar una carrera de caballos en virtud de que el transportista del animal no lo puso a disposición a tiempo para concursar.

En Inglaterra, en cambio, el primer antecedente de aplicación de la figura se remonta a una sentencia de la Court of Appeal de 1911, y se encuentra vinculado a un concurso de belleza. Se trata del caso *Chaplin v. Hichs*, en el que un agente teatral omitió comunicar la fecha de la entrevista personal a una de las cincuenta candidatas del concurso que habían sido preseleccionadas por los lectores de un periódico. Luego de dicha entrevista, el agente sería el encargado de contratar como actrices a doce de ellas, a quienes abonaría veinte libras esterlinas mensuales a las cuatro primeras, dieciséis a las cuatro siguientes y finalmente doce a las restantes cuatro participantes. La concursante que no fue avisada de la entrevista personal, inició una acción que finalmente prosperó en cien libras, con fundamento en que ella tenía una posibilidad entre cuatro de ser elegida, chance que constituía por tanto un valor económico que al haberle sido sustraído, hacía procedente dicha indemnización.

El precedente inglés citado constituyó el antecedente fundamental del desarrollo de la teoría de la pérdida de chances en el Common Law. Apenas seis años después, la

sentencia de la Court of Civil Appeal de Texas en el caso “Kansas City M. & O. Ry. Co. V. Bell” reconoció al accionante el derecho a reclamar el valor de la oportunidad perdida de ganar un premio en una feria ganadera, que había sido frustrada por el retraso del transportista de los animales. Y ya en 1921, el Tribunal Supremo de Iowa en el precedente “Wachtel v. National Alfalfa Journal Co.” condenó a la empresa demandada por haber anulado un certamen, que privó al actor de la posibilidad de haber obtenido el premio al mejor vendedor.

Así, reconocemos a Francia e Inglaterra como los lugares donde se cimentaron los orígenes de la doctrina de la pérdida de chances, la que fue siendo adoptada luego por diversos países, donde hoy presenta alto grado de consolidación doctrinaria y jurisprudencial, pese a no contar aún en muchos de ellos con recepción normativa.

Otros países, si bien reconocen precedentes en que ha sido aceptada la doctrina de pérdida de chances, su aplicación ha sido muy tímida. Entre ellos Canadá –por influencia francesa-, que aún con reticencia admite la figura; Holanda, por su parte, restringe su aplicación a casos excepcionales de responsabilidad de profesionales legales; y E.E.U.U. pese a ser uno de los primeros países en aceptar la “*loss of chance doctrine*”, en la actualidad circunscribe su aplicación al ámbito de la responsabilidad civil médica y sólo en algunos Estados, si bien se observa la tendencia a una expansión en su aplicación.

Pero además de dicha expansión que podríamos denominar “*horizontal*”, la pérdida de chances se ha difundido “*verticalmente*”, siendo aplicada por diversas organizaciones europeas e internacionales, tales como el Consejo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), e incluso instituciones como la Academia de Jusprivatistas Europeos.

### **Concepto**

Al encontrar su origen en Francia, la denominación con la que se comenzó a difundir esta teoría fue “*perte de chance*”, “*perte d’une chance, parte de chances*” o “*chance perdue*”.

Al comenzar su expansión hacia otros países su nombre fue variando, aunque con criterio general se incluye la traducción al idioma local de “*la chance*” francesa. Así, por ejemplo,

en Italia se la denomina “*perdita di chance*” o “*perdita di chances*”; en E.E.U.U., Inglaterra y Australia se la llama “*loss of chance*”, “*chance lost*” y en ocasiones “*loss of opportunities*”; por su parte en Argentina, Uruguay y Perú “perdida de chances”, y en otros países como Colombia y España se prefiere la denominación “pérdida de oportunidad”.

Lo cierto es que más allá de la denominación empleada en los diferentes países, resulta interesante volver sobre los orígenes del término francés “*chance*” como una primera aproximación en la conceptualización del instituto.

En francés, la “*chance*”, puede ser entendida en dos sentidos: ya como posibilidad o probabilidad, como la forma favorable o desfavorable en la que se desarrolla un hecho; o bien como fortuna, suerte, posibilidad o probabilidad favorable. Y es en esta segunda acepción donde el derecho acuña el desarrollo de la teoría.

En la pérdida de chances coexisten dos elementos aparentemente contradictorios: por un lado la certidumbre de la existencia de un hecho que produce la pérdida de la oportunidad de obtener la ventaja esperada, es decir, que si ese evento dañoso no se hubiera producido la víctima hubiera conservado su expectativa de obtener una ganancia o evitar una pérdida; y por otro lado, la incertidumbre o duda en relación a la situación esperada, ya que por la naturaleza de la figura no puede determinarse si el beneficio (ya obtención de la ganancia o evitación de la pérdida) se hubiere producido efectivamente en caso de no haber acaecido el hecho. Coexisten, así:

Certeza de que de no mediar el evento dañoso –trátese de un hecho o acto ilícito o de un incumplimiento contractual-, el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero a la par la incertidumbre, definitiva ya, sobre sí, manteniéndose la situación de hecho o de Derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido, o si la pérdida se habría evitado (Trigo Represas, 2008, p.55).

Es decir, que además de la situación de incertidumbre en relación a cuál hubiera sido el resultado de no mediar el hecho dañoso, hay algo actual, cierto e indiscutible que consiste en la actuación de un tercero producto de la cual se pierde la oportunidad de lograr un beneficio.

De allí que el daño o perjuicio indemnizable no es el haber frustrado la obtención de una ganancia o la evitación de un perjuicio, sino las posibilidades o las probabilidades, o –si

se prefiere- las chances que se tenían de alcanzar el resultado esperado. La posibilidad frustrada es el verdadero daño. El perjuicio queda configurado entonces con la privación de la oportunidad de obtener una ventaja o evitar una pérdida. En este sentido Trigo Represas (2008) sostiene que:

La chance es pues sustantiva en sí misma, por cuanto la mera probabilidad de obtener una ganancia o ventaja comporta ya, de por sí, implícitamente, un valor económico indiscutible. Siendo por ello que el resarcimiento sólo puede consistir en la pérdida de la propia chance o posibilidad de éxito, en cuanto daño actual resarcible, valorándosela en sí misma y con total prescindencia del resultado final incierto, o sea sin ninguna relación con el eventual beneficio en juego. (p.61)

En sus exposiciones, en general la doctrina intenta sistematizar las características que debe presentar la pérdida de chances para configurar un rubro indemnizable.

Un primer aspecto a considerar es que la víctima debe haberse encontrado en un contexto favorable que permita suponer que habría llegado a estar en una situación tal que le permitiera lograr los beneficios esperados (Zavala de González, 1999). En este sentido también se ha expedido nuestra jurisprudencia<sup>5</sup>

Por su parte, López Mesa (2008), en su obra “Responsabilidad Civil Médica y Pérdida de Chance de Curación”, entiende que para que opere una indemnización por pérdida de chances, deben confluir seis requisitos:

1. Antijuridicidad de la acción del dañador. El agente que frustra la chance de otro de obtener una ventaja o evitar una pérdida, debe hacerlo de manera antijurídica, es decir, que no debe encontrarse amparado en una causa de justificación o haber provocado el daño de forma legítima.
2. Legitimidad del derecho o ventaja cuya concreción se interfiriera antijurídicamente. Naturalmente, el ordenamiento jurídico sólo puede amparar la frustración de una chance en tanto el beneficio a obtener, ya positivo, ya negativo, sea legítimo.
3. Existencia de relación causal adecuada entre la frustración de la chance del perjudicado y la actuación del agente dañador.

---

<sup>5</sup> “Considero que lo exigible es sólo un contexto favorable que permite presumir que, en el futuro, se habría llegado a estar en situación que permitiera el logro de los beneficios esperados” (Sentencia N° 902 08-09-2008 de la C.S.J. de la Sala en lo Laboral y Contencioso Administrativo de Tucumán, en autos “Macías Miguel Eduardo y otra vs. Municipalidad de la ciudad de Concepción s/ Daños y Perjuicios”, voto del Dr. Antonio Daniel Estofán)

La chance frustrada debe ser consecuencia razonable del actuar ilícito del agente dañador, es decir, que debe mediar una relación de causalidad adecuada entre el hecho ocurrido y la probabilidad frustrada; por tanto, dicho suceso debe ser idóneo para producir la pérdida de la oportunidad indemnizable.

Criterio éste también sostenido por nuestra jurisprudencia<sup>6</sup>

4.El balance de probabilidades a favor y en contra del perjudicado debe arrojar un saldo favorable que demuestre que estadísticamente, o según el curso normal y ordinario de las cosas, era probable que obtuviera esa ganancia o ventaja o evitara una pérdida, de no haber interferido el demandado en el curso de los sucesos.

Se trata sin dudas de un requisito estrechamente vinculado al anterior, que permite sostener que sólo resultará, pues, resarcible la pérdida de chance en tanto resulte probable, es decir, cuando cuente con un adecuado grado de verosimilitud o razonabilidad de que la ventaja que se pretende o la pérdida que se busca evitar pueda suceder o ser probada.

Claro que, tratándose de una figura que es en sí misma, una probabilidad, no puede exigirse certeza sobre su producción. Pero si esa probabilidad es muy general y vaga configuraría un daño eventual o hipotético, y por tanto no indemnizable.

De allí que se requiere, pues, una probabilidad “suficiente”, en la que la oportunidad de obtener una ventaja o evitar una pérdida sea susceptible de ser sometida a un “juicio de probabilidad” respecto a la oportunidad de alcanzar dicho beneficio.

Este criterio resulta así de importancia fundamental para distinguir la pérdida de chance resarcible de las meras ilusiones o expectativas del reclamante.

En apoyo a esta postura, Trigo Represas (2008) aporta que:

Es viable la pérdida de chance, si, conforme a las verificaciones periciales, no se configura un perjuicio hipotético o conjetural sino la efectiva frustración de una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente de que, de no haber mediado el evento dañoso, el

---

<sup>6</sup> “Entonces, para que quien reclama indemnización por pérdida de una chance tenga éxito, se requiere que invoque y pruebe las circunstancias por las cuales, según el curso normal de los acontecimientos, sus ganancias iban a incrementarse probablemente en el futuro” (Cam.Civ.Com.Lab.Min de la II Circunsc. Judic. de la Pampa, en autos “Bailo, Mario Alfredo c/ Cosypro Coop. de Obras y Serv. Públicos Ltda. s/ Accidente Acción Civil”, 19-12-2012, del voto del Dr. Alejandro Pérez Ballester, Expte 4951/12, r.C.A.)

“Si del balance de probabilidades surge que la oportunidad no implicaba una mera conjetura, sino una porción basada en posibilidades suficientes de que la chance se perdió efectivamente con motivo del comportamiento atribuible al agente, corresponderá su resarcimiento” (SC Mendoza, Sala I, 03-04-2002, Rpe. J.A, 2003-518, n° 336)

“El requisito de la certidumbre existe con respecto al daño futuro cuando se trata de consecuencias del acto ilícito que aparecen desde ya como prolongación inevitable o previsible del daño actual ya sucedido” (“Brandam c/ Bonifacio Hermano”, ED 72-129)

damnificado habría mantenido la expectativa futura de poder obtener una ganancia o evitar una pérdida. (p.67)

Nuestra jurisprudencia también se ha expresado al respecto<sup>7</sup>.

5.La chance no se debe poder lograr por otra operación equivalente, y por tanto, la parte demandada no debe poder probar que la chance frustrada se hubiera podido obtener de otra forma; por lo cual quien reclama la aplicación del instituto deberá demostrar que la posibilidad que ha quedado trunca se encuentra expirada, definitivamente perdida, siendo ello irreversible.

6.Posibilidad de cuantificación de la chance frustrada. Sin perjuicio de las dificultades que ello importa, debe ser susceptible de ser medida, siempre teniendo en cuenta de manera especial que el rubro indemnizable es la pérdida de chance misma, y no el resultado o beneficio frustrado, el que necesariamente es incierto.

Finalmente, y creemos oportuno referir sucintamente otro aspecto que hace a la procedencia de la figura: la cuestión probatoria.

Como se ha expuesto al tratar de conceptualizar la figura, en la pérdida de chance la certeza se encuentra referida a la frustración de la oportunidad de obtener la ventaja que se pretendía o a la pérdida que se quería evitar, y no a éstas últimas en sí mismas. Por tanto, claramente se advierte que la naturaleza del instituto exige una mayor flexibilidad en cuanto a la valoración de la prueba, lo que no empece a la necesidad de acreditar suficientemente los extremos que permitan tanto demostrar la procedencia como la cuantía de la indemnización.

Al respecto, Zavala de González (2009) ha dicho que:

La prueba presuncional es casi la única posible, y su valoración debe ser mucho más flexible que en daños cabalmente ciertos. Ahora bien, la flexibilidad probatoria encuentra límites, pues (...) las oportunidades perdidas no pueden consistir en meras ambiciones subjetivas, si no cuentan con alguna plataforma fáctica que denote verosimilitud y trascienda el nivel conjetural. De lo contrario, se impone el rechazo de dicho capítulo o, en

---

<sup>7</sup> “(...) Al decir “si” lo hubiese podido lograr. Ese “si” que condiciona la verosimilitud y reconocimiento de la chance, debe estar apoyado en determinados antecedentes objetivos que permitan apreciar que existía una oportunidad efectiva de acceder a la situación idónea, y no una mera conjetura o vaga esperanza en tal sentido” y “(...)el daño que motiva el reclamo aparece como meramente eventual o hipotético, y ya se sabe que el criterio general es que, en tal caso, la pérdida de “chance” no debe ser indemnizada” (Cam.Civ.Com.Lab.Min de la II Circunc. Judic. de la Pampa, en Expte 3964/08, r.C.A., de los votos del Dr. Rodríguez y Constantino, respectivamente).

caso de debilidad probatoria sobre su alcance, una indemnización muy circunscripta.  
(p.284)

Nuestra jurisprudencia también se ha hecho eco de la necesidad de probar la frustración de la chance.<sup>8</sup>

### **Procedencia y valoración**

Creemos fundamental, al referirnos a la denominada “doctrina de la pérdida de chances”, distinguir dos “*momentos*” que se corresponden, respectivamente, con su procedencia y su cuantificación propiamente dicha.

En primer lugar se requiere realizar un análisis valorativo de la existencia de chances o probabilidades que merezcan la protección del derecho tornándolas indemnizables, es decir, si hay daño resarcible, si la frustración del beneficio se presenta con suficiente grado de probabilidad que hagan procedente el rubro. En opinión de Márquez (2008), el juez podrá valerse a estos fines de diversos elementos, tales como estudios estadísticos, los antecedentes en situaciones similares y la experiencia del juzgador.

En este sentido –reiteramos- que si como conclusión de dicha tarea el juzgador advierte que del análisis de dichos elementos se obtiene que la chance que ha sido frustrada era eventual o meramente hipotética, deberá concluirse que no hay chance indemnizable, y por tanto, el rubro debe ser rechazado<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> “En el caso, el actor omitió, al menos de una manera aproximada señalar cuáles eran las perspectivas “concretas” de progreso; tampoco se acreditó ni se advierte por vía de presunción, que el trabajador contara con especiales aptitudes para logros económicos o potencialidad creadora que tornaran expectables esas esas perspectivas “concretas” de progreso. Al no existir en este caso, un contexto objetivo y favorable que autorice a inferir que , de inmediato o más adelante, el actor habría llegado a estar en una situación apta para el logro de los beneficios expectables (...) y al no contar con alguna plataforma fáctica que denote verosimilitud y trascienda el nivel conjetural, y correspondiendo descartar las meras conjeturas o débiles o vagas esperanzas (...) opino que el agravio no debe ser receptado y consecuentemente con ello corresponde revocar la sentencia en la parte que admitió el rubro “pérdida de chance”” (Cam.Civ.Com.Lab.Min de la II Circunsc. Judic. de la Pampa, en autos “Bailo, Mario Alfredo c/ Cosypro Coop. de Obras y Serv. Públicos Ltda. s/ Accidente Acción Civil”, 19-12-2012, del voto del Dr. Alejandro Pérez Ballester, Expte 4951/12, r.C.A.)

<sup>9</sup> “En primer lugar, cabe hacer notar, con relación a la chance que ésta para ser resarcible exige una “probabilidad suficiente”, situación que claramente se adecua al caso de autos... la chance para ser resarcible debe tener aptitud en cuanto a su probabilidad. Es criterio aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que el daño resarcible debe tener carácter de cierto y no meramente eventual o hipotético. Y si bien la chance en sí misma es resarcible, ella debe ser apreciada judicialmente según el grado mayor o menor de probabilidad de convertirse en cierta. El concepto utilizado de “probabilidad suficiente” o frases equivalentes, son términos que aluden al umbral de la chance. Prácticamente en todos los campos de la decisión humana la certeza debe, de hecho, descartarse; por ello, la pregunta es ¿cuán grande debe ser el valor de probabilidad de una hipótesis, para que pueda ser tenida por cierta a los efectos del proceso decisorio? Y ello en tanto un umbral decisorio es un valor de probabilidad por encima del cual es posible

Ahora bien, determinada la frustración de la chance, se impone un segundo análisis, esta vez, cuantitativo. En otras palabras, sólo una vez verificado el daño, podemos evaluar o medir su cuantía.

La figura de la pérdida de chances goza en la actualidad en nuestro país de un gran desarrollo, tanto doctrinario como jurisprudencial; máxime desde la entrada en vigencia el Código Civil y Comercial el 1º de Agosto de 2015, al adquirir recepción normativa como rubro indemnizable<sup>10</sup> “en la medida en que su contingencia sea razonable, y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”<sup>11</sup>.

Quizá el aspecto más álgido y que genera mayores discusiones es el referido al que hemos denominado “segundo momento”, es decir, a determinar cuáles han de ser los criterios para cuantificar la indemnización del daño que la frustración de la chance ocasiona.

La chance es un extremo de muy difícil cuantificación, máxime teniendo en cuenta –como adelantamos- que lo indemnizable no es la pérdida en sí misma, es decir, el resultado esperado; sino la frustración de las posibilidades que se tenían de alcanzar dicho resultado.

Y si la cuantificación de los daños en general es un tema controversial, la pérdida de chance es uno de los rubros que mayores dificultades presentan al operador jurídico, sino el que más.

Sin perjuicio de las dificultades que entraña la cuantificación de los daños al momento de valorar la vida humana, la determinación de la cuantía de la chance perdida, presenta –a su vez- otras particularidades propias de la figura.

De acuerdo a ello, para cuantificar la chance frustrada, es preciso tener en cuenta un sinnúmero de factores que complejizan todo cálculo y que habrán de ser considerados en relación a cada caso en particular.

---

inferir que la ocurrencia del hecho debe ser tenida en cuenta; y por debajo del umbral, el hecho es considerado prácticamente imposible e indigno de ser tomado en cuenta, o en otras palabras -al decir de Llambías-, cuando la "chance" representa una posibilidad muy general y vaga..." (C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 25/03/2008, G., H. A. y otra v. Transportes Metropolitanos General Roca S.A y otros, Lexis N° 70045290)

<sup>10</sup> Artículo 1.738 C.C.C.

<sup>11</sup> Artículo 1.739 C.C.C.

También nuestra jurisprudencia ha sostenido la necesidad de tener presente las particulares circunstancias del caso para fijar el monto por el que ha de prosperar la pérdida de chance.<sup>12</sup>

Zannoni (1982) reconoce la dificultad de merituar económicamente la pérdida de chance, atribuyéndolo a la multiplicidad de factores que pueden presentarse en cada situación en particular, y por tanto sostiene que: “Sería inútil proponer pautas rígidas. Quizás, en cada caso, corresponda tener en cuenta el grado de probabilidad fáctica que existía en el damnificado, de obtener el beneficio que esperaba o de evitar la pérdida” (p.108).

Reconociendo la dificultad de indicar cuáles han de ser los factores a considerar para medir en términos dinerarios la pérdida de chance, pueden mencionarse, a modo ejemplificativo, los siguientes: edad al momento de la muerte, edad del acreedor de la indemnización, existencia o no de otros hijos, modos de vida, condición social, recursos de quien debe abonar la indemnización, estado de salud, evolución probable de actividades rentables, entre otros.

Márquez (2008) señala que como aspecto central para fijar el monto dinerario que se corresponde a la indemnización por la pérdida de chance -y dado que lo que se indemniza es el truncamiento de la ganancia o de la evitación del daño- debe considerarse como base necesaria la cuantía de dicha ganancia probable frustrada o del daño que no ha podido evitarse. Y en segundo lugar, propone el autor tener en cuenta el grado de probabilidad de que el actor hubiera obtenido la mentada ganancia o evitado el daño, ya que esa medida determinará el porcentual en que a su criterio debe disminuirse la indemnización.

Conjugando ambos principios, Osterling Parodi y Rebaza González (2012) también proponen tenerlos en cuenta para determinar la cuantía del daño indemnizable:

Si bien el lucro cesante no interviene para configurar la naturaleza jurídica de la chance, sí se hace presente al momento de la determinación de su valor indemnizatorio como uno de los criterios que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta al momento de fijar el monto indemnizatorio correspondiente

---

<sup>12</sup> “Estas probabilidades (en relación a las de la chance frustrada) no son fijas ni certeras, pueden variar constantemente, y las más de las veces dependen de las circunstancias particulares del hecho concreto. Las probabilidades de éxito deberán ajustarse a los antecedentes fácticos, la incidencia de la negligencia del profesional actuante, los precedentes jurisprudenciales y otros elementos imponderables, que jugarán y tendrán vigor y algún efecto sobre el resultado” (CNCiv, Sala L, 19-04-‘2004, “Curutchet, Miguel Luis y otro c/ L.Q., G.V. y otro s/ Ordinario”)

Destaca a su vez que:

En estos casos, tratándose de beneficios futuros, el órgano jurisdiccional deberá ponderar la variación de la gravedad del daño a efectos de realizar una proyección de las probabilidades de que la chance en verdad se hubiera realizado en el futuro,

Concluyendo que por tanto que:

La indemnización de la oportunidad de que estos beneficios se verifiquen deberá tener en cuenta el grado de probabilidad de adquirir las ganancias o de evitar la pérdida.

Creemos que a los fines de cuantificar la pérdida de chance, no deben perderse de vista los caracteres de la misma, y por tanto, tratándose de la pérdida de una oportunidad respecto de la cual nunca sabremos si el resultado esperado se hubiera o no producido, el criterio del juez al determinar la procedencia de la figura y su cuantía debe ser estricto. De lo contrario podríamos caer en el error de otorgar indemnizaciones a daños conjeturales o hipotéticos que no merecen la protección del derecho.

Al respecto, López Mesa (2008) ha reflexionado que:

La procedencia de este rubro debe ser declarada cum grano salis (como granos de sal), en expresión grata al Tribunal Supremo de España, es decir, con impar prudencia, procurando no convalidar por esta vía abusos manifiestos ni tentativas descaradas de lucro (...) Cuando se analizan fallos argentinos –y también extranjeros- que otorgan indemnizaciones por pérdida de chance, a veces se tiene la sensación de que más que chances han indemnizado ilusiones o meras expectativas (p.16).

También en la consideración de la necesidad de ponderar el grado de probabilidad de que la chance se efectivice, Bustamante Alsina (1993) recuerda que:

La misma (la chance) debe indemnizarse en la medida que tenga muchas probabilidades de realizarse. Se indemniza la chance misma no la ganancia eventual. La chance será valorada por el Juez según su grado de realización: el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad (...) (p.5).

No debe perderse de vista, a los fines de cuantificar la indemnización por pérdida de chance, y tal como hemos expuesto al conceptualizar la figura, que el daño que amerita

reparación es la frustración de la chance misma, y no el resultado pretendido, ya ventaja esperada, ya pérdida evitada<sup>13</sup>.

Si lo que se indemniza es “la chance misma”, apunta Orgaz (1967) que para determinar su cuantía el juez deberá considerarla en concreto, ya que no se indemniza la ganancia o pérdida de que era objeto dicha chance. El daño se refiere a la chance actual y no a un beneficio futuro, que en el caso de la chance sólo existe como tal en el plano hipotético. En este orden de ideas, otro elemento a tener en cuenta para determinar la cuantía de la oportunidad frustrada es su carácter aleatorio. Como hemos expuesto, no se resarcen las ganancias que se hubiesen obtenido o las pérdidas que se hubieren evitado el damnificado en caso de no haberse producido el hecho dañoso, pero tampoco la probabilidad de obtener dichas ganancias o evitar tales perjuicios. De allí que el quantum indemnizatorio no puede nunca corresponderse con el monto que estaba sometido al propio alea de la chance frustrada; sino que ha de ser determinado de acuerdo a la oportunidad que ha resultado frustrada, no pudiendo ser igualada a la producción de la ventaja o la evitación del perjuicio que se hubiese producido si la chance se hubiera verificado, porque lo que se indemniza es la chance en sí misma.

Ello conduce a sostener que

Nunca pueden aceptarse –ni siquiera conceptualmente– pérdida de chances resarcidas como daños efectivos del 100%; ni siquiera puede hablarse con propiedad de chances resarcidas al 80%. Resarcimientos de este porte sólo proceden ante daños efectivos y no frente a supuestas chances perdidas (López Mesa, 2008, 9).

También en nuestro país se han registrado fallos que se han hecho eco de estas ideas<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> "La frustración de una chance es la pérdida de la posibilidad de un beneficio probable futuro, integrante de la facultad de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privarlo de esa esperanza conlleva un daño aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de este daño, porque lo perdido, lo frustrado, es en realidad la chance y no el beneficio esperado como tal. El daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o de tener un bien, material o inmaterial" (CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, "González, María N. y Otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", del 17-4-2008)

"La chance configura un daño actual no hipotético, resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resultó frustrada por el responsable y puede valorarse en sí misma, aún rescindiendo del resultado final incierto en su intrínseco valor económico de probabilidad. El juzgador deberá establecer si la posibilidad perdida constituyó una probabilidad cierta, fundada y suficiente, pero su apreciación no se funda en la ganancia o pérdida porque la frustración es propia de la “chance” que, por su naturaleza, es siempre de realización problemática” (CNCiv, Sala L, 19-04-‘2004, “Curutchet, Miguel Luis y otro c/ L.Q., G.V. y otro s/ Ordinario”)

<sup>14</sup> “Clara está que no acreditada en forma fehaciente una cuantía, de difícil determinación por la naturaleza del perjuicio, deberá aquélla ser prudentemente fijada (...) considerando el cese de la actividad que también supuso para la reclamante dejar de efectuar erogaciones propias del funcionamiento del local ocupado por

Justamente en reconocimiento del carácter aleatorio de la chance, Mosset Iturraspe –a modo ejemplificativo- señala las dificultades de medir desde el ángulo económico las posibilidades que la vida le puede brindar a una persona. Así, al referirse a la muerte del menor y el consecuente derecho a chance de los padres, indica la dificultad que en sí importa poder ponderar:

Cuál ha de ser la actividad económica de quien cuenta sólo con meses de edad o pocos años; (...) la suma o porcentaje dinerario que esta persona podrá ofrecer a sus padres o cuándo podrá hacerlo; (...) la situación de los padres a años de distancia: salud, desahogo económico, carencias, etc; la profesión o tipo de actividad y su rentabilidad (...) cómo hacerlo en un país como el nuestro, de circulación social intensa y destino cambiante de las profesiones (...) (Mooset Iturraspe,1998, 421/422)

Por su parte, Miguel Piedecasas (2008) propone una serie de reglas que a su criterio son la guía que debe seguirse para cuantificar la indemnización por pérdida de chance, explicando que esta:

a) No es la ganancia dejada de percibir, b) pero guarda relación con la posibilidad de obtenerla, c) demostrando la posibilidad de que ello ocurra. De manera tal que: a) incide el monto de la posible y probable ganancia frustrada, b) incide la mayor o menor posibilidad, c) incide el mayor o menor grado de probabilidad (p.179)

Sáenz (2015), pretendido dar respuesta al interrogante sobre qué debe indemnizarse por este concepto, sintetiza que se trata de:

Un perjuicio “fáctico” que reviste aristas particulares (...) es un daño “evento”, es decir, se configura como el menoscabo material, del cual luego se extraen las consecuencias resarcibles, y éstas pueden ser tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial. (...) así las cosas, consideramos que la pérdida de chance constituye un daño “material”, del cual se extraerán las eventuales consecuencias resarcibles, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, según cuál sea el interés lesionado en el caso (p.147/149)

---

la demandada” (CNCiv argentina, Sala I, causa “Carrefour Argentina SA c/ Hames Smart SA y otro s/ cobro de sumas de dinero” ED, 163-208)

“En el caso de la chance no es posible evaluar concretamente el daño causado toda vez que no existe ninguna relación causal con relación a la no realización de una ventaja esperada, por lo que corresponde establecer un resarcimiento menor en comparación con el que cabría en el supuesto de daños ciertos y se penetra en el ámbito del prudente arbitrio judicial” (CNFed. CC, sala III, 22-9-2005, “Chidiac Bassam, Antonio c/ Kloury, Yamil Antonio J. s/ Nulidad modelos y diseños. Daños y Perjuicios”)

## Palabras Finales

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial representó la oportunidad histórica de introducir normativamente la vasta doctrina y jurisprudencia que en los últimos años se había ido elaborando.

Y sin dudas, la responsabilidad civil ha sido uno de los aspectos en que ello se ve con más énfasis; siendo la incorporación de la “pérdida de chance” o “pérdida de oportunidad” es sólo un ejemplo.

Hemos destacado –y aplaudido- a lo largo del presente trabajo, la incorporación legislativa de la figura de la pérdida de chances que realiza el C.C.C., pero sin perjuicio de ello, debe decirse que de la lectura de la mayor parte de la literatura y jurisprudencia reseñadas, cabe concluir que cuando nos adentramos en la necesidad de efectuar la cuantificación de la chance perdida, las dudas parecen ser más que las certezas.

Si bien es cierto que nuestro sistema jurídico no se funda en la pretensión de que los jueces de la misma –y menos aún de distinta- jurisdicción coincidan en las pautas de cuantificación de los rubros indemnizables, la falta de guarismos claros –incluso en la ley- para la cuantificación de los rubros genera en muchas ocasiones situaciones injustas, pudiendo quedar subsumido en la más absoluta aleatoriedad.

La disparidad en las resoluciones judiciales, que se extiende incluso a la diversidad de elementos a los que los jueces echan mano al fundar el *quantum* indemnizatorio en la pérdida de chances, nos conducen a afirmar que el cálculo indemnizatorio no puede efectuarse dependiendo exclusivamente del “prudente arbitrio judicial”, sino que se torna conveniente hallar parámetros que brinden al menos cierta uniformidad al sistema de cálculo.

Los cálculos indemnizatorios, no pueden apartarse nunca de la justicia y la equidad. Surge así la necesidad de hallar criterios racionales en la cuantificación de los daños indemnizables, que permitan suponer decisiones relativamente homogéneas; sin perjuicio de la aplicación de las normas al caso concreto.

Será hoy entonces labor de la doctrina y la jurisprudencia hallar dichos parámetros que –quizás en el futuro- podrán incluso ser receptados normativamente.

Pero sin perjuicio de ello, creemos que la incorporación legislativa de la pérdida de chances como daño indemnizable es un aporte valioso del C.C.C., no sólo por la seguridad que brinda su reconocimiento normativo al momento de pretender su procedencia en el

foro, sino también porque se inscribe en un cambio de paradigma de mayor amplitud que presenta el nuevo Código, y que consiste en la revalorización de la persona humana en todas sus dimensiones.

### **Referencias bibliográficas**

- Bueres A. J. (2013) Doctrina del día: la responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, Revista La Ley, Jurisprudencia, Thomson Reuters, en: <http://thomsonreuterslatam.com/2013/03/doctrina-del-dia-la-responsabilidad-por-danos-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-2012/>, consultado 09 de septiembre de 2018
- Bustamante Alsina J. (1993) “La pérdida de una chance es una consecuencia mediata, previsible y por lo tanto solamente resarcible en caso de incumplimiento malicioso”. *Revista La Ley, Nro. 169, (07/09/1993)*
- López Mesa, M. (2008) “Responsabilidad Civil Médica y Perdida de Chance de Curación”. *Revista de Derecho de Daños*, Editorial Rubinzal-Culzoni
- Márquez, J. F.(2008) “Valoración y cuantificación de la pérdida de chances”. *Revista LLC*, (julio 2008)
- Mosset Iturraspe, J. (1998). *Responsabilidad por Daños. Tomo I. Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores
- Orgaz, A. (1967). *El Daño Resarcible*. Buenos Aires: Depalma
- Osterling Parodi, F., Rebaza González, A.(2012), Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de chance o pérdida de oportunidad, en <http://derechogeneral.blogspot.com.ar/2012/02/indemnizando-la-probabilidad-acerca-de.html>
- Piedecabras, M. (2008): “La pérdida de chance en la CSJN”. *Revista de Derecho de Daños*. Rubinzal Culzoni Editores
- Sáenz, L. R. (2015) “El daño resarcible en el Proyecto de Reforma del Código Civil”. *Revista Derecho Privado. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, Id Infojus: DACF130015*
- Trigo Represas, F. A. (2008): “La pérdida de chance en el Derecho de Daños”. *Revista de Derecho de Daños*, Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Ubiría, F. A. (2012) “La responsabilidad civil” (en línea). Análisis del nuevo Código Civil y Comercial. El derecho. Buenos Aires. Disponible en

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/collect/contribuciones/tmp/responsabilidad-civil-fernando-ubiria.html>

Zannoni, E. A. (1982). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ed. Astrea

Zavala de González, M. (1999). *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi

Zavala de González, M. (2009). *Tratado de Daños a las Personas. Disminuciones Físicas*. Tomo II Buenos Aires: Ed. Astrea

# ¿SON LOS PUEBLOS INDÍGENAS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO?

Lucía C. Colombato  
UNLPam, FCEyJ, CICJ y ODH, Santa  
Rosa, Argentina

## 1. Introducción

Las definiciones en torno a la subjetividad internacional han excluido tradicionalmente a los pueblos indígenas que han quedado, en muchos casos, subsumidos dentro de la población de los estados nacionales.

Sin embargo, desde hace medio siglo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha producido normas vinculantes y de *soft law* que reconocen a los pueblos indígenas colectivamente, y a los individuos que los integran, una serie de derechos específicos que los estados deben reconocer, respetar y garantizar.

La presente ponencia pretende, a través de una revisión de los criterios consensuados en torno a la subjetividad internacional, efectuar un análisis sobre la condición de sujetos de los pueblos indígenas en el derecho internacional actual, sus alcances y sus limitaciones.

## 2. La subjetividad internacional

La idea de subjetividad internacional es una de las que más transformaciones ha sufrido en el derecho internacional contemporáneo.

Tradicionalmente, y durante el período que podríamos denominar derecho internacional clásico, es decir, hasta mediados del siglo XX, la concepción predominante entendía que eran los Estados los únicos sujetos del derecho internacional. Así, Anzilotti (1905) sostenía que “la existencia de otros sujetos de derechos y obligaciones distintos de los Estados es simplemente *inconcebible* en el Derecho internacional”<sup>1</sup>.

Como señala Carrillo Salcedo (1999: 25)

Tal convicción se debió a razones históricas, ya que desde la Paz de Westfalia en 1648, y sobre todo desde la aparición del Estado-Nación, tras la Revolución francesa, la idea de que el Derecho internacional era exclusivamente un orden jurídico *de y para* los Estados en sus relaciones recíprocas, fue cristalizando progresivamente.

---

<sup>1</sup> El destacado es nuestro

La concepción clásica, entendía entonces al Derecho internacional como un sistema jurídico regulador de relaciones jurídicas entre Estados, basado en el dogma de la soberanía, lo que significaba que éstos eran los únicos creadores del derecho internacional, a la vez sus destinatarios, y al mismo tiempo quienes debían asumir la aplicación y ejecución de sus normas.

Eran los Estados nacionales, las únicas entidades a las que el derecho internacional reconocía en forma plena todos los elementos de la subjetividad internacional, conforme los ha definido la doctrina a saber: a) ser destinatarias de las normas jurídicas internacionales; b) participar de su proceso de elaboración; c) poseer legitimación para reclamar por su incumplimiento; d) incurrir en responsabilidad internacional si son ellas quienes las infringen (Carrillo Salcedo, 1999: 25).

En el presente, esta concepción ha dejado de reflejar la realidad de la sociedad internacional, en la que participan múltiples y diversas entidades. El derecho internacional contemporáneo muestra, por el contrario, un progresivo “ensanchamiento del círculo de sus sujetos” (Diez de Velasco, 2013: 275). Pero, además de eso, es necesario reconocer también la existencia de entidades que actúan en la escena internacional, desarrollándose en el plano sociológico, es decir, en el plano de las relaciones internacionales, sin que el ordenamiento jurídico internacional las reconozca como sujetos. Esto sucede con las empresas transnacionales, o las organizaciones internacionales no gubernamentales.

De hecho, aún el Derecho Internacional clásico reconocía, junto a los Estados, otras entidades a las que les reconocía algún grado de subjetividad como la Santa Sede y la Iglesia Católica o las comunidades beligerantes.

El primer paso en el camino hacia la expansión de la noción de subjetividad internacional tiene un hito fundamental en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 11 de abril de 1949 sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, que reconoce calidad de sujetos del derecho internacional a la Organización de Naciones Unidas, y junto a ella a todas las organizaciones internacionales intergubernamentales.

En el mencionado dictamen, la Corte Internacional de justicia señaló:

En un sistema jurídico, los sujetos de Derecho no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades

de la comunidad. El desarrollo del Derecho internacional, en el curso de su historia, se ha visto influido por las exigencias de la vida internacional, y el crecimiento progresivo de las actividades colectivas de los Estados he hecho ya surgir ejemplos de acción ejercida en el plano internacional *por ciertas entidades que no son Estados*<sup>2</sup> (C.I.J.:Rec. 1949:178).

Claro que la extensión de la capacidad de unos u otros sujetos de Derecho Internacional es diversa, ya que “la calidad de sujeto del Derecho Internacional no depende de la cantidad de derecho u obligaciones de que una entidad es titular” (Barberis, 1984: 26-27). De este modo, mientras que la capacidad de los estados es plena, en tanto y en cuanto reúnen todos los elementos implícitos en la noción de sujeto internacional, otras entidades poseen una capacidad restringida, derivadas de las posibilidades de actuación que les han sido reconocidas.

Así, las Organizaciones Internacionales poseen una capacidad funcional, cuyas competencias se encuentran limitadas por el principio de especialidad.

En el mismo sentido, ya no se discute en la actualidad la subjetividad del individuo en el ordenamiento jurídico internacional, aunque esa calidad reconoce límites: aún cuando es destinatario de normas jurídicas internacionales –como los tratados internacionales de derechos humanos–, su capacidad de actuación ante órganos internacionales depende, en gran medida, de la ratificación por los Estados de los instrumentos que crean los órganos y mecanismos de protección. Lo mismo sucede con la vertiente pasiva de la subjetividad del individuo, es decir, la referida a la posibilidad de que se le atribuya responsabilidad en el plano internacional, en el marco de sistemas como el de la Corte Penal Internacional. En lo referido a las personas jurídicas sin naturaleza interestatal, como organizaciones internacionales no gubernamentales y empresas transnacionales, la posición mayoritaria de la doctrina iusinternacionalista ha sido la de su exclusión como sujetos del Derecho Internacional, aún cuando se reconozca su gran relevancia desde el plano sociológico. La reciente opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) dejó en claro que “las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano” (CoIDH OC-22/16, 2016: 27). Sin embargo, desde hace décadas la CoIDH ha reconocido a las comunidades indígenas y tribales la posibilidad de acceso a los procedimientos del sistema, como titulares de algunos de los

---

<sup>2</sup> El destacado es nuestro.

derechos de la Convención Americana. En el mismo sentido se ha pronunciado en favor de la legitimación de sindicatos, federaciones y confederaciones para presentarse por sí mismos a peticionar frente a violaciones derivadas del artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Al mismo tiempo, en el marco del Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, existe un “Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”, que analiza la eventual responsabilidad de estas entidades frente a obligaciones de Derecho Internacional.

Todo esto expresa la compleja estructura de la sociedad internacional, la pluralidad y heterogeneidad de los sujetos del Derecho Internacional contemporáneo (Diez de Velasco, 2013: 277) y la persistente ampliación del contenido de sus funciones.

### **3. La subjetividad de los pueblos**

Si bien la Carta de Naciones Unidas en su preámbulo refiere a “nosotros los pueblos de las Naciones Unidas”, queda claro en su contenido que los únicos miembros de la organización pueden ser los Estados, y que ésta se basa en el principio de igualdad soberana previsto en el artículo 2.1 del mismo instrumento.

Pese a ello, es importante señalar como antecedente que, en el artículo 1 referido a los propósitos de la organización, se menciona al principio de “libre determinación de los pueblos”. No se logró, en ese momento, una regulación más desarrollada debido a la oposición de Reino Unido y Francia, las dos mayores potencias coloniales del momento. Es así que la Carta de Naciones Unidas, previó para los territorios dependientes un esquema con dos sistemas de administración:

(...) uno para las colonias de las potencias vencedoras o de los Estados no enemigos (*territorios no autónomos*), y otro, llamado ‘de administración fiduciaria’, para los territorios entonces bajo mandato, los segregados de los países vencidos a resultas de la Segunda Guerra Mundial y los que voluntariamente quisieran poner bajo tal régimen las potencias coloniales (*territorios fideicomitidos*) (Diez de Velasco, 2014: 299).

La práctica de la sociedad internacional y la confluencia de una serie de factores políticos hicieron que rápidamente se le diera una singular significación jurídica a los pueblos sujetos a una dominación colonial. Es así que, de la mano de las Resoluciones de la Asamblea General 1514 y 1541 de 1960 se dio nacimiento a la consagración del derecho

a la libre determinación, y se acompañó un proceso histórico favorable a la descolonización. Con estas resoluciones, se reconoce el primer sujeto colectivo del Derecho Internacional Público: los pueblos sujetos a una dominación colonial.

Aunque la Resolución 1514, calificada como la “Carta Magna de la Descolonización” consagró el derecho a la libre determinación como un derecho de “Todos los pueblos” (artículo 2), la Resolución 1541, adoptada al día siguiente vino a precisar el concepto de pueblo colonial, señalando que es aquél que se encuentra en un estado dinámico de evolución y progreso hacia la plenitud del gobierno propio, que no ha alcanzado aún (Res. AG 1541 XV. Principio II). También caracteriza a los pueblos sujetos a una dominación colonial la circunstancia de poseer un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales (Res. AG 1541 XV. Principio IV), aunque además deberán considerarse otros elementos de carácter administrativo, político, económico o histórico que influyen en las relaciones entre el Estado metropolitano y el territorio de modo que éste se encuentra colocado arbitrariamente en una situación o en estado de subordinación (Res. AG 1541 XV. Principio V).

Los contornos del derecho de libre determinación, fueron precisados una década más tarde por la Asamblea General en la Resolución 2625 de 1970, que además indicó que el ejercicio de este derecho no debe llevar necesariamente a la consagración de un Estado soberano e independiente, sino que la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo también forma parte del ejercicio de ese derecho.

Es así que, como señala Diez de Velazco (2013:302),

El derecho de autodeterminación es, en definitiva, un verdadero derecho subjetivo del que son titulares los pueblos, y que en su caso puede ser ejercido a través de la resistencia armada que frente a la opresión oponen los movimientos de liberación nacional.

Es importante señalar cuáles son los límites que el Derecho Internacional público ha establecido para este derecho: no es posible invocarlo para quebrantar o menoscabar el principio de integridad territorial de los Estados soberanos.

De este modo, como con acierto afirma Carrillo Salcedo (1999: 32) “ninguna norma de Derecho Internacional legitima un pretendido derecho a la secesión: este es un hecho político y puede ser una aspiración política, pero en modo alguno es un derecho reconocido y legitimado por el Derecho Internacional contemporáneo”.

La consagración de estos límites constituyó un freno para las reivindicaciones de los pueblos indígenas, que se han visto históricamente restringidas al ámbito interno de los Estados como una manifestación del derecho de las minorías étnicas y culturales, pero sin proyección hacia la secesión.

#### **4. Discusión**

Como se desprende del párrafo anterior, los pueblos indígenas quedaron excluidos del concepto de pueblo sujeto a dominación colonial. Aun así fueron logrando instalar, paulatinamente, la cuestión de diversidad étnico-cultural en la agenda política y jurídica de los Estados, alcanzando importantes avances en materia constitucional en distintos países latinoamericanos a partir de la década de 1990, en particular en la región andina (Briones 2004, p. 32).

Al mismo tiempo, los pueblos indígenas lograron un hito importante en el derecho internacional: la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 -con 22 ratificaciones, la mayoría de estados latinoamericanos-, que además de poner de relieve la invisibilización y subestimación de los estados hacia los pueblos indígenas, establece como núcleo fundamental el derecho de consulta, previsto en su artículo sexto.

La consulta previa nace como un derecho específico del que son titulares los pueblos indígenas, que establece la obligación estatal de realizar una consulta todos los casos que pudieran afectarlos directamente, como la adopción de medidas legislativas o administrativas (artículo 6), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (artículos 6 y 7) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (artículo 15). La consulta debe hacerse de buena fe (artículo 6) y su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad, aunque su ausencia no debe ser interpretada como un 'derecho a veto'<sup>3</sup>. De este modo, la consulta es un derecho humano en sí mismo y a la vez, un mecanismo para el ejercicio colectivo de todos los otros derechos humanos de estos pueblos.

---

<sup>3</sup> Ésta es la interpretación que surge de la Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT, p. 15. Disponible en: <http://www.indigenas.oit.or.cr/conten.htm>

Los alcances limitados del derecho de consulta resultan profundizados por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), lo que constituye una norma de *soft law*, es decir, no se trata de una norma internacional jurídicamente vinculante, aunque sí de un compromiso político importante para los estados que participaron en su aprobación<sup>4</sup>. La Declaración establece en su artículo 32 lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

En este sentido, la Declaración recupera la noción de derecho de consulta, cuyo germen es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en un sentido mucho más extenso, para desarrollar la obligación estatal correspondiente de obtener el consentimiento previo, libre e informado.

La distinción entre consulta y consentimiento previo ha sido objeto de análisis por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia en el Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), en que destacó que:

(...) organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo

---

<sup>4</sup> La declaración de los Pueblos Indígenas fue adoptada por Resolución 61/295 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre del 2007 con 143 países a favor y cuatro en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania), mientras que 34 estados no estuvieron presentes en la votación. Recientemente, los estados que habían votado en contra, modificaron su posición lo que ha generado expectativas respecto de la posibilidad de que esta declaración se transforme en un tratado.

o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales<sup>5</sup>.

Las instituciones a las que refiere la sentencia son, entre otras, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, el Foro Permanente para las cuestiones indígenas de Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Existe consenso en el sentido de que la consulta implica que la participación de las comunidades involucradas debe darse desde el comienzo del procedimiento, y debe contemplar su participación en la decisión acerca de cuáles serán los mecanismos de consulta a desarrollar y cómo van a desarrollarse. Es imprescindible que la consulta previa se lleve a cabo con las comunidades afectadas y que sus representantes sean las personas u organizaciones que ellas mismas designen para tal efecto. A su vez, el estado debe suministrarles la información necesaria y respetar sus costumbres y tradiciones, de modo que éstas puedan desarrollar sus propios mecanismos comunitarios de toma de decisión. En ese sentido, se ha considerado que el otorgamiento de un plazo muy exiguo resulta violatorio del principio.

Sin embargo, los efectos de la consulta previa “sigue(n) siendo uno de los asuntos más polémicos en las discusiones jurídicas y políticas sobre esta cuestión” (Garavito y Morris 2010, 83), debido a la ambigüedad de estándares al respecto.

La diferencia práctica central entre este concepto de consentimiento y la figura predominante de la consulta previa consiste en los efectos contrastantes de cada una en los casos en los que las comunidades afectadas se oponen a la medida o proyecto en cuestión. En tanto que algunos pronunciamientos de derecho internacional resaltan que el fin de la consulta es llegar a un acuerdo entre las partes (lo que se acerca a la idea del consentimiento previo, libre e informado), otras establecen que sólo existe un deber de incorporar algunos de los criterios de las comunidades consultadas en los planes de acción o mitigación de impactos de los proyectos o medidas realizadas (lo que se acerca a la concepción dominante de la consulta) (Garavito y Morris 2010, p. 80).

---

<sup>5</sup> Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2007.

La reciente Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2016, profundiza el camino hacia el consentimiento previo, libre e informado, que se encuentra reconocido en esos términos -no como mera consulta- en normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio, recursos naturales y patrimonio cultural.

Pero quizá la transformación más importante viene de la mano del reconocimiento de que los derechos de los pueblos originarios del continente americano son derechos colectivos, lo que implica poner en pugna la matriz individual de la concepción tradicional de derechos humanos y la afirmación de los pueblos como sujetos de derechos humanos, que adquieren de este modo una dimensión personal de carácter colectivo.

En efecto, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas denominado “Derechos colectivos” reza:

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

Por otro lado, es imprescindible no dejar de mencionar aquí la trascendente doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha visibilizado y hecho exigibles los derechos políticos de los pueblos indígenas, junto a los derechos sobre sus territorios, estrechamente vinculados a la subsistencia de sus sociedades y sistemas culturales<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup>Entre otros podemos mencionar los siguientes: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Caso de la Comunidad Muiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2007. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia 27 de junio de 2012. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

En el primer asunto en que abordó la cuestión de los reclamos de las comunidades indígenas sobre sus territorios ancestrales, el emblemático Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (2001), la Corte destacó la existencia de “una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”<sup>7</sup>.

Asimismo resaltó que:

la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>8</sup>.

De este modo, el territorio no es sólo el lugar en que se vive, es el elemento que da sentido a la existencia misma de ese sujeto colectivo que es el pueblo –y por lo tanto de los individuos que se autoidentifican como sus integrantes–, es la razón de la lucha por los derechos y es además, un legado a ser transmitido.

## **5. Conclusiones**

La idea de subjetividad internacional pone en evidencia la transformación del orden internacional, que no puede seguir siendo considerado como un conjunto de normas que regulan las competencias internacionales de los Estados.

Al contrario, el ordenamiento jurídico internacional es hoy un sistema normativo complejo, que expresa la necesidad de cooperación en un mundo cada vez más interdependiente. El escenario actual, coexisten diversos espacios de producción normativa, y diversos sujetos que paulatinamente han ganado legitimación en el Derecho Internacional.

---

y Costas. Sentencia 08 de octubre de 2015. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

<sup>7</sup> Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149.

<sup>8</sup> Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149.

El caso de los pueblos indígenas, es un caso especial en tanto expresa el reconocimiento de derechos en el plano internacional, que pueden ser ejercidos colectivamente, aunque fuera del alcance de la concepción clásica del derecho a la libre determinación.

De este modo, la autodeterminación de los pueblos indígenas, se concretiza en la obligación estatal de garantizar el derecho de consulta, y se orienta gradualmente hacia la consagración de un consentimiento previo, libre e informado como derecho en sí mismo, pero, fundamentalmente, como herramienta para el ejercicio de todos los derechos de los pueblos indígenas. Esta obligación, puede ser exigida por este sujeto colectivo ante sistemas internacionales de protección de derechos humanos, habiéndose consolidado su legitimación en el ámbito del sistema interamericano.

No se trata de la libre determinación como derecho a la consagración de un nuevo Estado soberano e independiente, sino del reconocimiento de un cierto grado de autogobierno, autogestión y participación que permita garantizar el ejercicio de derechos colectivos a su cultura e identidad basados en los principios de igualdad y no discriminación, en el marco del Estado en el que viven y se desarrollan.

Es por eso, que nuestra pregunta al interrogante inicial de si son los pueblos indígenas sujetos de Derecho Internacional público, tiene, irrefutablemente una respuesta afirmativa. Los pueblos indígenas son sujetos del Derecho Internacional público.

### **Referencias bibliográficas**

Carrillo Salcedo, J.A. (1999), *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos.

Diez de Velazco, M. (2014), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos.

Barberis, J.A. (1984), *Los sujetos del Derecho internacional actual*, Madrid: Tecnos.

Garavito, C. R, Morris, M. (dirs.) (2010). *Justicia Global 2. La consulta previa a los pueblos indígenas. Estándares del Derecho Internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.

# **PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS INTENDENTAS EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA. UN ENFOQUE SOBRE LAS GESTIONES QUE SE DESARROLLAN ACTUALMENTE (2018)**

Alejandro Gabriel Correa  
UNLPam, FCH, Santa Rosa, Argentina

## **1. Introducción**

En este trabajo me propongo analizar la situación actual de la participación política de las mujeres como intendentas en la provincia de La Pampa. En un principio, analizaré cuestiones como, ¿cuántas mujeres intendentas hay en la actualidad en la provincia de La Pampa?, ¿qué sucede en una provincia vecina como Río Negro?, ¿las intendentas actuales a qué partidos políticos pertenecen?, ¿qué porcentaje general de intendentas mujeres participan en Argentina?

Como objeto de análisis voy a tomar la gestión de una intendenta de la provincia de La Pampa, Natalia Hollmann, que está a cargo actualmente del municipio de Dorila<sup>1</sup>. Luego, a partir de la entrevista realizada a la intendenta, analizaré sus respuestas a preguntas como ¿cuáles fueron las mayores dificultades durante su gestión?, ¿llevó a cabo políticas de género?, ¿se considera feminista?, ¿tiene planeado acceder a cargos políticos más altos en un futuro? y algunas preguntas más como el hecho de cómo llegó al poder, cómo hizo para construir el poder siendo mujer, si siente que hay machismo dentro del partido político al que pertenece.

Natalia tiene la particularidad de que hoy en día es una de las intendentas que más tiempo ha estado en el poder -se encuentra atravesando su tercer mandato. Ella está a cargo de la gestión del municipio de la localidad de Dorila, un pueblo pampeano ubicado en el noreste pampeano.

Se han realizado investigaciones en torno a los primeros inicios de participación política de las mujeres en la provincia de La Pampa en torno a la década de 1950 (Di Liscia 2014). Al presente se están llevando a cabo trabajos de investigación sobre las gestiones políticas de mujeres en La Pampa. Estos trabajos se encuentran dentro de las investigaciones realizadas por el Instituto Interdisciplinario de Estudios de la Mujer de la Universidad

---

<sup>1</sup> Es una pequeña localidad argentina de la provincia de La Pampa, ubicada dentro del departamento Maracó. Según el último censo (INDEC, 2010) cuenta con un total de 530 habitantes. Está a unos 12 km de la ciudad de General Pico.

Nacional de La Pampa (UNLPam). Quien dirige este proyecto es María Herminia Beatriz Di Liscia y ha realizado aportes sobre la misma línea que planteo trabajar acerca de las experiencias de las mujeres en el poder local haciendo énfasis en las intendentas actuales de la provincia de La Pampa (2017).

Mi intención es realizar un aporte en esa dirección, exponer un trabajo sobre una de las pocas intendentas que gestionan actualmente en la provincia de La Pampa. Ver cómo el patriarcado se ha encarnado tanto en las relaciones sociales, como las construcciones sociales se han naturalizado, y las acciones del gobierno las retroalimentan. Para esto, analizaré su experiencia desde el momento en que asumió la dirigencia del municipio, el 10 de diciembre de 2007, hasta la actualidad.

El abordaje metodológico es de índole cualitativo y cuantitativo. El análisis cualitativo lo desarrollaré a partir de la realización de una entrevista a Natalia Hollmann, y del análisis de fuentes documentales. En tanto el análisis cuantitativo lo aplicaré en el estudio comparativo de la cantidad de mujeres que están en las esferas del poder municipal hoy en día en la provincia de La Pampa y en la provincia de Río Negro<sup>2</sup>.

## **2. Intendentas actuales**

Luego de las elecciones realizadas en el año 2015<sup>3</sup> el panorama de los y las intendentas de la provincia de La Pampa marcaron un dato sugestivo. La Pampa cuenta con un total de 61 municipios, sin incluir las Comisiones de Fomento<sup>4</sup>. De esos 61 municipios, entre pueblos y ciudades, solo 8 están a cargo de una mujer<sup>5</sup>, es decir, los 53 restantes son ocupados por hombres. Las mujeres a cargo de un municipio son apenas el 13%. En tanto en las comisiones de fomento, actualmente todas están presididas por un presidente hombre. Son 18 las comisiones de fomento que hay en la provincia de La Pampa y ninguna es presidida por una mujer.

---

<sup>2</sup> La comparación entre estas dos provincias no solo se debe a que son provincias limítrofes, sino también, porque ambas pertenecen a la Región de la Patagonia.

<sup>3</sup> En octubre del año 2015 en Argentina se llevaron a cabo las elecciones primarias presidenciales. Simultáneamente, en La Pampa se llevaron a cabo las elecciones municipales y provinciales. De manera que el 25 de octubre se elegía al futuro presidente de la Nación, al gobernador de la provincia y a los intendentes y las intendentas.

<sup>4</sup> Localidad cuya población no excede los 500 habitantes y no han sido declaradas municipalidad por una ley especial.

<sup>5</sup> Datos elaborados por el autor a partir de la información recabada en la página web del Gobierno de La Pampa. Disponible en: <http://www.lapampa.gov.ar/municipios.html>

Cuadro 1: relación entre número de mujeres respecto a la cantidad de hombres que están a cargo de un municipio en La Pampa.



Las 8 intendentas que se encuentran actualmente trabajando en sus municipios pertenecen a pueblos de pocos habitantes. Específicamente, el pueblo más grande de La Pampa que se encuentra a cargo de una mujer es General Acha, una localidad que cuenta con un total de 12.583 habitantes<sup>6</sup>. Las otras 7 localidades<sup>7</sup> gestionadas por mujeres tienen menos de 8.000 habitantes y 4 de ellas menos de 1.000 habitantes.

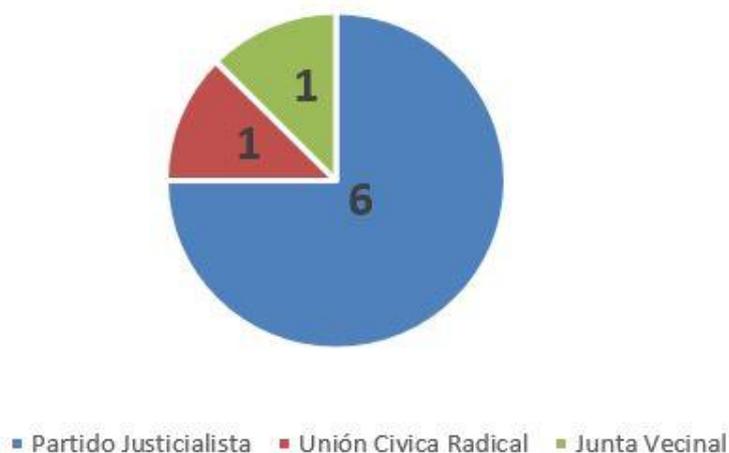
El partido Justicialista en la provincia cuenta con un total de 55 intendencias, es el partido mayoritario. De las 8 intendentas, 6 de ellas pertenecen al PJ. Las 2 intendentas restantes corresponden a la Unión Cívica Radical (UCR) y a una Junta Vecinal.

Cuadro 2: Partidos políticos de los que forman parte las intendentas de La Pampa.

<sup>6</sup> Según el último censo (INDEC, 2010).

<sup>7</sup> Se trata de las localidades de Ataliva Roca, Colonia Barón, Dorila, Luan Toro, Miguel Cané, Realicó y Winifreda.

## Partidos políticos a los que pertenecen las intendentas de La Pampa



En La Pampa se mantiene la tendencia señalada por el ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género)<sup>8</sup> que registra que en Argentina sólo el 9,8% de las intendencias están en manos de mujeres y que corresponden a localidades de menos de 5.000 habitantes<sup>9</sup>. Respecto a la provincia limítrofe de Río Negro el panorama no cambia a grandes rasgos. Río Negro tiene un total de 39 municipios y sólo 4 de ellos son gestionados por una mujer. Solo el 10% de los municipios lo gestiona una mujer en la provincia rionegrina. Y de las 34 comisiones de fomento que hay en la provincia, solo 6 son presidentas mujeres, el resto son todos hombres<sup>10</sup>. Todas estas comisiones de fomento que están a cargo de una mujer cuentan con menos de 500 habitantes<sup>11</sup>.

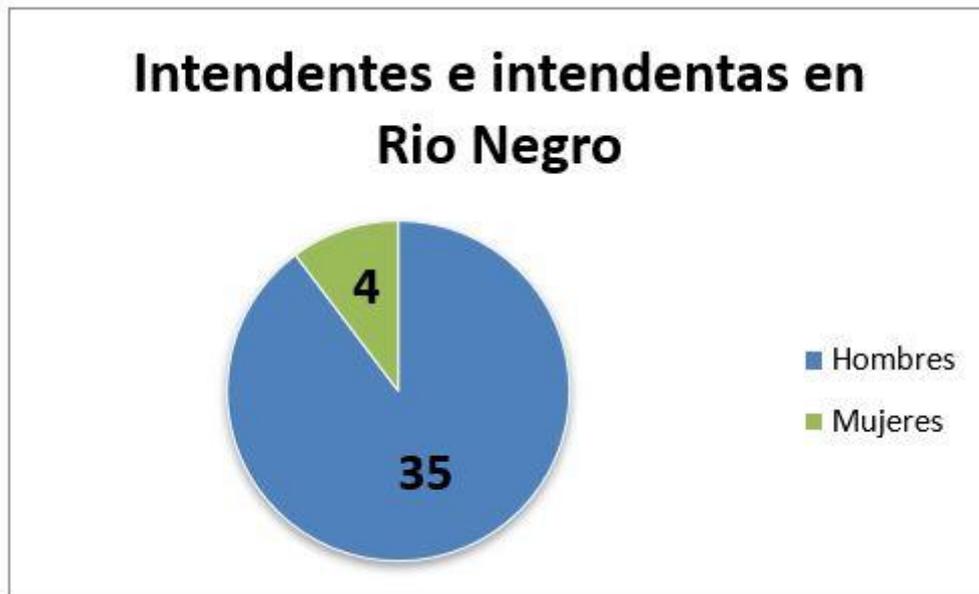
Cuadro 3: cantidad de mujeres respecto a la cantidad de hombres que están a cargo de un municipio en Río Negro.

<sup>8</sup> ELA, Cohre, ADC y UNL (2010) “Informe sombra para el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, P 8.

<sup>9</sup> Di Liscia M. H. B (2017) Experiencia de mujeres en el poder local: intendentas de la provincia de La Pampa. En XXIII Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Humanas. Investigar en Ciencias Sociales y Humanas en el contexto actual. Santa Rosa: Instituto Interdisciplinario de Estudios de la Mujer.

<sup>10</sup> Datos elaborados por el autor a partir de la información obtenida en la página web del Gobierno de La Provincia de Río Negro.

<sup>11</sup> Según el último censo (INDEC, 2010).



### 3. Gestiones anteriores

Natalia Hollmann en 2007 se convirtió en la primera intendenta de la localidad. A partir del boletín oficial N° 2716 de la provincia de La Pampa, la localidad de Dorila pasó de ser una Comisión de Fomento a ser declarada un municipio según la ley N° 2306. Todas las personas que estuvieron a cargo anteriormente de la localidad fueron presidentes de la comisión de fomento.

Si bien Natalia Hollmann fue la primera intendenta, hubo una mujer anteriormente a cargo de la comisión de fomento de Dorila. En el año 1973, por disposición del gobernador de la provincia, Aquiles Regazzoli, el 20 de septiembre, la señora María Allasia de Bongianino se convirtió en la primera presidenta de la comisión de fomento de dicha localidad. Estuvo en el poder hasta el 4 de mayo de 1976. Luego volvió a tener una segunda gestión en el año 1983, designada nuevamente por el gobierno provincial. Este último mandato será de 4 años para María Allasia, ya que en 1987 asumió el cargo como presidente de la comisión de fomento el señor Oscar Alfredo Benito. Benito fue el antecesor de Natalia Hollmann, ya que estuvo a cargo de Dorila hasta el año 2007.

### 4. Cómo llega al poder

La gestión de Natalia Hollmann se da en un pequeño pueblo de unos 500 habitantes aproximadamente que se encuentra en el departamento de Maracó. Esta intendenta

asumió su cargo en el año 2007 luego de ganar las elecciones municipales con el Partido Justicialista. Actualmente Natalia transita su tercer mandato.

Las elecciones se llevaron a cabo el 10 de octubre de 2007, donde logró una victoria junto al PJ. Dos meses más tarde, el 10 de diciembre, asumió oficialmente y comenzó a trabajar en el municipio.

Ella cuando asume en el poder lo hace en un contexto nacional e internacional que la habilitan. Gracias a la ley 24.012 de la República Argentina, la comúnmente llamada ley de cupo o de cuotas que fue sancionada en el año 1991, que modificó el código electoral y estableció que todos los partidos políticos en sus listas de candidatos debían tener como mínimo un 30% de mujeres. Esto generó una mayor democratización de los espacios de decisión política, ya que las mujeres participaban mucho políticamente, pero no en los lugares de decisión. Dicha ley se dio en un contexto internacional donde se buscaba aplicar leyes similares, tanto en Europa como en América Latina, con el fin de poder cambiar las relaciones asimétricas en el acceso al poder de hombres y mujeres.

A partir de una entrevista realizada el día 21 de mayo de 2018, Natalia Hollmann comentó que antes ella trabajaba en el hospital *Pablo Lacoste*, ubicado en la localidad pampeana de Eduardo Castex<sup>12</sup>. Allí se desempeñó como Licenciada en Kinesiología y Fisioterapia, título que obtuvo en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Actualmente tiene un cargo congelado en el hospital de Eduardo Castex, mientras desempeñe el puesto de mayor jerarquía.

Ante la consulta sobre cómo fue que surgió la idea de que ella fuera candidata a intendenta comenta que “la fueron a buscar desde el partido político”. Ella explica que “el Partido Justicialista venía perdiendo hace muchos años las elecciones y fueron a buscar un perfil, una imagen que muestre éxito y renovación. Pero ella no era militante política, ni su familia”<sup>13</sup>.

El anterior presidente de la comisión de fomento fue Oscar Alfredo Benito, un hombre que tenía ya 20 años en el poder. Asumió en el año 1987 como presidente de la comisión de fomento a través del voto popular, suceso que ocurría por primera vez. Natalia Hollmann venía a representar un perfil que marcaba un recambio para la gestión del

---

<sup>12</sup> Es una localidad argentina ubicada dentro de la provincia de La Pampa. Es la cabecera del departamento de Conhelo. Tiene un total de 9470 habitantes según el último censo (INDEC, 2010). Se encuentra a unos 50 km. de General Pico y a unos 83 km de la ciudad de Santa Rosa.

<sup>13</sup> Entrevista realizada por el autor en Dorila el día 28 de mayo de 2018.

pueblo. En ese entonces ella tenía 27 años, era una mujer nacida y criada en el pueblo, con título universitario, tenía en ese entonces un solo hijo y estaba casada<sup>14</sup>.

La intendenta señaló además la importancia que tuvo para la población la renovación de las autoridades. Ella no tenía muchos conocimientos de política pero consideró que su gestión debía centrarse en mejorar la situación por medio de una mayor relación con los habitantes de la localidad.

## **5. Los comienzos de la gestión**

Al consultarle sobre sus mayores complicaciones como intendenta, qué sucesos le generaron mayor dificultad, ella planteó que hubo muchos pero que a medida que fue ganando experiencia pudo ir limando sus complicaciones, sin embargo, dos inconvenientes fueron cruciales. El primero fue en relación al mantenimiento de las calles rurales que se encuentran alrededor del pueblo.

“Por ahí el productor agrario no entendía que uno no salía a arreglar las calles porque no quería sino porque si está muy seco el suelo, rompes, y si hay mucha agua, tenes que ver cuándo para poder arreglarlos”.

El otro problema que le tocó enfrentar fue al comienzo de su gestión, cuando recién asumió. Ella plantea que

muchas cosas de la anterior gestión cambiaron. Cuando llegué a la oficina vi que había muchas boletas sin pagar, muchos pagarés de mercadería. Y yo decía que pareciera que no hubiera tanta necesidad en el pueblo. Entonces, empecé a entrevistar a cada una de las familias que la gestión anterior ayudaba. Empecé a preguntar el porqué de sus necesidades, les planteé que la municipalidad los iba a ayudar como antes, pero a cambio de trabajo. No se les iba a regalar nada. Eso generó malestar, pero lo entendieron muy bien. Ninguna de esas familias que eran ayudadas fue a trabajar, pero tampoco fueron a pedir.

## **6. Construcción del poder**

Más allá de que es difícil para la mujer poder darle órdenes a los hombres que están en el corralón... pero no, bien, bien porque la mayoría de los hombres son del pueblo, me conocen desde chica.

---

<sup>14</sup> En la actualidad tiene 38 años, casada y tiene 3 hijos (14, 9 y 4 años).

Si vos te dirigís con respeto hacia una persona y le das a entender que vos querés lo mismo que él quiere... que las calles estén limpias, el pasto cortado, las plantas podadas, que los juegos del parque estén arreglados. Si ellos quieren ver el pueblo lindo como lo quiero ver yo... Colaboraron desde que entré hasta la actualidad.

Natalia reconoce que no es fácil ser mujer y tener que darles órdenes a los empleados hombres, pero ella aclara que no tuvo complicaciones porque la conocen desde siempre. Se trata de un pueblo chiquito donde todos se conocen, son todos vecinos, se criaron juntos. Natalia plantea que a partir del respeto, compañerismo y poder trazar los mismos objetivos que los trabajadores tienen a futuro, supo construir el poder, delegar actividades y llevar adelante la gestión sin ningún problema con sus compañeros. Esto es una mirada parcial, porque solo tenemos la opinión de Natalia, no sabemos el pensamiento de los trabajadores respecto a la intendenta y la relación laboral que tienen.

Ella se describe como una mujer que se dirige siempre con mucho respeto y simpatía. Es muy segura de lo que quiere para su pueblo, de lo que quiere lograr, y dice que se lo ha podido transmitir de manera muy clara a los trabajadores del pueblo. Esto generó el cariño del pueblo hacia ella, que reconozcan su trabajo eligiéndola tres veces de manera consecutiva.

## **7. Relación con las políticas de género**

Respecto a las políticas de género, consulté si en su gestión fueron implementadas. Ella dijo que se realizaron charlas promovidas por el gobierno provincial. También comentó que en momentos de luchas y marchas que se realizaban en General Pico o Santa Rosa, las mujeres del pueblo han salido a la plaza central del pueblo y se han manifestado también. Natalia no se considera feminista, argumentando su posición por el lugar que ocupa.

Estando en este lugar uno tiene que estar acompañando tanto a la mujer como al hombre. Yo creo que la igualdad de género va más allá de ser hombre, mujer, bisexual. Es tener igualdad de derechos e igualdad de oportunidades. Por eso no me considero feminista diciendo ´defiendo a la mujer´.

Natalia cree que el feminismo es posicionarse en contra de los hombres. Y ella argumenta su “parcialidad” por el rol social que cumple en la localidad. Desde su rol político siente que militar el feminismo le juega en contra por esta concepción errónea que ella tiene de

que el feminismo es superponer un género sobre el otro. Entonces, lo único que hace con esta estrategia de gobierno es reproducir la incidencia patriarcal.

Puede ser que el hombre sufra violencia de género porque lo he escuchado. Entonces estamos poniendo a la mujer como víctima. Si el hombre recibe violencia por parte de la mujer entonces estamos teniendo un problema en ambos géneros. Ya te digo, igualdad de oportunidades, igualdad de derechos para ambos géneros.

Si bien es una mujer que tiene acceso a toda la población de Dorila, y tiene trato tanto con hombres como con mujeres, ella argumenta su posición por la experiencia vivida en el que la mujer ha violentado al hombre. Cabe aclarar que cuando ella se refiere a que el hombre recibe violencia de género, es un concepto erróneo. La violencia de género se produce del hombre hacia el género femenino y no viceversa. Al respecto, la Convención Belém Do Pará (1994), menciona que *“la violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico”* (Citado en Gamba, 2009, p. 357). Se denomina violencia de género porque es una violencia que se ejerce del hombre hacia la mujer debido a que la considera inferior, la trata como si fuese de su propiedad. En cambio, la violencia de la mujer al hombre se enmarca en el concepto de violencia, pero no violencia de género ya que dicha acción no se asienta dentro del sistema patriarcal y machista. La violencia de la mujer al hombre es el reflejo de la sociedad violenta en la que vivimos, la agresión cotidiana en la que nos desarrollamos.

“La ley 26.485 contempla la violencia contra la mujer en todos los ámbitos: el doméstico, el comunitario o social y el del Estado” (Medina, 2013:14). Esta ley es importante porque viene a romper con la concepción de que la violencia de género es algo del seno familiar y privado, y amplía a todos los ámbitos en el que las mujeres se relacionan.

## **8. Mujeres en el poder**

El hecho de que haya tan pocas mujeres profesionales en los puestos de conducción refleja un fenómeno conceptualizado como “techo de cristal”<sup>15</sup> y se ve en todos los ámbitos laborales, tanto públicos como privados. Es muy bajo el porcentaje de mujeres que tienen un ascenso en los puestos de mayor jerarquía. Al preguntarle por este problema que se

---

<sup>15</sup> Son las limitaciones o barreras con las que se encuentran las mujeres a lo largo de su carrera para poder lograr un ascenso en el mundo laboral.

vive en la actualidad en Argentina y que se refleja en la provincia donde muy pocas mujeres tienen acceso a altos cargos en la política -en el cual hay solo 8 intendentas en La Pampa y el resto son todos hombres- ella respondió:

Es complicado por el rol que cumple una mujer en una casa. Porque bueno, yo más allá de ser intendenta de la localidad, soy mamá de 3 hijos y soy ama de casa. Entonces cumplir los 3 roles se te complica

El hombre sale a trabajar y cuando vuelve puede ayudar, pero es como que la mujer es la que más participa en las labores de la casa.

Es más complicado para la mujer.

Lo que ella plantea es que el acceso a los altos cargos por parte de las mujeres se ve limitado por el rol que deben cumplir en una familia, algo que se ha consensuado en la sociedad durante muchos años. Este techo de cristal reproduce un doble trabajo. Un discurso patriarcal que se ha establecido desde que la mujer comenzó a integrarse en mayor proporción al mundo laboral en las décadas del 50 y 60 en Argentina y que plantea que si bien la mujer trabaja y lleva dinero al hogar, no debe descuidar las funciones que la sociedad concibe como “naturalmente” femeninas. Es decir, la mujer debe trabajar pero también continuar siendo ama de casa, encargarse de la crianza de los hijos. “Los sectores políticos dominantes percibían estos cambios como nefastos ya que se temía que las mujeres progresivamente fueran abandonando sus tareas hogareñas y maternas” (Di Liscia 2013:60 citado en Di Liscia, 1999; Palermo, 1997). El marido quizás puede actuar como complemento, donde ayuda a la mujer en las labores, pero la mujer es la que debe dedicar más tiempo a estas actividades. Este discurso/práctica todavía se mantiene y se trata de una construcción histórica de la desigualdad. Natalia es consciente de que esto puede cambiar, pero lo sigue reproduciendo, lo acepta.

Di Liscia (2010) afirma que:

Se abrió paso a una mayor participación de las mujeres en el mercado de trabajo sin que ello haya significado cambios sustanciales en la división sexual del trabajo tradicional, lo que ocasiona por tanto una doble jornada de trabajo para las mujeres puesto que el doméstico quedó casi exclusivamente a su cargo (Di Liscia, 2010:19).

Siguiendo esta línea, ella plantea que no siente una desventaja dentro de su partido político al momento de tomar decisiones, de participar u opinar. Siente que son todos iguales, tanto hombres como mujeres, y si sintiera que hay machismo dentro del Partido

Justicialista, ella se habría retirado. Se visualiza en Natalia una concepción tradicional en torno a las relaciones de género; es comprensible en tanto que la naturalización de situaciones cotidianas no posibilita visualizar las redes del poder patriarcal inmersas en las prácticas sociales de hombres y mujeres.

## **9. Reflexiones**

El caso de Natalia Hollmann es muy particular porque es una de las pocas intendentas que se ha mantenido en el poder desde hace varios años en la provincia de La Pampa y en un país donde las mujeres tienen una escasa participación en la gestión de municipios. Como vemos, en la actualidad, los hombres todavía son una gran mayoría en la toma de decisiones municipales, hay una desigualdad de género en el espacio ejecutivo-municipal. Esto se debe tanto a los diversos partidos políticos que tienden a colocar como candidatos en su mayoría a hombres, la falta de oportunidades para que las mujeres ocupen puestos formales, como así también, a la misma sociedad que al momento de colocar el sobre en la urna, elige candidatos de sexo masculino o que con la reproducción de estereotipos se imposibilita el acceso femenino a la participación política. También logramos visualizar que hoy en día en la provincia el PJ es el partido político que más intendentas mujeres tiene.

Que una intendenta esté desarrollando su tercer mandato consecutivo a cargo de una gestión es un dato que se puede calificar como progresista. Esto marca el apoyo del pueblo para que sea conducido por una mujer y la satisfacción que tienen la mayoría de sus habitantes con su trabajo. Trabajo que marca una diferencia con la gestión anterior, donde hay una mayor comunicación entre los trabajadores, se establecieron los objetivos de manera muy clara y la gestión se enmarca en prácticas de transparencia. Quizás estos cambios de organización se deban a la experiencia previa que ella tuvo como profesional en el hospital de Eduardo Castex como también al recambio generacional de las autoridades públicas que conforman el gabinete de la localidad de Dorila.

Hay un problema que se mantiene y es que en los cargos jerárquicos, legislativos y ejecutivos, se prefiere a los hombres antes que a las mujeres. El hecho de que a la mujer le cueste más poder ascender en su trabajo se ve justificado por el rol materno y hogareño que debe cumplir. Se reproduce un discurso que establece que la doble jornada laboral que las mujeres deben llevar adelante hace que limite su desempeño laboral. Algo que no

sucede en el hombre, es decir, el rol paterno no impide ni restringe su trabajo. Cuando este discurso cambie, cuando el hombre tenga igual participación que la mujer en las tareas del hogar como en la crianza de los hijos, cuando exista una mayor igualdad de oportunidades, es muy probable que el porcentaje de participación femenina en las esferas de poder aumente mucho más. Las mujeres siempre participaron en la política de distintas maneras, pero no tienen acceso a la toma de decisiones en la misma cantidad que tienen los hombres, no existe una igualdad.

Que haya más mujeres en el poder va a generar un cambio en la forma de ver y trabajar en la política. Los intereses y los problemas del género femenino van a estar más representados. Pero no significa que pase en todos los casos, porque tenemos el caso de Natalia Hollmann que no representa estos temas. Desde el planteamiento erróneo de que la violencia de la mujer hacia el hombre es violencia de género, hasta la falta de políticas de género incentivadas por su gabinete, marca que no hay un interés de ella por avanzar en estas problemáticas. La paridad en las esferas de poder va a cambiar la política, pero no siempre que haya más mujeres significa que haya más representación de las problemáticas de ellas. Hay mujeres con acceso a la toma de decisiones que continúan reproduciendo un discurso patriarcal y machista, y lo ponen en práctica también. Una perspectiva de género permite poder visualizar dichas acciones.

### **Fuentes primarias**

- Asquini N. (2014, noviembre 10) Intendentes pampeanos, la política congelada. *La Arena*. Santa Rosa, La Pampa. Disponible en: <http://archivo.laarena.com.ar/>
- Benito, M. L. y Gutiérrez, P. G. (2007) *Centenario de Dorila 1907-2007 Pueblo chico... Historia grande*. S/D de Edición.
- Boletín Oficial Provincia de La Pampa* (2007). N° 2716. Archivo Histórico Provincial, Santa Rosa, La Pampa. Disponible en: <http://www.lapampa.gov.ar/>
- El 67% de los intendentes fue reelecto (2015, octubre 27). *La Arena: Archivo*. Santa Rosa, La Pampa. Disponible: <http://archivo.laarena.com.ar/>
- Correa, Gabriel (2018) Entrevista a Natalia Hollmann, Dorila, La Pampa, 21 de mayo de 2018.
- Página web oficial del Gobierno de la provincia de La Pampa. Disponible en: <http://www.lapampa.gov.ar/>

Página web oficial del Gobierno de la provincia de Río Negro. Disponible en:  
<https://www.rionegro.gov.ar/>

### **Referencias bibliográficas**

- Barrancos, D. (2010). *Mujeres en la sociedad argentina: una historia de cinco siglos*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Di Liscia M. H. (2017, octubre 5-6) Experiencias de mujeres en el poder local: intendentas de la provincia de La Pampa. En *XXIII Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Humanas. Investigar en Ciencias Sociales y Humanas en el contexto actual*. Santa Rosa: Instituto Interdisciplinario de Estudios de la Mujer.
- Di Liscia, M. H. (2010). “Género y sociedad” (Ficha de cátedra de Sociología y Ciencias Políticas). Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa.
- Di Liscia, M. H. (2014). *Mujeres que dicen y hacen. Ciudadanía y memorias en La Pampa*. Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa.
- Di Liscia M. H. (2013). *Mujeres y política: Memorias del primer peronismo en La Pampa*. Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa.
- Fernández Poncela A. M. (2007, agosto 13-18) La ciudadanía política femenina: reflexión y definición. En *XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología*. Guadalajara.
- Gamba, S. (coord.) (2009). *Diccionario de estudios de género y feminismos*. Buenos Aires: Biblos.
- Medina G., Gonzáles Magaña I., Yuba G. (2013). *Violencia de género y violencia doméstica: responsabilidad por daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

## **LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

Cynthia Diner  
UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa,  
Argentina

### **Causas de la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar**

La calidad de vida de las personas se puede ver afectada por la incesante búsqueda de un equilibrio, entre las exigencias laborales y familiares que comparten el mismo tiempo pero con espacios físicos distintos. Por ende se comprende que el problema de la conciliación de la vida laboral con la vida familiar se suscita a partir de dos causas, la primera consiste en la diferencia de localización entre el lugar de trabajo y el hogar, y la segunda se atribuye a cuestiones culturales y biológicas.

En la era preindustrial, los campesinos mantenían concentrado en el mismo lugar la casa y el trabajo, incluso los que vivían en los burgos acostumbraban elaborar los productos encargados por los mercaderes quienes proveían las materias primas en las casas de las familias y éstas trabajaban en el hogar de forma que el mercader retiraba las mercaderías y pagaba a destajo la labor realizada por la familia trabajada en el hogar a destajo al producir para el mercader. Es por ello que se considera que la Revolución Industrial, con la edificación de fábricas, ha marcado el inicio de la separación entre el hogar y lugar de trabajo.

Por otra parte nos encontramos con cuestiones culturales y biológicas, que durante años han justificado una división de roles entre la mujer y el hombre, es decir que el hombre trabaja fuera de la casa porque la retribución monetaria sirve de sostén del hogar, y a la mujer se le asigna la crianza de sus hijos y las tareas de ama de casa por un mandato natural y social.

A partir de la Primera Guerra Mundial se produce un cambio social frente a la necesidad de sustituir los puestos de trabajo de los hombres que iban a luchar en el frente de batalla. Hay que tomar en cuenta que las mujeres han reemplazado a los hombres tanto en el campo como en las oficinas y fábricas, es decir ellas pasaron a obtener el ingreso monetario del hogar sin abandonar su rol de amas de casa; con lo cual se vislumbran los albores del conflicto entre las tareas laborales frente a las exigencias hogareñas.

En realidad el aumento de la incursión de la mujer en el mercado laboral ha tomado un ritmo creciente, principalmente en los últimos años producto de la globalización, como así también la necesidad del doble ingreso en el hogar. Además, el mismo empuje ha llevado a la mujer a capacitarse con un nivel de educación superior y universitaria para romper el “techo de cristal” con lo que ha alcanzado altas posiciones tanto en el sector público como en el sector privado. Es por ello que hoy en día no nos llama la atención que una mujer gerencie una empresa o un país.

Región	Total	Varones	Mujeres
Gran Buenos Aires	55,7	67,6	44,9
■ Ciudad Autónoma de Buenos Aires	61,6	69,8	54,5
■ Partidos del Gran Buenos Aires	54,0	67,1	42,2
NOA	53,4	66,6	41,2
NEA	48,0	60,7	37,1
Cuyo	50,9	64,2	39,1
Pampeana	52,9	65,0	42,2
Patagónica	52,9	63,6	42,7
<b>Total</b>	<b>54,1</b>	<b>66,3</b>	<b>43,1</b>

Figura 1. Tasa de actividad de la población de 16 años y más. Por región primer trimestre de 2017.

Fuente: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2017, p. 11).

En la Figura 1 se puede observar que la Argentina registra niveles de hombres que trabajan superior al de mujeres pero con una pequeña brecha, con lo que se podría ilustrar un panorama de roles compartidos por ambos sexos en el trabajo y en el hogar.

Como lo hace notar el premio Nobel de Economía Gary Becker, el resultado del trabajo remunerado de la mujer ha producido un cambio en el tamaño de las familias, es decir el aumento del nivel de vida se encuentra relacionado con el lento crecimiento de la población. Nos encontramos en un modelo social que no sólo tiene menos hijos sino también destina más tiempo al trabajo para poder brindarles un mejor nivel de vida. “Los padres altruistas aman a sus hijos y se preocupan por su bienestar”. (Tommasi e Ierulli, 2000, p.98).

La mejora del nivel de ingresos producto de la participación femenina en el mercado de trabajo contribuye a elevar el capital humano y el bienestar, tanto de los padres como de

los hijos. Pero al mismo tiempo, se presentan tensiones que resultan de cumplir con las exigencias laborales y con las demandas familiares que se entremezclan en la jornada laboral. Como bien afirma Du Brin (2008): “Situación que se presenta cuando las funciones de un individuo como trabajador y participante activo en la vida social y familiar compiten entre sí”. (p. 127).

En consecuencia, el conflicto afecta no sólo a la persona que lo padece sino también puede proyectarse en el bien de su familia y de todo el entorno, es decir que los efectos negativos hacen peligrar el bien común. De hecho se entiende por bien común a “un bien objetivo, diferente de los bienes individuales, y característico de ésta cosmovisión: abarca al hombre en su totalidad, tanto las exigencias individuales como las del espíritu”. (Ledesma, 2003, p. 52). Es decir, las personas buscan no sólo su propio bienestar sino también el de su familia, sus amigos, sus compañeros de trabajo, y en un continuo devenir que alcanza a la sociedad.

### **Efectos de la falta de conciliación de la vida laboral y familiar**

Para comprender mejor vamos a enfocarnos a la tensión padecida por las personas por el peso de la corresponsabilidad en las obligaciones laborales y familiares en una constante búsqueda de equilibrio. Si bien un cierto grado de nerviosismo puede resultar positivo como un factor motivador que impulsa a la superación en las tareas cotidianas, también puede asumir un carácter negativo que afecta en la salud de las personas. De manera puntual apuntamos al estrés, que se define como un proceso que comienza cuando la persona se enfrenta a situaciones que le generan tensión que se conocen con el nombre de estresores; como por ejemplo rendir un examen, como así también el caso de un trabajador que tiene que cuidar un bebé al mismo tiempo que cumple su jornada laboral.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) sostiene que “un balance entre la vida privada y el tiempo de trabajo son factores importantes que pueden incidir en el estrés en el trabajo....Las medidas múltiples de apoyo son necesarias para reducir fatiga, mejorar la seguridad y la salud, así como apoyar las responsabilidades familiares”. (OIT, 2013, p.61).

Para ilustrar mejor podemos enfocarnos en la Figura 2 donde se representa la curva de estrés con las siguientes variables: en el eje horizontal se mide la cantidad de estrés y el desempeño en el eje vertical.

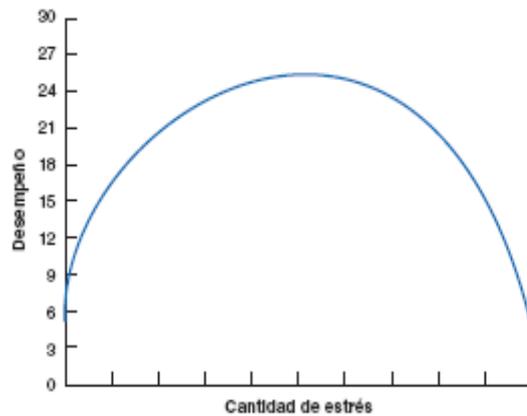


Figura 2. Nivel óptimo de activación. Fuente: Aamodt (2010, p. 557).

La función de la Figura 2 nos permite apreciar que los niveles de estrés bajos pueden influir positivamente en el desempeño, es decir que el estrés puede resultar positivo en la productividad hasta cierto nivel (el máximo de la curva), y a partir de éste punto un incremento del estrés recae en perjuicio del trabajador con un posible daño en su salud.

Tal como lo afirma Newstrom: “Cuando aumenta la presión, surge una tensión negativa en las emociones, procesos de pensamiento, conducta y condición física de una persona. Cuando la tensión alcanza niveles elevados, los empleados desarrollan diversos síntomas de estrés que perjudican su desempeño laboral y salud”. (2011, p. 385).

El conflicto entre el trabajo y familia puede ser una causa importante de estrés que se asocia con ansiedad, cambios de humor, problemas de salud que incluso pueden ocasionar el uso excesivo de medicamentos. (Du Brin, 2008, p. 127).

Ahora bien, el daño en el desempeño personal puede considerarse exclusivamente en el plano laboral como así también puede afectar el hogar, es decir con la presencia de un estado de irritación y de cansancio que no le permite a la persona desenvolverse bien tanto frente a las obligaciones laborales como en las familiares, y más aún se dificulta el equilibrio entre ambas.

Dicho lo anterior, vamos a analizar cómo se refleja este conflicto desde el punto de vista de las ciencias económicas y su aplicación en las ciencias jurídicas.

### **Aplicación de las Ciencias Económicas al Derecho**

El Análisis Económico del Derecho (AED) es una corriente de pensamiento que se fundamenta en aplicar las herramientas que utilizan las Ciencias Económicas para la

asignación eficiente de los recursos al estudio de los problemas legales. Dicho con palabras de Richard Posner:

El Análisis Económico del Derecho tiene aspectos heurísticos, descriptivos y normativos. En el aspecto heurístico, busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales. En su modo descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal. Y, en su aspecto normativo, asesora a los jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular la conducta a través del Derecho. (Posner, 2005, mediante Mercado, 2009, p.324).

Se debe agregar que el premio Nobel Ronald Coase ha sido un impulsor del Derecho y Economía orientado especialmente a cuestiones medioambientales, las relaciones entre las responsabilidades legales y civiles de las empresas y su comportamiento estratégico. (Roux, p. 250).

A pesar que se considera que la AED se limitaría a aplicar el análisis microeconómico de optimización de los recursos al escenario jurídico, se puede observar que los cambios sociales han influenciado tanto a en la Economía como en el Derecho porque son básicamente ciencias sociales. Es decir, sin alejarse de la asignación óptima de recursos, las Ciencias Económicas han sido atravesadas por corrientes que han incorporado el rostro humano a la gestión de las empresas.

En los primeros años del siglo XX se destacaron aquellos pensadores que sostenían un pensamiento mecanicista del factor humano donde se relaciona la eficiencia del trabajo con trabajadores como simples engranajes de una máquina cuyo comportamiento se rige exclusivamente a normas y reglamentos. En una palabra es la escuela científica de Taylor que asimila al empleado como una máquina para producir más que como un ser humano. (Chiavenato, 2000, p. 33).

En cambio la doctrina actual ha adoptado modelos que tienen presente el rostro humano del trabajador y una capacidad de la organización de contemplar las necesidades que surgen con los cambios del entorno para motivar y retener los recursos humanos capacitados. Como plantea Ackoff, “lleva a cabo la vigilancia continua del medio para detectar los cambios que han ocurrido o que están a punto de ocurrir y que requieren adaptación por parte de la organización”. (Ackoff, 2001, p.43).

Las organizaciones en general y las empresas en particular tienden a lograr un clima organizacional que genere valor al motivar a los empleados a través de políticas de retención del talento humano. (Alles, 2005, p. 32). Entre las políticas que se han propuesto para obtener un compromiso del empleado con la organización empleadora se encuentran aquéllas que facilitan el balance entre la vida laboral con la vida familiar. Por ejemplo, se destacan la flexibilidad de la jornada laboral, la instalación de jardines maternos y guarderías, el trabajo en equipo que posibilita el intercambio de tareas laborales, etc.

En conjunto se orienta a un modelo organizacional que reflexiona sobre la calidad de vida de los recursos humanos porque estima que en un empleado satisfecho a nivel personal contribuye a la producción cuantitativa de la empresa en mayor medida que lo haría un empleado desmotivado. Con respecto a la eficiencia de los recursos desde un punto de vista microeconómico, el nuevo modelo organizacional contempla al factor trabajo integrado por empleados motivados y comprometidos, a diferencia de trabajadores estresados y desmotivados que piensan en cambiar de empleo en pos de una mejor calidad de vida.

Como hemos visto la AED utiliza las herramientas de la Economía para resolver asuntos jurídicos en forma eficiente, y la eficiencia económica apunta a la asignación de recursos con el menor costo posible. De modo que si se presenta un alto grado de rotación de los recursos humanos, o que éstos tengan una falta de compromiso con la empresa puede aumentar los costos de ésta en detrimento de sus beneficios económicos.

Todas estas observaciones se relacionan con la Ley de Contrato de Trabajo, que define en su artículo N°4 al trabajo como: “toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración” (Ley N° 20744, 1976). De ahí que se considera al trabajador como una persona que presta un servicio a cambio de una remuneración monetaria, a pesar de que la óptica de las ciencias económicas contempla otros tipos de motivaciones laborales que se suman al salario; tales como posibilidades de horarios flexibles y teletrabajo.

De acuerdo a lo anterior, la concepción del trabajador desde el punto de vista del Derecho del Trabajo ha sido desde una óptica individual sin tener en cuenta sus circunstancias familiares, es decir con tono neutral; y una división de roles si “Subyace que una persona distinta al trabajador está encargado(a) del llamado “trabajo reproductivo”, es decir de la reproducción, del cuidado y de la crianza de los hijos. (Pucheta, 2017, p. 3).

En particular, las sociedades patriarcales se caracterizaban por considerar al hombre como el cabeza de familia, encargado de solventar a ésta y por su parte la mujer estaba destinada a las tareas domésticas y 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).

De modo similar, las medidas orientadas a la seguridad social de los trabajadores favorecían exclusivamente a los hombres que tenían un trabajo formal remunerado, es entonces que las mujeres podían lograr alguna cobertura por sus relaciones matrimoniales y/o de parentesco. (OIT, 2009, p.25).

En el mundo se han generado cambios sociales que no los encontramos reflejados en el derecho laboral argentino, a diferencia de la evolución propuesta en otros países como España que cuenta con una Ley de conciliación de la vida laboral con la vida familiar de los trabajadores. De hecho se encuentran en la ley 39 del año 1999 los motivos que la impulsaron: el principio constitucional de equidad y no discriminación, la incorporación de la mujer al mercado laboral con sus consecuencias en la sociedad y la conciliación del trabajo y la familia es una problemática planteada en el mundo. Hay que mencionar además que se ha fortalecido con la Ley Orgánica del año 2007 sobre la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Como antecedente se puede señalar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde sus inicios en el año 1919, defiende la dignidad del trabajo como una herramienta en pos de la paz mundial, se ha preocupado por el conflicto trabajo-familia mediante las siguientes declaraciones:

- Año 1951: Convenio y Recomendación sobre igualdad de remuneración.
- Año 1958: Convenio y Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación).
- Año 1965: Recomendación sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares.
- Año 1975: Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos.
- Año 1981: Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares.

La OIT contempla como finalidad primordial “es 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). No obstante, por el avance en los roles compartidos por ambos géneros se produce una búsqueda de equidad en lo que respecta a las corresponsabilidades asumidas. Es decir, podemos ver que hoy en día nos podemos encontrar tanto con hombres como mujeres que padecen un desbalance entre su vida trabajo-familia.

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). De ahí que si una persona se siente en desventaja por tener muchas obligaciones familiares frente a otra que no las tiene, incluso podría orientar la demanda laboral hacia la contratación de personas sin obligaciones familiares.

Todavía cabe señalar que el Derecho de familia argentino parece haber acompañado más las transformaciones sociales en comparación con el Derecho laboral, así por ejemplo el Código Civil y Comercial ha sustituido la “patria potestad” del Código Civil del año 1869 por la “responsabilidad parental”. De manera puntual, se considera que el ejercicio de la patria potestad que han tenido los padres hace referencia al hombre padre que protege económicamente como jefe de hogar a la madre y los hijos que se encuentran bajo sumisión. (Herrera mediante Pucceta, 2017, p.7).

En cambio la responsabilidad parental se refiere a la autoridad de los padres en consonancia con las variaciones que han experimentado las familias con el tiempo, esto es que no es el padre sino que son los progenitores los que asumen los deberes y derechos sobre los hijos menores de edad según lo ordenado por la ley. Teniendo en cuenta que las responsabilidades familiares se sustentan en cubrir las necesidades materiales y espirituales de los hijos. (Bossert y Zanonni, 2016, p.371-395).

Llegados a éste punto cabe aclarar que la familia no se encuentra integrada sólo por padres e hijos, sino que además contempla los individuos vinculados jurídicamente por parentesco que excede al concepto nuclear, esto implica que un trabajador puede tener

alguna exigencia de una persona dependiente que no necesariamente es un hijo menor de edad, y que puede complicar la conciliación de su vida laboral con su vida personal.

El enlace del ámbito familiar con el laboral se genera un impacto al interior de la dinámica familiar con una distinción entre las relaciones intrafamiliares de las relaciones extrafamiliares donde las primeras se refieren a las que tienen lugar en el espacio privado que conforma la familia, y las segundas incluyen vínculos entre un integrante de la familia con terceros que pueden ser particulares o el Estado. (Krasnow, 2008, p.147). En el caso del balance vida laboral y familiar se puede considerar que se presenta una relación extrafamiliar de la persona con la organización empleadora y a su vez necesita equilibrar con sus relaciones intrafamiliares.

Nos encontramos frente a una situación donde el Derecho de Familia podría requerir un apoyo del Derecho Laboral. Por ejemplo, en la Ley de Contrato de Trabajo señala en su artículo N°179: "...En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan". Pero no queda claro el tipo de organización que se encuentra obligada ni la edad de los niños y niñas para los jardines maternales.

En este sentido la OIT considera que una de las circunstancias que podría mellar la protección de los trabajadores radica en la legislación, tanto porque "el ámbito de la ley es demasiado estrecho o es interpretado de forma restringida". (OIT, s.f.). Para ilustrar mejor el Convenio N° 156 de la OIT que trata sobre los trabajadores con responsabilidades familiares data de 1981 y ha sido ratificado por la Argentina en el año 1988. Sin embargo, la Ley de Contrato de Trabajo considera que los convenios colectivos de trabajo pueden ser aplicados para la resolución de casos concretos pero no les reconoce un rol extensivo ni analógico de la ley. (Ley N° 20744, 1976, art.16).

Como expresa Piedrahita Vargas, el legislador puede otorgar derechos: a los empleadores, a los trabajadores y a ambos. Estos derechos pueden ser negociables o no, por lo que se hace necesario que el legislador analice la pertinencia de los derechos no negociables para que no afecten la eficiencia económica. (2011, p. 19).

En cuanto a las negociaciones entre empleador y trabajador debe quedar en claro el objetivo del acuerdo; que no es tan sólo llegar a éste sino elegir la mejor entre diversas

alternativas que se presentan, es decir obtener los mejores resultados. (Du Brin, 2008, p.138).

En la actualidad las empresas suelen adoptar un modelo de gestión con Responsabilidad Social Empresaria, éste le permite resolver conflictos y de esa forma generar impactos positivos en su entorno. Más allá de sus objetivos económicos y obligaciones legales puede acrecentar el compromiso organizacional y social mediante la adopción de políticas que colaboren en el equilibrio de la vida laboral con la vida personal de sus empleados.

### **Conclusiones**

El presente trabajo ha pretendido transitar un breve análisis pero complejo a través de legislaciones de Argentina y España, como así también algunas recomendaciones de la OIT sobre la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas. En cuanto a la elección de España se basa en la evolución de la legislación española que ha sancionado leyes específicas sobre éste tema.

En el caso de Argentina nos encontramos en un proceso de transición en el que se advierten los Convenios Colectivos de trabajo combinados con la Responsabilidad Social Empresaria. Teniendo en cuenta que nos encontramos con nuevas concepciones de gestión empresarial, que apuntan a la creación de valor con la implementación de estrategias dirigidas a mejorar la calidad de vida de sus recursos humanos, el Derecho podría utilizar éstas herramientas en el marco de la mejora del bienestar de las personas, sus familias y la sociedad.

### **Referencias y Bibliografía**

- Aamodt, M. (2010). *Psicología industrial/organizacional. Un enfoque aplicado*. Cengage Learning. México D.F. México.
- Ackoff, R. (2001). *Planificación de la empresa del futuro*. Editorial Limusa. . México D.F. México.
- Alles, M. (2005). *Desarrollo del talento humano basado en competencias*. Granica. Buenos Aires. Argentina.
- Bossert, G., Zannoni, E. (2016). *Manual de derecho de familia*. Astrea. Buenos Aires. Argentina.
- Chamocho Cantudo, M., Ramos Vázquez, I. (2013). *Introducción Jurídica a la historia de las relaciones de trabajo*. Dykinson. Madrid. España.

- Chiavenato, I. (2000). *Administración de Recursos Humanos*. Mc Graw Hill Interamericana S.A. Santa Fe de Bogotá. Colombia.
- Du Brin, A. (2008). *Relaciones Humanas. Comportamiento humano en el trabajo*. Pearson. Naucalpan de Juárez. México.
- Ghai, D. (2003). Trabajo decente. Concepto e indicadores. *Revista Internacional del Trabajo*. 122(2). Recuperado de [www.ilo.org](http://www.ilo.org)
- Krasnow, A. (2007). El Derecho de Familia y el Derecho Constitucional. Los aportes del Profesor Germán J. Bidart Campos desde su disciplina de pertenencia. *Investigación y docencia*, 40, 145-151. Recuperado de [www.centrodefilosofia.org](http://www.centrodefilosofia.org)
- Ledesma, J. (2003). *Economía. Teoría y Política*. Pearson. Buenos Aires. Argentina.
- Ley N° 20744. Ley de Contrato de Trabajo. Texto ordenado por Decreto N°390. Buenos Aires. Argentina. 13 de mayo de 1976.
- Martínez, C. (2009). Maximización de la riqueza y asignación de derechos en Richard Posner. *Persona y Derecho*. 60. Recuperado de <https://dadun.unav.edu/bitstream>
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. (2017). *Las mujeres en el mundo del trabajo*. Buenos Aires. Argentina.
- Organización Internacional Del Trabajo. (2009). *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Santiago. Chile.
- Organización Internacional del Trabajo. La relación de trabajo. Recuperado de [http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS\\_165190/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/labour-law/WCMS_165190/lang--es/index.htm)
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). *La prevención del estrés en el trabajo: Listas de puntos de comprobación. Mejoras prácticas para la prevención del estrés en el lugar de trabajo*. OIT. Ginebra. Suiza. Recuperado de [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2012/112B09\\_9\\_span.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2012/112B09_9_span.pdf)
- Piedrahita Vargas, C. (2011). La negociabilidad de los derechos laborales: un análisis económico. *Ecos de Economía*, 16 (34), pp. 7- 27.
- Pucheta, M. (2017). *El derecho del trabajo y el desafío de adaptarse a los nuevos modelos familiares reconocidos en el nuevo Código Civil y Comercial (y legislación reciente)*. Recuperado de <https://www.academia.edu>
- Roux, D. (2006). *Los premios Nobel de Economía*. Akal. Madrid. España.

Tommasi, M. Ierulli, K. (eds.) (2000). *Economía y sociedad*. Cambridge University Press.  
Madrid. España.

# **LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO? O DERECHO AMBIENTAL COMO RAMA INDEPENDIENTE? ES POSIBLE PLANTEAR EN ARGENTINA EL DERECHO A LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS?**

Cecilia Inés Domínguez  
UBA, Facultad de Derecho, CABA,  
Argentina

## **1. Breve Introducción a la temática referida**

Nos encontramos en un nuevo paradigma completamente diferente en cuanto a la protección de los Derechos Humanos respecto de hace un siglo atrás. Cada vez se puede vislumbrar con mayor ímpetu la generación y protección de nuevos Derechos que comprenden a la interrelación de múltiples disciplinas.

A medida que ha evolucionado el Derecho, éste siendo un cuerpo dinámico se ha expandido hacia el amparo de diversos y cada vez más estratos sociales, cubriendo o garantizando derechos que hasta hace unos años atrás eran inimaginables para cualquier ciudadano, juez u operador jurídico.

Hasta hace unos años era impensable que niños, mujeres y ancianos contaran con Derechos especiales dado su carácter de vulnerabilidad en la sociedad y más aún sabiendo que los Derechos Humanos habían nacido para la protección del hombre blanco, burgués, capitalista, europeo, etc.

Se desprende entonces de esto último la posibilidad de por qué no pensar, dado un marco de progresividad expansiva en la creación de Derechos, la posibilidad de interrelacionar al Derecho Ambiental en conjunto con los Derechos Humanos, adjudicándole a la naturaleza como sujeto de protección del Derecho Ambiental el ser sujeto de derecho interdependiente.

## **2. El Surgimiento de los Derechos Humanos a nivel mundial**

Podría establecerse como punto de partida o inicio de un nuevo paradigma hacia la protección de los Derechos Humanos el surgimiento de la Declaración del Hombre, la Carta Magna en el año 1215.

La misma fue redactada por el rey Juan sin Tierra de Inglaterra, siendo esta una suerte de acuerdo con los señores que constituían la nobleza de ese entonces, con el objeto de certificar determinados principios inviolables y garantías de protección hacia su vida y propiedades privadas. En ella podemos ver principios constitucionales que se ven plasmados hoy en día en nuestra propia Carta Magna, tales como: la garantía de juez imparcial, juicio previo e incluso el principio de legalidad.

En ella se pueden advertir las garantías de libertad, igualdad y justicia, las mismas que serían luego replicadas en numerosas Cartas, Tratados y Declaraciones que han surgido con posterioridad en el ámbito internacional de los Derechos Humanos.

Subsiguientemente otra acción de real trascendencia en el surgimiento de los Derechos Humanos, se verá en la Declaración de los Derechos de Virginia en el año 1776, la que ha dado paso posterior a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789.

Luego de la Revolución Francesa del año 1789, con las consignas de libertad, igualdad, justicia y fraternidad surgen nuevos derechos en el ámbito internacional. No obstante, los Derechos Humanos de ese entonces buscaban la protección del hombre burgués, blanco, terrateniente, capitalista para poder comercializar.

Se parte entonces de la concepción de la protección hacia un sujeto individualista, antropocentrista egoísta y autointeresado.

La globalización de la racionalidad capitalista ha supuesto la generalización de una ideología basada en el individualismo, la competitividad y la explotación. Esta constatación nos obliga a todos los que estamos comprometidos con una versión crítica y emancipadora de los derechos humanos a contraponer otro tipo de racionalidad más atenta a los deseos y necesidades humanas que a las expectativas de beneficio inmediato del capital. Los derechos humanos pueden convertirse en la pauta jurídica, ética y social que sirva de guía a la construcción de esa nueva racionalidad. Pero, para ello debemos sacarlos de la jaula de hierro en la que los tiene encerrados la ideología de mercado y su legitimación jurídica formalista y abstracta. (Herrera Flores, 2008, p.11)

Pese a lo anteriormente mencionado, me atrevería a establecer como comienzo del posterior desarrollo de los Derechos Humanos, a la civilización Sumeria. Con ésta, surge la codificación de las leyes hacia los ciudadanos, sistematización de la ley que se

circunscribe mucho antes que el Código Draconiano, La Piedra de Roseta o el Código Hammurabi.

Dicha civilización, que fue descubierta gracias al hallazgo de La Piedra de Rosetta, poseía el manejo de las ciencias tales como la medicina, la farmacología, la escritura, el comercio, etc. La Piedra de Rosetta que poseía tres diversos tipos de escritura antigua, texto griego, texto demótico y texto jeroglífico fue útil para poder realizar las primeras traducciones y posteriormente realizar las aproximaciones a la escritura cuneiforme, la que mediante su estudio se llevó a develar la civilización Sumeria.

Y así se nos ofrece el panorama de las ciudades sumerias organizando su vida en todos los aspectos, y conociendo por vez primera los problemas políticos y sociales de una Humanidad que acababa de salir de la primitiva etapa de la caza y la recolección: problemas de libertad y tiranía, de paz y de guerra, de precios y de tasas, de impuestos y gabelas de toda clase, de un código penal y civil, de dioses contrapuestos, de gobiernos sacerdotales, etc., etc. (Kramer, 1956, p.4).

Con la redacción de esta primera codificación de la historia de la humanidad, se comienza un largo período de regulación legal en pos de la protección o creación de los Derechos Humanos.

### **3. Características de los Derechos Humanos**

Nadie duda sin embargo de las características que poseen los Derechos Humanos, siendo éstas las ya conocidas por muchos:

Universalidad. Extendiendo su protección hacia todos los seres humanos en conjunto, siendo ésta una inherencia propia por el sólo hecho de ser poseedor de la cualidad de vida. Sin embargo, se podrá realizar dos críticas a esta universalidad. La primera referida a lo anteriormente anunciado, la construcción de los Derechos Humanos no ha sido pensada en pos de la protección hacia toda la humanidad en su conjunto, sino aplicada muy especialmente al intereses que poseía determinado conjunto de personas, quienes a su vez detentaban el mayor poder. Otra crítica que se podrá realizar es “el principio de Universalidad se enfrenta a la diversidad normativa nacional, que constituye la principal razón de las reservas (...), que fragmentan la unidad conceptual del tratado y los niveles de exigibilidad.” (Wlasic, 2005, p. 31).

Otro principio indudable que poseen los Derechos Humanos es el principio de indivisibilidad. Realizando un análisis llano del principio, establecemos que el mismo

posee la cualidad de no poder dividirse, no obstante, lo que se comprende del mismo es que no se encuentra dentro del ámbito legal, un determinado Derecho Humano por encima de otro, es decir, no poseen jerarquías. Son un conjunto macizo y estrecho, interrelacionado sin divisiones. “La interrelación entre los mismos con un grado de interdependencia mutua entre derechos.”( Wlasic, 2005, p. 32)

La imprescriptibilidad va de la mano de la progresividad de los Derechos Humanos, es decir, aquellos derechos que ya han sido adquiridos a lo largo de la historia, jamás podrían perderse o renunciarse a ellos (inalienables).

La progresividad se plasma en el marco de la evolución de los Derechos Humanos a lo largo de la historia. Es sabido que muchos Derechos que han nacido recientemente fueron impensables años atrás. Entonces... dadas estas características, por qué no nos podemos permitir pensar la relación existente entre los Derechos Humanos y el Derecho Ambiental?

#### **4. Análisis de las diversas generaciones de los Derechos Humanos**

Es sabida y conocida ya la división que se hace en tanto a las diversas generaciones de Derechos Humanos. Cada una se ha desarrollado en momentos y contexto sociales diversos, acuñando la relevancia hacia donde era dirigida esa protección, haciendo especial hincapié en la protección dado el contexto sociológico e histórico en el que fueron aplicados. Así entonces nos encontramos con los llamados Derechos Humanos de primera generación, de segunda generación, tercera y cuarta generación.

Es importante destacar en este caso la característica de la progresividad en los Derechos Humanos, ya que los mismos han ido evolucionando a medida que fueron vislumbradas diversas necesidades a proteger. Tenemos así:

Derechos Humanos de primera generación. El surgimiento de estos derechos viene dado de los siglos XVII y XIX. Son los llamados “Derechos Civiles y Políticos”. Estos surgieron a raíz del conflicto de clases suscitado por la Independencia de los Estados Unidos y la posterior Revolución Francesa. El objetivo central de los mismos es procurar limitar el accionar del estado frente a la vida privada de los ciudadanos.

En tanto la segunda generación establece los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El desarrollo de los mismos es producido durante los siglos XIX y XX. El principio rector de los mismos es la aplicación del valor igualdad entre todos los seres

humanos, a diferencia de los de primera generación que se buscó la implementación del valor Libertad, valor que surge de la misma proclama de la Revolución Francesa del año 1789.

El surgimiento de la tercer generación de Derechos Humanos se produce entre los siglos XX y comienzos del s. XXI. Son los llamados Derechos de incidencia colectiva, “El ambiente es un bien de incidencia colectiva, no divisible y de uso común y esto se ve claro en la legitimación.” (Ricardo Lorenzetti en la UNCuyo). En esta tercera categoría de derechos se puede incorporar al Derecho Ambiental en pos y miras de la protección hacia el medio ambiente dado el escalonado abuso y agotamiento de los recursos naturales producto de los daños acaecidos por el ser humano.

Parafraseando al Dr. Wlasic Juan pese a la descripción realizada de las diversas categorías, es menester abordar las categorías de generaciones sin encasillar a los derechos en una u otra, sino realizando un análisis en su conjunto en miras del principio rector de los Derechos Humanos, el principio de progresividad.

## **5. Derecho Ambiental en el marco de nuestro sistema legal a nivel nacional**

En nuestro marco normativo nacional, podemos encontrar la protección hacia el medio ambiente no solo en nuestra Carta Magna y la Ley 25.675 (ley general del ambiente), sino que se puede ver plasmada dicha protección en diversos tratados internacionales que han sido ratificados y suscriptos por nuestro país, como así también leyes de protección sistematizan el amparo hacia el medio ambiente desde diversas índoles, por ejemplo la protección hacia bosques nativos y/o la prohibición del desecho de residuos patógenos, la gestión de residuos industriales, ley de bosques nativos, ley de glaciares, entre otras varias.

No obstante, sin dejar de nombrarlas a modo de ejemplo:

Tratados internacionales en materia ambiental ratificados por la Argentina:

Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (aprobada por Ley 21.836).

Convenio de Viena para protección de la Capa de Ozono (aprobado por Ley 23.724).

Convención sobre Humedales de Importancia Internacional (aprobada por Ley 23.919).

Convención de Basilea (aprobado por Ley 23.922 ).

Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (aprobado por Ley 24.216 ).

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (aprobada por Ley 24.295).

Convenio sobre la Diversidad Biológica (aprobada por Ley 24.375 ).

Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (aprobada por Ley 24.701).

Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (aprobado por Ley 25.389)

Protocolo de Kyoto (aprobado por Ley 25.438).

Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR (aprobado por Ley 25.841).

Leyes Nacionales de Protección del Ambiente:

Ley 25.675 Ley General de Ambiente

Ley 25.612 Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios.

Ley 25.670 Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs

Ley 25.688 Régimen de gestión Ambiental de Aguas.

Ley 25.831 Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental.

Ley 25.916 Gestión de Residuos Domiciliarios.

Ley 26.331 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos.

Ley 26.562 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema en todo el Territorio Nacional.

Ley 26.639 Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

Ley 26.815 Sistema Federal de Manejo del Fuego. Creación.

Ley 27.279 Productos Fitosanitarios.

Al observar dicha reglamentación, tampoco podemos dejar de destacar la constitucionalización de nuestro Código Civil y Comercial establecida en el artículo 1 del mismo al momento que recepta la obligación de abordar las leyes hacia un diálogo de fuentes en forma armónica, teniendo en miras lo receptado por la Constitución Nacional, los tratados Internacionales y las leyes nacionales y locales.

Habiendo realizado esta breve introducción, sólo realizaré mención y análisis respecto de la Ley General de Ambiente dado que el tema abordado excede el realizar una mención de todas las leyes de protección del ambiente que existen en el Territorio Nacional.

Cómo cúpula de nuestro análisis gozamos de la protección al medio ambiente brindada por la Constitución Nacional en su artículo 41 el cual establece la protección a la bio diversidad para las generaciones presentes y futuras.

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

Artículo 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Sin realizar un análisis muy profundo del mismo, es significativo realizar un esbozo del mismo ilustrando su protección hacia los animales humanos y no humanos.

El artículo lo que propone es el compromiso del respeto, la preservación y el cuidado del medio ambiente ante el menoscabo que puedan producir las actividades lucrativas preservando el ambiente sano y equilibrado para el uso que hagan de él las generaciones futuras. Hablar de generación es hablar de género en un sentido que comprenda todo y no solo al género humano. Implica que las generaciones futuras que utilicen el ambiente puedan vivir en igualdad de condiciones o mejor aún, en un ambiente mucho más sano. Se trata de la salvaguardia del mismo para las generaciones futuras constituyendo de esta forma una suerte de derecho intergeneracional. (Corbatta, 1994)

A su vez, el Dr. Biblióni, establece que: “Es evidente que la Constitución no se refiere únicamente al género humano, pues en este caso diría futuras generaciones humanas.”

El Estado como soberano tiene la responsabilidad de la utilización racional de los recursos naturales, y como tal deberá poseer un conocimiento cabal de la cuantificación de los recursos naturales que ostenta. Al no tener un conocimiento de los mismos podría caer en una aplicación desmedida e irracional produciendo un daño para las generaciones futuras y comprometiendo la protección del medio ambiente.

Se desprende de esto último la relación en forma conjunta con el principio de razonabilidad de los actos de gobierno.

Cuando el artículo establece la preservación de la diversidad biológica, se hace referencia a la protección de la vida natural en su conjunto, se entiende que los componentes de la diversidad biológica son todas las formas de vida que hay en la Tierra, incluidos ecosistemas, animales, plantas, hongos, microorganismos y diversidad genética. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) quedó listo para la firma el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Hasta la fecha hay 193 Partes.

La Ley 24.375 que adhiere al Convenio sobre la Diversidad biológica establece en su Art. 2 el término utilizado por diversidad biológica y lo que se entiende del mismo, realizando una interpretación de la siguiente manera: Por "diversidad biológica" se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Se trata entonces de proteger, preservar, la biodiversidad biológica para animales humanos y no humanos (comprendiendo también a la fauna urbana, exótica y silvestre). Proteger y preservar la biodiversidad biológica no es otra cosa que proteger y preservar con mandato constitucional a los animales, ya sean humanos o no humanos. (Corbatta, 1994)

En el siguiente párrafo cuando establece que corresponde a la Nación sancionar una ley que contenga los presupuestos mínimos de protección. Esta es la Ley de medio ambiente, la ley 25.675 y provincias que la complementan.

En cuanto a la mencionada, la misma establece los "Presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable".

Se busca la “preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable” (artículo 1). Con los objetivos que se encuentran prescriptos en el artículo 2 de la misma.

Consecuentemente en la misma, a partir del artículo 4, son receptados los principios de política ambiental. Lineamientos jurídicos para la aplicación ecuánime de resortes de protección integral del medio ambiente, en el sentido de coordinación, cooperación, solidaridad, responsabilidad, progresividad, sustentabilidad, subsidiariedad, equidad, etc. “Aunque se apunta a que la voz “principios” pueden tener muchos usos: Tienen la función evocativa de los valores fundantes de un ordenamiento jurídico, también aluden al inicio de algo que comienza, a las nociones básicas de una ciencia”. (Lorenzetti, 1992 p.258)

Para Malm Green y Spensley el Derecho Ambiental como rama del Derecho reposa sobre una serie de principios jurídicos que encuentran su fundamento en la autoconservación del medio ambiente y que están dotados de autonomía propia. Estos principios jurídicos representan las directivas y orientaciones generales en las que se funda el derecho ambiental, con la característica de que no son el resultado de construcciones teóricas sino que nacen a partir de necesidades prácticas que, a su vez, han ido modificándose con el tiempo, transformándose en pautas rectoras de protección del medio ambiente.( Malm Green y Spensley, LL 1994-D-986).

Y tal como bien lo ha establecido el Dr. Cafferatta, (Cafferatta, “Principios de Derecho Ambiental” 0003/012624 Thomson Reuters), se puede interpretar que así como en Derechos Humanos no existe una jerarquía de principios por sobre otros, realizando un análisis comparativo de ambas disciplinas del derecho, en materia de Derecho Ambiental, los principios enunciados y receptados por la ley tampoco poseen una jerarquía determinada para su aplicación equiparándose a todos de igual forma.

Sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico. Constituyen el fundamento o razón primordial del sistema jurídico ambiental. Son el soporte básico del ordenamiento, presentando a éste su verdadera significación. La primera función que cumplen los principios es la de orientar al legislador para que las leyes que se dicten se justen a ellos. Tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o del intérprete. Los principios generales (...) sirven de filtro o purificador cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieren aplicarse a la rama específica. (...) No solamente sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones, sino que también actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo,

fortalecimiento y consolidación de las técnicas, medidas y regulaciones propia o adecuadas para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad. (Cafferatta, 0003/012624).

## **6. La naturaleza como sujeto de derechos en la normativa legal de otros países ¿y por qué no argentina?**

Es sabido, dentro del ambiente de los operadores jurídicos, que a nivel internacional se le ha realizado la interpretación de reconocimiento del carácter de sujeto de derechos a la naturaleza en diversas constituciones, tales como: La Constitución de Ecuador del año 2008 y la de Bolivia del año 2009. Ambas constituciones establece el reconocimiento que posee la naturaleza dentro de su marco normativo respectivo.

Por su parte la Constitución de Ecuador del año 2008, en su artículo 10 recepta lo siguiente:

Artículo 10: Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será objeto de aquellos derechos que le reconozca la constitución (Constitución Nacional de Ecuador, 2008).

Consecuentemente, la Constitución de Bolivia establece en su artículo 8 el siguiente enunciado:

Artículo 8.

I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

De la lectura de los artículos se realiza una interpretación en la cual se efectúa un reconocimiento hacia los derechos del medio ambiente y el reconocimiento especial hacia la naturaleza como sujeto de derechos, de tal forma que al quedar dichos principios plasmados en un texto constitucional posibilitan la implementación de un cambio de paradigma mediante los operadores jurídicos y a través del sistema de justicia en pos de los Derechos hacia un Medio Ambiente sano, los Derechos de la Naturaleza y los

Derechos Humanos en la construcción de una mejor calidad de vida mediante la premisa del “buen vivir”.

El planteo al que llego es que si durante años se le ha reconocido los Derechos a las diferentes personas jurídicas existentes en las diversas legislaciones a nivel mundial, cuánto más debería reconocérsele los derechos a la naturaleza siendo ésta ex antes a toda legislación posible? “Este nuevo marco legal, debería ser capaz de reconocer y proteger la naturaleza como sujeto de derecho y no como un bien jurídico, desarrollando normas de carácter vinculante que reconozcan su personalidad jurídica.” (Daura Corral, 2018).

En el avance que se ha realizado en relación a los derechos ambientales, conlleva una estrecha relación interna con el Derecho de los Humanos o Derechos Humanos a nivel Internacional. La creación de los diversos Tratados, Convenciones, Observaciones, no pueden dejar de manifestar una cierta y arraigada relación entre ambos. “Puede decirse que el ecologismo jurídico es en realidad un ambientalismo jurídico, donde campea la idea de que el medio ambiente sano es un derecho humano.” (Zaffaroni, 2012, p.66).

Lejos de resultar reiterativa, no quiero dejar de mencionar un párrafo formulado por el Dr. Zaffaroni en su emblemático libro, *La Pachamama y el Humano*, en donde expresa en forma completamente congruente la responsabilidad que tenemos como seres humanos en la protección hacia el medio ambiente. El mismo menciona en primer lugar a Hans Jonas filósofo judío alemán.

En su obra “Jonas parte de que la humanidad es el único ser vivo que tiene responsabilidad, porque puede elegir alternativas de acción, lo que por cierto no es ninguna novedad filosófica, pero lo es la marcada urgencia de asumir la responsabilidad frente al poder de que actualmente dispone. La responsabilidad moral arranca de la verificación de la vulnerabilidad de la naturaleza, que puede hacer desaparecer la especie. De allí parte el imperativo humano de proteger a la naturaleza, que aumenta en la medida que somos conscientes de la facilidad con que la podemos destruir, o sea, de la experiencia de vulnerabilidad. Su imperativo podría sintetizarse en otra de tal manera que los efectos de tu acción no destruyan la posibilidad futura de la vida.”(Zaffaroni, 2012, p.74).

## **7. Por qué cuesta tanto romper con el paradigma antropocentrista y otorgar en Argentina Derechos a la Naturaleza? El Derecho ambiental desde una perspectiva ética en el marco de la utilización responsable de sus recursos**

Existe un proyecto de otorgarle personería jurídica a la Naturaleza en la Argentina, considero que sería algo magnífico concretarlo de algún modo en forma eficaz. Sin embargo, son muchos los intereses industriales y comerciales que impiden al momento tal realización si no comenzamos a romper con el paradigma antropocentrista y empezamos a ver a la naturaleza como un ente vivo en su conjunto poseedor de recursos escasos.

Desde sus comienzos históricos la Argentina ha representado ser un país ganadero agro exportador, por tal motivo es proveedor de materia prima animal a nivel mundial en diferentes modalidades: cuero, carne salada, maíz, trigo, lino, y en la actualidad soja.

La explotación del territorio nacional, rico en producción de materias primas a fin de exportarlas al mundo ha sido moneda corriente. Por consiguiente nunca se ha visto factible la posibilidad de otorgarle derechos a la naturaleza.

Desde la mega minería a cielo abierto en la provincia de San Juan con los constantes derrames de cianuro (Darío Aranda, 218), los agroquímicos en el litoral argentino (Uno Entre Ríos, 2014) y Córdoba con empresas como Bayer y Monsanto (Patricia Agosto, 2016); la explotación de la soja hacia países occidentales a fin de alimentar al ganado porcino (sujetos de derechos para argentina), la caza indiscriminada de ballenas en nuestro océano Antártico por parte de flotas japonesa (La Nación, 2018). Sin ir más lejos, se puede apreciar en la caza de animales Jabalí Sus Scrofa en territorio pampeano. (El Diario de La Pampa, 2018).

Son variados los ejemplos y los casos en los cuales dentro del territorio nacional existe una constante violación de los Derechos hacia la naturaleza, como así también su explotación, exacerbado consumo y destrucción.

Aceptar la naturaleza como sujeto de derecho implica en cierto punto aceptar los derechos de los sujetos no humanos sean pertenecientes al reino animal, vegetal o incluso mineral. Lo que conllevaría a una gran ruptura del paradigma actual argentino y a su vez atentaría claramente con los intereses capitalistas, industriales y de la agricultura. Es interesante destacar lo mencionado respecto de los derechos que posee la naturaleza en la constitución ecuatoriana en tanto establece que:

El reconocimiento de los Derechos en la constitución ecuatoriana está dada en los agrupamientos, no son derechos de un animal o una planta, son derechos de especies o son derechos de ecosistemas. Esto también tiene consecuencias muy importantes para una de las críticas tradicionales que se hacen contra los derechos de la naturaleza que sería: Ah por

esos derechos la naturaleza sería intocable! No, no es intocable, la naturaleza se puede usar, se puede aprovechar se puede extraer recursos, se puede cosechar granos se puede hacer ganadería, pero todo esto debe hacerse a un ritmo y con una intensidad que no ponga en riesgo esa reproducción de la vida esa existencia de las especies (Gudynas y Pino Solanas, 2017).

Este proyecto, aunque a mi modo de ver deja ciertos rezagos antropocentristas, marca un notable cambio de paradigma respecto de la conservación y protección del medio ambiente natural el cual no existe hoy en día, tanto de su flora como de su fauna en conjunto.

No estamos hablando de no utilizar los recursos que nos brinda la naturaleza, no estamos hablando de no desprender un fruto de un árbol o arbusto por no dañar su conformación celular, sino que hablamos de emplear un medio ético y racional de su utilización conforme a las características de cada ambiente.

Antes de comenzar con el presente análisis resultará menester destacar los recursos que posee la naturaleza, que pueden ser sujetos de derecho y tendrán una protección especial; como podría ser una montaña, un cerro, un río, una selva, un bosque, o humedales en el litoral argentino, etc.

El reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos no implica quitar un reconocimiento de los Derechos Humanos, sino: así como se han agregado a lo largo de los años determinados individuos dentro del paradigma de los Derechos Humanos (podemos ver las recientes incorporaciones en materia de reconocimiento derechos de protección hacia la mujer, los niños niñas y adolescentes y las personas mayores), es buscar el equilibrio de protección hacia la naturaleza, el planeta tierra, la pachamama, concibiéndola a ésta como un especial ente de protección y un organismo vivo del cual también dependemos como especie que habita el Planeta Tierra.

Es por tal motivo que hago especial hincapié en destacar la concepción antropocentrista en la cual nos encontramos inmersos sin darnos cuenta. Debemos replantearnos la posibilidad de pensar la esfera desde una nueva perspectiva afín hacia la protección del medio ambiente realizando una especial declaración en la protección a la vida. Esto será una protección hacia los miembros de los reinos animal, vegetal y mineral. Y por qué no también la protección hacia organismos unicelulares.

En los últimos años se ha percibido una rotunda disminución del plancton poniendo en peligro la cadena alimenticia a nivel mundial (El Universo, 2018). A su vez, este año ha

sido declarada a la abeja en alto riesgo de extinción (Barcelona, 2017), sin considerar a nivel mundial las consecuencias devastadoras que traerá su desaparición tanto para el planeta tierra como para la propia especie humana.

No estoy hablando de posibilidades intangibles ni de difícil aplicación, sino de hechos fácticos que están sucediendo hoy en día.

Recientemente en el diario Clarín ha salido una nota en la cual se realiza un censo sobre la bio masa de las diferentes especies que se encuentran esparcidas a lo largo de territorio del Planeta Tierra.

“Las 7.500 millones de personas que habitan la Tierra representan apenas el 0,01% del total de la masa de la vida. Pese a esta desproporción, desde el comienzo de la civilización ya lleva aniquilados al 83% de los ejemplares de mamíferos salvajes, el 80% de los mamíferos marinos, la mitad de las plantas y al 15% de los peces.”(Bellucci, 2018).

Y la pregunta que me hago es: Hasta cuando la humanidad continuará con este voraz ataque hacia los recursos de los cuales él mismo depende? Y hablo de recursos porque aún cuesta mucho aceptar la idea de organismos vivos, sujetos de derechos u protección de ecosistemas.

Se trata de reconocer que debemos actuar respetando a otros seres con derechos y cuyo reconocimiento es condición de nuestra propia supervivencia como especie interdependiente de otras y de otros entes terrenos en su existencia, y que permitirá un fortalecimiento dela capacidad de escucharnos entre nosotros y de escuchar lo que nos dicen todos los demás entes del planeta. (Zaffaroni, 2012, p. 134).

El reconocimiento de sus derechos no es más que brindarles la protección jurídica que merecen por su calidad de tal.

Para finalizar el trabajo quiero destacar una frase del Dr. Zaffaroni que me pareció simplemente majestuosa, la cual describe la poca capacidad que tenemos para el reconocimiento de los derechos con aquellos a lo cual no nos sentimos identificados.

La incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derechos abre un nuevo capítulo en la historia del derecho, respecto del cual nuestra imaginación es pobre, porque nos vemos aún dentro del paradigma que niega derechos a todo lo no humano(Zaffaroni, 2012, p. 144).

## **Referencias bibliográficas**

- Agosto, Patricia (2016) Un pueblo en lucha contra Monsanto en Córdoba, Argentina.  
Data URL: <http://www.ecologiapolitica.info/?p=6075>
- Biblióni, Héctor Jorge, (2005). El Proceso Ambiental, (Ed.), Lexis Nexis, Buenos Aires.
- Bellucci, Marcelo. Diario Clarín (2018). El ser humano es sólo el 0,01% de la vida en el planeta, pero es la especie más destructiva. Data URL:  
[https://www.clarin.com/sociedad/humano-solo-01-vida-planeta-especie-destructiva\\_0\\_SJr6ZAFv7.html](https://www.clarin.com/sociedad/humano-solo-01-vida-planeta-especie-destructiva_0_SJr6ZAFv7.html)
- Cafferatta, Néstor A., (0003/012624 ). Principios de Derecho Ambiental. (Ed.), Thomson Reuters.
- Constitución Nacional de Ecuador, 2008
- Constitución Política del Estado. Bolivia.
- Corbatta, José Carlos, (1994). La preservación del ambiente en la Constitución Nacional. Análisis de las sesiones de 13 y 14 de la Constituyente de Santa fe.  
Data URL: <http://www.legislaw.com.ar/doctri/art41cna.htm>
- Aranda, Darío (2018). Un derrame de silencio. Data URL:  
<https://www.pagina12.com.ar/116180-un-derrame-de-silencio>
- Daura Corral, Eduardo (2018). La Naturaleza como Sujeto de Derechos. Data URL:  
<https://ecopolitica.org/la-naturaleza-como-sujeto-de-derechos/>
- Gudynas, Eduardo y Solanas, Pino (2017). Los derechos de la Naturaleza. Data URL:  
<https://www.youtube.com/watch?v=oECCZ5WRzk8>.
- El Universo. (2018) Disminución del plancton vegetal pone en peligro la cadena alimentaria. Data URL:  
<https://www.eluniverso.com/2010/07/28/1/1430/disminucion-plancton-vegetal-pone-peligro-cadena-alimentaria.html>
- El Diario de La Pampa (2018) Denuncian a funcionarios por un torneo de caza de jabalí.  
Data URL: <https://www.eldiariodelapampa.com.ar/index.php/portada/112-cuater/48983-denuncian-a-funcionarios-por-un-torneo-de-caza-de-jabali>
- Ubieto. Barcelona, Gabriel. (2017) El 2018: año clave para cinco especies en (alto) riesgo de extinción. Data URL:  
<https://www.elperiodico.com/es/extra/20170916/cinco-animales-desapareceran-2018-6280025>

- Herrera Flores, Joaquín, (2008). La reivindicación de los Derechos Humanos. ( Ed.) Colección Nesayando. ISBN (13): 978-84-612-2958-1.
- Wlasic, Juan (2005). Manual Critico de Derechos Humanos. (Ed.) La Ley.
- La Nación (2018) Pescadores japoneses mataron a más de 300 ballenas en la Antártida - Copyright © LA NACION – Data URL:  
<https://www.lanacion.com.ar/2121671-pescadores-japoneses-mataron-a-mas-de-300-ballenas-en-la-antartida>.
- Lorenzetti, Ricardo en la UNCuyo. (2018) Señal U Académico. Data URL:  
[https://www.youtube.com/watch?v=viuEh7jn\\_\\_0](https://www.youtube.com/watch?v=viuEh7jn__0)
- Lorenzetti, Ricardo L., (1995). Las normas fundamentales del Derecho Privado. (Ed.) Rubinzal Culzoni Editores. cit., p. 258.
- Malm Green, Guillermo y Spensley, James W., Aproximación a una teoría de los principios del Derecho Ambiental, LL 1994-D-986.
- Naciones Unidas. Día internacional de la diversidad biológica, 22 de mayo. Data URL:  
<http://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml>
- Noah Kramer, Samuel (1956). La Historia empieza en Sumer. ( Ed.) Orbis S.A.
- Uno Entre Ríos, (2014). El litoral en la mira, durante la emotiva jornada ambiental. Data URL: <https://www.unoentrieros.com.ar/la-provincia/el-litoral-la-mira-la-emotiva-jornada-ambiental-n922451.html>
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, (2012). La Pachamama y El Humano. Ed. Colihue

# DERECHO ANIMAL EN ARGENTINA. ANALISIS DEL ART 41 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y DE LA LEY 14.346

Cecilia Inés Domínguez  
UBA, Facultad de Derecho, CABA,  
Argentina

## 1. Análisis Normativo en el Derecho Argentino

Principalmente se debe hacer referencia a dos estadios fundamentales a la hora de mencionar el alcance y la protección que se les otorga a los animales no humanos. Uno lo encontramos en nuestra Constitución Nacional, más precisamente en el artículo 41; y el otro instrumento de protección de derecho lo encontramos en la Ley 14.346 de protección a los animales. Si dejar de hacer mención en la reciente Ley Nacional Nro 27.330 que prohíbe la carrera de perros en todo el territorio nacional, entre otras leyes de protección animal que pueden encontrarse a nivel nacional o provincial. Ambas forman parte del código penal y es por tal motivo que quien la infringe comete un delito. No se requiere que las provincias adhieran a ellas como así tampoco se necesita reglamentación alguna.

A fin de realizar un análisis más profundo, habría que buscar las normas con competencia municipal y provincial, no solo las de carácter nacional. La Constitución de La Pampa, en su artículo 18 establece que:

Todos los habitantes tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber de preservarlo. Es obligación del Estado y de toda la comunidad proteger el ambiente y los recursos naturales, promoviendo su utilización racional y el mejoramiento de la calidad de vida. Los Poderes Públicos dictarán normas que aseguren:

- la protección del suelo, la flora, la fauna y la atmósfera;
- un adecuado manejo y utilización de las aguas superficiales y subterráneas;
- una compatibilización eficaz entre actividad económica, social y urbanística y el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales;
- la producción, uso, almacenaje, aplicación, transporte y comercialización correctos de elementos peligrosos para los seres vivos, sean químicos, físicos o de otra naturaleza;
- la información y educación ambiental en todos los niveles de enseñanza.

Se declara a La Pampa zona no nuclear, con el alcance que una ley especial determine en orden a preservar el ambiente. Todo daño que se provoque al ambiente generará responsabilidad conforme a las regulaciones legales vigentes o que se dicten.

Es loable destacar que aquí la palabra fauna corresponde, según la Real Academia Española, al conjunto de los animales de un país, región o medio determinado. El Constituyente que ha redactado la Carta Provincial ha decidido no establecer diferenciación alguna respecto del tipo de fauna que protege, y es por tal motivo que se entiende que la misma realiza su protección hacia la fauna en general, ya sea fauna silvestre o fauna salvaje. Dicho término, en definitiva, corresponden a significaciones tales como: animales que se encuentran en estado doméstico, animales que han sido domesticados y animales que se encuentran en estado salvaje.

Luego la acepción animales domésticos comprende a aquellos que el ser humano a adoptado para vivir con él. A diferencia, por ejemplo, de animal domesticable, siendo aquél que el hombre utiliza con el fin de realizar tareas, por ejemplo en el uso de equino. Por último, el alcance del término animal salvaje, comprende a aquellos que viven en estado de libertad dentro de su habitat y no han sido domesticados por el ser humano. Poseen un comportamiento propio de cada especie, sin que haya sido éste modificado por el hombre.

Es entonces como podríamos ver en esta norma una protección en sentido tal que entiende como fauna a los animales domésticos, a los animales cautivos (o domesticados) y en estado salvaje otorgándole, la Constitución Provincial, el resguardo de sus derechos, del mismo modo que lo hace la Constitución Nacional en su artículo 41.

## **2. Artículo 41 de la Constitución Nacional.**

A raíz de la última reforma realizada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994, surgen los llamados derechos de tercera generación y brotan como respuesta a la protección del medio ambiente sano, el derecho a los usuarios y a las relaciones de consumo. El artículo lo que propone es el compromiso del respeto, la preservación y el cuidado del medio ambiente ante el menoscabo que puedan producir las actividades lucrativas preservando el ambiente sano y equilibrado para el uso que hagan de él las generaciones futuras.

Hablar de generación es hablar de género en un sentido que comprenda todo y no solo al género humano. Implica que las generaciones futuras que utilicen el ambiente puedan vivir en igualdad de condiciones o mejor aún, en un ambiente mucho más sano. Se trata de la salvaguardia del mismo para las generaciones futuras constituyendo de esta forma una suerte de derecho intergeneracional (Corbatta, 1994)

Es evidente que la Constitución no se refiere únicamente al género humano, pues en este caso diría futuras generaciones humanas (Biblioni, 2005).

El Estado como soberano tiene la responsabilidad de la utilización racional de los recursos naturales, y como tal deberá poseer un conocimiento cabal de la cuantificación de los recursos naturales que ostenta. Al no tener un conocimiento de los mismos podría caer en una aplicación desmedida e irracional produciendo un daño para las generaciones futuras y comprometiendo la protección del medio ambiente.

Se trata entonces de proteger, preservar, la biodiversidad biológica para animales humanos y no humanos (comprendiendo también a la fauna urbana, exótica y silvestre). Proteger y preservar la biodiversidad biológica no es otra cosa que proteger y preservar con mandato constitucional a los animales, ya sean humanos o no humanos (Corbatta, 1994).

### **3. Ley 14.346 de protección a los animales.**

#### **3.a. Elementos a tener en cuenta**

Es necesario hacer referencia al tipo de lenguaje que comprende la ley ha quedado en ciertos aspectos desactualizado dado los usos y costumbres de la época en la que vivimos actualmente muy diferentes a los existentes al momento de su sanción. A su vez, posee una técnica legislativa un tanto imperfecta puesto que determinados tipos penales que se encuentran tipificados son abiertos, esto daría a entender que no se cumple en forma cabal con dos requisitos exigidos por el Derecho Penal, que son la máxima taxatividad y el principio de legalidad. Sin embargo será labor del operador jurídico que lleve adelante el caso o del magistrado no caer en estos desajustes y realizar una aplicación perfecta de la ley y del artículo correspondiente.

Otro detalle a advertir lo podremos observar en cuanto a la no diferenciación de la graduación de la escala penal que existe entre los delitos que son de maltrato respecto de los actos de crueldad. No obstante, la solución que se podrá aplicar allí quedará a criterio del juez que establezca la pena determinar entre la escala contemplada si el acto corresponde a quince días de prisión o bien a un año, realizando un análisis en forma conjunta junto con el artículo 41 del código penal, a fin de determinar la escala penal acorde al delito que haya sido cometido.

A su vez, se advierte que la graduación penal comprendida en esta ley queda desfasada respecto de muchos de los delitos prescriptos en el Código Penal, esto se debe a la no actualización de la misma. Es primordial destacar que dicha ley ha sido sancionada en el

año 1954 y no ha sufrido modificación alguna siendo una materia pendiente para el Legislador actual poder realizar una modificación de la misma, no sólo en cuanto a la cuantificación de la pena aplicada sino también en cuanto a la redacción y actualización de los delitos tipificados en la misma.

### **3.b. Análisis del Tipo Penal**

El bien jurídico protegido es la vida del animal al que se está dañando, lastimando o menoscabando en alguno de sus derechos. Como la preservación de la biodiversidad y también la propia existencia y conservación de la vida, la salud física y psíquica de los animales tal como quedó establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional. Y es por tal motivo posee un bien jurídico pluriofensivo. En palabras del Dr. Zaffaroni:

El bien jurídico protegido de maltrato animal no es otro que el derecho propio del animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derecho (...) el argumento de que no es admisible el reconocimiento de derechos porque no puede exigirlos (ejercer las acciones, hacerse oír judicialmente) no se sostiene, ya que son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje (oligofrénicos profundos, fetos) o que nunca la tendrán (descerebrados, dementes en los últimos estadios) y, sin embargo, a nadie se le ocurre negarles este carácter, so pena de caer en la tesis genocida de las vidas sin valor vital de una de las cúspides del pensamiento penal (Zaffaroni, 2012 p. 54).

El objeto material como el sujeto pasivo del delito es sobre el cuál recae la acción, es decir, sobre quién se comete el acto lesivo de maltratar o bien de actuar con crueldad, en definitiva, sobre el animal no humano.

A partir del segundo y tercer artículo la ley contempla una serie de incisos para cada acto que se comete. La mayoría de los incisos prevén actos del tipo penal doloso que admiten la forma directa o eventual.

En el segundo artículo se realiza la descripción de los actos referidos a maltrato animal. “Generalmente la interpretación que se realiza del mismo es que este artículo brinda la protección hacia los animales domésticos y sólo en forma excepcional podría aplicarse también hacia los animales cautivos” (Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346”, Pedro E. Despouy Santoro. María C. Rinaldi), a los cautivos sólo se refiere el inc 1 del artículo 2 de la Ley 14.346.

### **3.b.i Actos de Maltrato Animal**

Con motivo de no resultar reiterativa en el análisis de los incisos penales señalaré que el sujeto activo en los mismos podrá ser el humano que tenga el animal a su cargo, como así también el guardador responsable que se encuentre al cuidado o la guarda del animal.

El inciso primero del segundo artículo comienza haciendo referencia a “no alimentar en calidad y cantidad suficiente a los animales domésticos o cautivos” corresponde a un tipo penal abierto, por consiguiente, para poder determinar cuál será la calidad y la cantidad suficiente se requerirá del auxilio de otras disciplinas, por ejemplo las ciencias veterinarias, a fin de establecer el parámetro correcto.

La alimentación en calidad y cantidad suficiente refiere no solo al tipo de alimentación en base a una dieta sólida sino también a la posibilidad de que el animal pueda ingerir la cantidad de líquidos requerida acorde a su especie, a sus necesidades biológicas y climáticas.

En cuanto a la dieta en base a alimentos sólidos, el no alimentar en calidad y cantidad suficiente se puede estipular que se considera tanto en el sentido de tener un animal sufriendo estado de inanición, como tener un animal en estado de sobrepeso (obesidad).

En el segundo inciso, nos encontramos con: Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas.

Es fundamental destacar que este hace mención al sometimiento físico, al daño físico innecesario que causen sensaciones dolorosas en el animal causada por instrumentos determinados tales como: conocer si un instrumento es o no de “simple estímulo” y si provoca en el animal “innecesarios castigos” o “sensaciones dolorosas”, son elementos descriptivos del tipo penal que expresan una realidad naturalista aprehensible por los sentidos y susceptible de constatación empírica (Balcarce, 2011,p.83).

En el caso de las jineteadas, este tipo de espectáculos puede prestarse al abuso en cuanto al trato de los animales en la realización pública de esta clase de eventos (Despuy y Rinaldi 2003, p. 56).

Pese a que aún no está considerado mal visto el tipo de práctica por la sociedad, como así tampoco lo estuvo en su momento las corridas de toros en Cataluña (España). Y de hecho –las jineteadas- constituyen una práctica muy común realizada en varias provincias de nuestro país. Entiendo que es relevante realizar el siguiente análisis respecto de las

“prácticas avaladas socialmente por configuran una tradición”, haciendo especial mención a lo que se considera moral y lo que se considera ética. La moral es relacionada con las costumbres y la tradición de un determinado grupo de personas, no obstante la ética es el análisis racional de la moral estableciendo un principio universal.

En la disertación que realizó Jesus Monsterín ante el Parlamento de Catalunya, en el debate sobre la prohibición a la corrida de toros el día 03 de Marzo de 2010, bien menciona que la palabra:

“ Moral, proviene de la palabra *Mor* que significa las costumbres, costumbres que pueden ser de una persona o de una tribu. Y las tradiciones de esa tribu constituyen la moral de esa tribu. (...) Un argumento es el que las corridas de toros son tradicionales. Es cierto que las corridas de toros son tradicionales? Pero por ejemplo en España se están tomando medidas contra el maltrato hacia las mujeres, y sin embargo ésta es mucho más tradicional que las corridas de toros, pues todas las salvajadas son tradicionales allí donde se las practica. (...) La ética es una cosa distinta de la moral que no tiene nada que ver, es una teoría filosófica que trata de mirar desde afuera a las morales de las diferentes tribus y analizarlas racionalmente. Y entonces, desde el punto de vista de la ética no hay tradiciones, desde el punto de vista de la ética lo que hay son justificaciones racionales. Y precisamente para lo que sirve la ética es para que dentro de cada tribu diferenciar cuál de sus tradiciones son una salvajada y cuál de sus tradiciones, son precisamente, cosas admirables que conviene incluso fomentar y extender por todo el mundo (...) (Monsterín, 2010).

El inciso tercero recepta el hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas. De igual forma que el inciso primero, corresponde a un tipo penal abierto en donde se requerirá el auxilio de las ciencias veterinarias a fin de establecer cuál es el tiempo de descanso determinado que debe tener el animal no humano.

El inciso cuarto establece el empleo en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado. El delito es consumado en el momento en que se lo hace trabajar sabiendo que el animal no humano no se encuentra en las condiciones físicas adecuadas para realizar la labor. La condición del estado físico debe ser evidente y notorias. En caso de no serlo se presume el desconocimiento por parte del sujeto activo, no obstante, si el mal aspecto es evidenciado no se puede escapar respecto de la no comisión del delito.

Inciso quinto, estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos. “Cualquier individuo puede cometer el delito penal y se consuma al momento en que se produce (y

se comprueba con las pericias correspondientes) el estímulo derivado del suministro de la droga en el organismo del animal” (Despouy y Rinaldi, 2003, p.65). A diferencia de los anteriores tipos penales analizados, el presente no admite la figura del dolo eventual. Sin embargo, no se comete la acción típica cuando la droga que se proporcione al animal sea con fines terapéuticos, deberá relacionárselo con el artículo 2 del doping animal ley 24.819 y con la actual Ley 27.330 en tanto además de encontrarse prohibida la carrera de perros en todo el territorio nacional, en la misma muchas veces (para no afirmar que siempre) es corriente la utilización de drogas a fin de estimular a los animales no humanos.

Aludiendo un caso en concreto y correspondiente a la actualidad, se ha aceptado como querellante a AFADA.Ong en la causa “FANTASIA” donde una yegua en la localidad de Goya, provincia de Corrientes, falleció de un paro cardíaco producto del suministro de droga previo a una carrera de caballos.

El pasado 16/3/18 el Juzgado de Instrucción y Correccional N° 3 de la ciudad de Goya (Ctes, ARG), a cargo del Dr. Darío Alejandro Ortiz decretó tener como "QUERELLANTE DEFINITIVO" a Afada Ong en la causa de "Cuadreras Ilegales" que el magistrado lleva adelante en ese Tribunal.

HECHOS: Los hechos habrían ocurrido el pasado 27 de agosto de 2017 en el Jockey Club de la ciudad de Goya, Ctes. (ARG), cuando la yegua apodada “FANTASÍA” de propiedad del Futbolista de Lanús JOSE “PEPE” SAND y su Hermano CESAR SAND, a segundos de largarse una cuadrera que se llevaba a cabo en el mencionado establecimiento, cae muerta de un presunto “paro cardiorespiratorio” debido al previo e ilegal suministro de un “cóctel de drogas” que se le habría aplicado al animal antes de la carrera para mejorar su rendimiento físico. El suministro de estas “sustancias prohibidas”, además, habría sido realizado por una persona que no contaba con el título habilitante para hacerlo, y dentro de un previo e ilegal ACUERDO, basado en “Apuestas Clandestinas” realizada por un grupo de personas que conformarían una “Banda Criminal” encaminada a organizar carreras de caballos ilegales (denominadas “cuadreras”) en ese y otros establecimientos hípicas de nuestro país, por fuera del “Circuito Oficial” previsto para las mismas, todo ello, con la connivencia de funcionarios policiales locales que garantizarían la seguridad de dichos eventos ( Buompadre, 2017).

Arribamos al último inciso. Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas. Es un tipo penal abierto el cual requerirá de pericias, testigos o elementos de prueba pudiendo ser videos grabados o bien fotografías tomadas, a fin de

determinar si el tiro del vehículo exceda notoriamente sus fuerzas. Este tipo de delitos es mayormente cometido en provincias como Buenos Aires o Santa Fe. Tal como lo he mencionado anteriormente, la persona responsable de la comisión de este delito, al igual que en los incisos antepuestos puede ser el humano que tenga el animal a su cargo, como así también el sujeto responsable que se encuentre al cuidado o la guarda del animal. La expresión “notoriamente” constituye un elemento descriptivo, ya que expresa una realidad naturalística aprehensible por los sentidos, susceptible de constatación fáctica (Balcarce, 2004, p.105).

### **3.b.ii Actos de Crueldad Animal.**

Al igual que en el análisis del sujeto pasivo referido a los delitos de maltrato animal, el sujeto activo en los mismos podrá ser el humano que tenga el animal a su cargo, como así también el guardador responsable que se encuentre al cuidado o la guarda del animal. Estos incisos a diferencia de los actos de maltrato requerirán de un plus especial de perversión por parte del autor que los esté ejecutando.

El inciso primero infiere que: Serán considerados actos de crueldad, practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no estén debidamente autorizados para ello.

La Real Academia Española establece que vivisección es la disección de los animales vivos, con el fin de hacer estudios fisiológicos o investigaciones patológicas, es decir, contempla la posibilidad de la realización del mismo cuando la práctica posea finalidad científica demostrable. Cualquier individuo puede ser autor de la comisión de este delito. El segundo inciso establece la prohibición de mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad.

Años luz estamos aún respecto de observar como ilegal esta conocida técnica de la mutilación de orejas y rabo de animales. Dicha acción corresponde a una práctica de maltrato y crueldad hacia los animales, más aún cuando el rabo, las orejas y las cuerdas vocales corresponden a medios sus medios de comunicación. Se debe destacar que el tipo penal no configura un delito cuando la práctica no corresponda a una cuestión en la cual se encuentre comprometida su salud, higiene, o por un motivo de piedad y por tales razones deba realizársela.

No obstante, discrepo enormemente respecto de la palabra “mejoramiento” en este tipo penal. Dado que el vocablo posee un sin número de acepciones pudiendo llevar al tenedor o guardador responsable del animal no humano a realiza estas prácticas escudándose en este término. Si bien está acción no constituye un delito penal, no deja de ser una mutilación innecesaria. A diferencia de todos los delitos anteriormente analizados, este inciso en particular admite la tentativa.

El tercer inciso, establece el tipo de delito que se consuma cuando se interviene quirúrgicamente a animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada.

De igual modo que el inciso analizado precedentemente, el presente admite el caso de la tentativa y son necesarios tres requisitos para cumplir con este tipo penal, intervenir en forma manual o quirúrgica a un animal sin tener fines paliativos o curativos, hacerlo sin anestesia y no contar con el título profesional habilitante. Pero en efecto deben darse los dos últimos requisitos para que se cumpla la acción penal. El hecho no será antijurídico si se actúa ante una emergencia debidamente comprobada aplicándose la correspondiente causa de justificación.

El cuarto inciso recepta la prohibición de la experimentación con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia. Se pena el hecho de que cualquier individuo realice experimentación sobre el animal, con conocimiento y voluntad de hacerlo.

El inicio quinto del artículo tercero de la ley establece el delito de abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones. En este caso en particular, cometerá el delito de abandono el sujeto activo que se halle en posición de garante respecto del cuidado de la vida del animal que haya sido utilizado en experimentaciones. Se obliga al sujeto por haber llevado al animal no humano al estado en que se encuentra (estado de vulnerabilidad producto de la experimentación), no pudiendo abandonarlo.

El abandono podrá realizarse ya sea por acción (simple abandono) o por acción por omisión (al no brindarle los auxilios requeridos), cuando el sujeto coloca al animal en situación de abandono (...) trasladando al animal a un lugar donde no podrá tener la alimentación ni asistencia necesaria para mantenerse con vida (Despouy y Rinaldi, 2003, p., 83).

Inciso sexto se recepta la figura de Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas

que se fundan sobre la explotación del nonato. Estado de gravidez configura el estado de preñez o gestación en el cual se encuentra un animal, y tal como lo establece el mismo inciso dicho estado debe ser notorio, o no serlo pero tener el conocimiento de que el animal se encuentra en ese estado.

Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por sólo espíritu de perversidad. Y en cada uno de estos casos hay varios aspectos a destacar. Habría que comenzar el análisis, en principio, desde cuatro acciones independientes: lastimar, arrollar, torturar, provoca sufrimientos innecesarios y matar.

La descripción del verbo típico lastimar, produce un encuadre similar al de las lesiones, de forma tal que el mismo se entiende como aquel daño físico que percibe el animal no humano en su cuerpo y que produce una alteración en su estructura física.

Ejemplo de aplicación de una pena en este caso sucedió en la localidad de Rosario, Provincia de Santa Fe, en donde un albañil de 24 años fue condenado con 15 días de prisión condicional, por golpear al perro de una vecina provocándole traumatismo de cráneo y ceguera temporal. El fallo fue dictado por la Cámara Penal de los Tribunales provinciales de Rosario, ratificando la sentencia de primera instancia.

El fallo indica que "sólo un espíritu teñido de crueldad" puede animar semejante agresión contra un perro que, por su tamaño y por su accionar, "no justificaba un ataque tan contundente" como el recibido.

La sentencia indica además que el golpe que le ocasionó al perrito la pérdida de la visión, y el abandono en el lugar "con aspecto de muerto", según el testimonio de una testigo, luce como una actitud "malvada y lesiva". La condena es categórica: "Repugna —dice— al espíritu humano por su desmesurada violencia" (Clarín, 2005).

La descripción del verbo típico arrollar intencionalmente, demuestra que al momento de cometer la acción se requiere que haya dolo por parte del sujeto activo. Son bastos los casos en los cuales son arrollados animales en forma voluntaria por quienes conducen vehículos.

Un caso en el cual le dieron seis meses de prisión en suspenso a un individuo de 45 años por arrollar y lastimar a una perrita en forma intencional. Sucedió en la zona Este de Mendoza, El fallo fue dictado por la Justicia correccional de San Martín en un juicio abreviado.

(...) le pasó una soga por el cuello y ató el otro extremo al paragolpes de su vehículo, para sacarla del barrio. Así recorrió unos 1.000 metros, hasta llegar a la curva del barrio Colonia Tracción, sobre la Variante de Palmira. Las actuaciones indican que ese recorrido lo hizo a unos 50 kilómetros por hora y que, en ese trayecto, la perra por momentos corría detrás del vehículo y por otros se caía y era arrastrada. (...) la fiscal Florencia Díaz Peralta, quien le endilgó el delito encuadrado en la Ley Nacional 14.346 de Protección del Animal, incluido en el Código Penal, que establece pena de prisión de 15 días a un año a quien “infligiere malos tratos o actos de crueldad a los animales”. Además entendió que el imputado debía recibir pena de acuerdo con el inciso 7 del artículo 3° de esa misma legislación, que castiga por “lastimar o arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios, o matarlos por el sólo espíritu de perversidad.

La denuncia prosperó y ayer, en un juicio abreviado, en donde el acusado reconoció su culpa, el Primer Juzgado Correccional, a cargo del conjuéz Darío Alberto Dal Dosso, le impuso la pena de 6 meses de prisión en suspenso. Además, a pedido de la querrela, y también aceptado por el imputado, se le impuso la obligación de entregarle a Ampara durante un año, 6 bolsas por mes de alimento balanceado para perros, “de buena calidad”, según se dejó constancia (Diario UNO, 2015).

Para dar cumplimiento a la acción de la tortura a un animal, es necesario que se produzca un plus especial en el cual el sujeto activo no sólo se conforma con dar la muerte al animal o lastimarlo, sino que existe un plus de sadismo por parte del sujeto activo ejerciendo un especial acto de crueldad dirigido hacia el animal no humano.

El más reciente suceso y conocido a nivel nacional se dio en la ciudad de San Francisco Córdoba, el caso del cachorro “Chocolate”. Quién murió tras ser despellejado vivo, en donde se condenó a Germán Gómez por la tortura y muerte del cachorro Chocolate, el texto es extraído del fallo del Tribunal Oral de la Ciudad de San Francisco Córdoba, de los autos caratulados “Gómez, Germán Matías p.s.a. Infractor a la Ley 14.346 de Malos Tratos y Actos de Crueldad Animal y Violación de Domicilio en Concurso Real”.

La conducta se encuentra entonces genéricamente contenida en el art. 1, segundo supuesto, de la ley 14346 como actos de crueldad, pues no se trató de maltratarlo sino de agredirlo de manera que le provocara dolor y su sufrimiento, lo que evidentemente ocurrió. Ello en sintonía además con la enumeración aclaratoria del art. 3 de la misma ley, que considera actos de crueldad a practicar vivisecciones no autorizadas (inc 1), la mutilación de cualquier parte del cuerpo de un animal sin justificación (inc. 2), la intervención quirúrgica

injustificada (inc. 3), o lastimar animales intencionalmente y producirles sufrimientos innecesarios (inc. 7).

La expresión “sufrimientos innecesarios” resultaría ser una descripción de la acción pudiendo ser captada por la verificación del simple hecho. Es decir observar el hecho en el cual el animal se encuentra sufriendo en forma innecesaria. Previo a la descripción del tipo penal habría que considerar si existe el tipo de sufrimiento que sea considerado necesario.

Se produce la acción de matar, cuando se le quita la vida al animal satisfaciendo la tendencia sádica de quién lo comete, o experimentando placer al hacerlo. El autor al realizar esta acción, demuestra mayor maldad y desprecio por la vida animal, y comete el delito con mayor criminalidad. No se comete la acción delictiva cuando mediare estado de necesidad: matar a un animal que está atacando a uno mismo u a otro humano (obviamente al igual que en las consideración del art 34 del Código Penal se deberá evaluar el medio racional para repeler el ataque), o bien en casos de piedad cuando un animal se encuentra agonizando, siempre que la misma sea instantánea e indolora.

Respecto del último inciso: Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias, en que se mate, hiera u hostilice a los animales. Este tipo penal se ve regularmente visto en las riñas de gallos y perros. Quien comete la acción típica será el o los encargados de la organización del evento junto con el responsable del animal que se encuentra bajo su cuidado. De más está decir que corresponde a una práctica ilícita que prohíbe la Ley 14.346.

#### **4. Breve conclusión**

No quiero finalizar el presente trabajo sin dejar de hacer mención a dos causas de significativa trascendencia en nuestro país.

La primera tuvo asiento en la provincia de La Pampa en el fallo "T. , J. A. s/ infracción Ley 14.346" que fuera ratificado por la CSJN. La acción típica fue encuadrada en la violación del artículo 3 inc 7 de la Ley 14.346.

En un análisis congruente, el magistrado Daniel Alfredo Sáez Zamora, entiende que:

“En este aspecto, resulta oportuno referenciar y hago mío lo sostenido por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Paraná, sala 1, en autos "B.J.L. s/ infracción a la Ley

14.346" que con fecha 1° de octubre de 2003 sostuvo que: "Las normas de la ley 14.346 protegen a los animales de los actos de crueldad y maltrato, no ya en un superado "sentimiento de piedad" propio de la burguesía etnocentrista del siglo XIX, sino como reconocimiento normativo de una esfera o marco de derechos para otras especies que deben ser preservadas, no solo de la depredación sino también de un trato incompatible con la mínima racionalidad. El concepto de "persona" incluye en nuestras sociedades pluralistas y anonimizadas también un modo racional de contacto con los animales que excluye los tratos crueles o degradantes".<sup>1</sup>

Por otro lado, el en el leading Case de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales en la causa sobre el Hábeas Corpus interpuesto a favor de la Orangutana Sandra, los Dres. Alejandro W. Slokar y Angela E. Ledesma remiten la causa a los efectos de fallar en la misma acorde:

partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente (Zaffaroni E Raúl y et. Al., "Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2002, pag. 493; también Zaffaroni E. Raúl, "La Pachamama y el Ser Humano" , Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 54 y ss).<sup>2</sup>

El nuevo Status Jurídico de los Animales No-Humanos en nuestro país (incluyendo a los Animales Silvestres) ha puesto en crisis la concepción legal de que los animales son recursos (cosas u Objetos) para empezar a comprender a los mismos como verdaderos "SUJETOS DE DERECHO", algo que el Instructor a esta altura de la evolución social, no puede en modo alguno pasar por alto (Buompadre, 2017).

### **Referencias bibliográficas**

Balcarce, Fabián I. y otros, (2011) Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio, 3ra edición. Advocatus, Córdoba.

Bibloni, Héctor Jorge (2005) "El Proceso Ambiental", Lexis Nexis, Buenos Aires.

---

<sup>1</sup> T. , J. A. s/ infracción Ley 14.346

<sup>2</sup> Cámara Federal de Casación Penal. Sala II. Causa Nro CCC 68831/2014/CFC1. "Orangutana Sandra s/recurso de casación s/Habeas Corpus" . Registro Nro 2603/14. Lex Nro. CCC 68831/2014/290001

Buompadre Pablo, (2017) Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales. Data URL:

<https://www.facebook.com/afada.org.33/posts/383715458770291>

Cámara Federal de Casación Penal. Sala II. Causa Nro CCC 68831/2014/CFC1.

“Orangutana Sandra s/recurso de casación s/Habeas Corpus” . Registro Nro 2603/14. Lex Nro. CCC 68831/2014/290001

Clarín. 23 de Mayo de 2005. Fue condenado por apalea a un perrito. Data URL:

[https://www.clarin.com/ediciones-antiores/condenado-apalea-perrito\\_0\\_rkbWs1YkAYx.html](https://www.clarin.com/ediciones-antiores/condenado-apalea-perrito_0_rkbWs1YkAYx.html)

Constitución de la provincia de La Pampa. Sancionada el día 6 de octubre de 1960 y con las reformas de la Convención de 1994.

Corbatta. José Carlos (1994) LA PRESERVACIÓN DEL AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. ANALISIS DE LAS SESIONES 13 Y 14 DE LA CONSTITUYENTE DE SANTA FE. Data URL:

<http://www.legislaw.com.ar/doctri/art41cna.htm>

Despouy Santoro Pedro, E. y Rinaldi. María C. (2003) Protección Penal a los Animales. Análisis de la Ley 14.346. Córdoba. Argentina. (Ed.) Lerner. P. 36.

Diario UNO. Jueves 23 de Abril de 2015. Arrastró a una perrita por mil metros, la maltrató y la Justicia lo condenó. <https://www.diariouno.com.ar/pais/arrastro-una-perrita-mil-metros-la-maltrato-y-la-justicia-lo-condeno-20150423-n67480.html> autos N°36.598 caratulados “F. C/ S.R.M.R. P/ MALTRATO Y CRUELDAD ANIMAL”.

Ley 27.330 de prohibición de las carreras de perros en todo el territorio nacional. Fecha de publicación 02/12/2016 B.O 33516. Decreto Nro 1221/2016

Ley 24.819. DEPORTE ANTIDOPING. Sancionada: Abril 23 de 1997. Promulgada de Hecho: Mayo 20 de 1997.

Monsterín, Jesús (2010) ante el Parlamento de Catalunya, en el debate sobre la prohibición a la corrida de toros. Data URL:.

<https://www.youtube.com/watch?v=HEQ-NFTEsS8>.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2012). “La Pachamama y El Humano”. Ed. Colihue.

## **ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: REMOCIÓN DE BARRERAS PARA SU EFECTIVA VIGENCIA**

Eliana Mariel Ferrero  
UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa,  
Argentina

### **1-Introducción**

En el estadio actual de evolución de los derechos humanos, se podría afirmar que, en términos generales, casi todos los derechos tienen un reconocimiento normativo. Tal es el caso del derecho de acceso a la justicia que, como tal, resulta plenamente operativo, y puede ser ejercido por todos/as los/as habitantes del país, sin distinción de ningún tipo. Sin embargo, “en los hechos los derechos no tienen la eficacia y extensión que se exhiba en los documentos jurídicos” (IIDH, 2011, p.9).

Así, en la práctica el derecho de acceso a la justicia encuentra múltiples escollos de diversa índole, los que se ven incrementados cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las personas con discapacidad.

El presente trabajo tiene como objetivo central ahondar primero que nada en el significado y alcances del derecho de acceso a la justicia; las connotaciones particulares que adopta -o debería adoptar- cuando se trata de personas con discapacidad; para llegar por último a efectuar un análisis de algunas de las medidas que se deberían implementar a fin de remover las barreras que impiden su efectivo ejercicio, con el convencimiento de que se trata de un derecho humano fundamental, cuya eficacia resulta imprescindible para reclamar ante cualquier menoscabo de todos los demás derechos.

### **2-Significado y alcances del “Acceso a la Justicia”**

Como primera aproximación, podría definirse el acceso a la justicia como el “derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas por medio de toda clase de mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto” (Organización de Estados Americanos, 2007, p.17).

Dicha definición se corresponde con una concepción amplia sobre el acceso a la justicia, en tanto al aludir a “...toda clase de mecanismo eficaz...” da cuenta de que no solo refiere

al sistema judicial en sí mismo, sino a otras formas alternativas de resolución de conflictos, las que entendemos, que también deberán ser provistas por el Estado en virtud de los compromisos internacionales asumidos, tal como veremos más adelante.

En efecto, el acceso a la justicia “no es equivalente al derecho a la tutela judicial efectiva tal y como tradicionalmente se ha entendido, sino que también se refiere a otras vías de resolución de conflictos alternas y complementarias a los sistemas judiciales, como la justicia indígena o los MARC” -Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos- (OEA, 2007, p.17). En nuestro país, bien puede mencionarse como ejemplos: la mediación, la conciliación, el arbitraje, etc.

En igual sentido, expresa La Rosa (2006) que:

...Acceso a la justicia no es equivalente a “tutela judicial efectiva” sino que va más allá. Esto no es tan sólo una digresión teórica sino que tiene grandes implicancias prácticas, en especial, en el diseño e implementación de políticas públicas para mejorar el acceso a la justicia que, por ende, no deberían limitarse a ampliar la cobertura del sistema estatal de justicia (más órganos jurisdiccionales, por ejemplo), sino que también debería contemplar medidas de promoción de otros mecanismos no judiciales o no estatales de respuesta satisfactoria a las necesidades jurídicas de los ciudadanos y ciudadanas...(p.3/4).

Hasta aquí hemos analizado el significado y alcances del acceso a la justicia. Sin embargo, debemos aclarar que a los fines de este trabajo abordaremos el derecho de acceso a la justicia en un doble carácter: como derecho humano fundamental que tienen todos los individuos y como garantía que resulta imprescindible para reclamar ante cualquier menoscabo de todos los demás derechos.

Así, se ha sostenido que: “por propia definición, el acceso a la justicia es un derecho en sí mismo y, a su vez, un medio que permite a las personas restablecer el ejercicio de aquellos derechos que les hubiesen sido desconocidos o quebrantados” (Programa para la cohesión social en América Latina –EUROSOCIAL-,2013, p.14).

Asimismo, Despouy (2008) ha sostenido que:

En tanto derecho humano fundamental, representa para las personas la puerta de entrada a los distintos cauces institucionales provistos por los Estados para la resolución de sus controversias. Ello implica que, además de abstenerse de incurrir en violaciones, los Estados tienen la obligación positiva de remover los obstáculos que impiden o limitan el acceso a la justicia (p.111).

Como tal, se encuentra consagrado en múltiples tratados internacionales ratificados por Argentina y que por ende, forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad federal, cuya vulneración haría incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional.

Es por ello que, ha sido la jurisprudencia de los tribunales internacionales -tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, la que ha ido delineando su contenido específico. Se han mencionado como componentes del derecho al acceso a la justicia:

El derecho a la tutela judicial efectiva (juicio justo o debido proceso); el derecho a un recurso efectivo; el derecho a la igualdad ante los tribunales; la igualdad de medios procesales; el derecho a la asistencia letrada; sumado al derecho de ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial (EUROSOCIAL, 2013, p.14).

El derecho de acceso a la justicia reclama el “respeto del debido proceso, el derecho de defensa y, asimismo, la justicia como valor. Es decir, debería tener un alcance en términos de cobertura, pero también en calidad y eficacia, que pueda resolver conflicto de toda naturaleza en forma justa, equitativa y pronta” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, p.12).

En tal sentido, Despouy (2008) ha afirmado que:

Como medio para exigir el goce o restablecimiento de otros derechos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, etc.) el acceso a la justicia no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial sino que se extiende a lo largo de todo el proceso, que debe sustanciarse de conformidad con los principios que sustentan el Estado de Derecho (juicio justo, garantías procesales, etc.) y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia. [...] La ausencia de medios idóneos para el acceso a la justicia, en última instancia, priva a las personas del “derecho al derecho”, al negarle los medios reales para su efectivo ejercicio (p.115).

Por su parte, la Corte IDH en el “Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú”, sostuvo que: “tal derecho no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia.

Dotado de contenido jurídico propio, configurase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, la propia realización de la justicia"<sup>1</sup>.

De lo expuesto, es posible afirmar que “el acceso a la justicia tiene no sólo una dimensión instrumental sino sustantiva” (Maurino, 2008, p.141).

### **3- Su regulación normativa en el derecho internacional**

El derecho humano al acceso a la justicia se encuentra consagrado en múltiples tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina. De allí emerge la obligación del Estado Argentino de implementar los mecanismos necesarios para que toda persona, cualquiera sea su condición, pueda ejercerlo en plenitud.

En efecto, se encuentra regulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su art. 8 dispone: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” y en su art 10 prevé: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14 que: “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. A continuación, el mentado artículo enumera las garantías mínimas que se le deben brindar a toda persona acusada de un delito, las que no abordaremos por razones de brevedad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8 enumera las “garantías judiciales” y entre ellas dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...” y a continuación

---

<sup>1</sup> Corte IDH, "Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

se menciona entre las garantías mínimas de toda persona inculpada de un delito: “el derecho a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal...” Luego, en su art. 25 consagra la “protección judicial” al declarar que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”

La Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad en su art. 3 inc a) dispone la necesidad de adoptar: “medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como: ...el acceso a la justicia...”.

En tanto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales si bien no consagra expresamente el Derecho de Acceso a la Justicia, en la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobada en la 51ª sesión (19º período de sesiones), celebrada el 1º de diciembre de 1998 en Ginebra) se estableció la necesidad de que cada Estado disponga de un recurso, sea judicial o administrativo, que permita dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación nacional. Así, se dijo que “las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso...”.

En consecuencia, si bien se dejó sentado que “las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales”, se determinó que para lograr el cumplimiento efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el pacto, resulta imprescindible la existencia de “medios” adecuados dentro del sistema legal de cada Estado Parte, que podrá consistir en un recurso judicial o administrativo, según cuál resulte más eficaz.

Hasta aquí, se viene desarrollando el modo en que el Derecho de Acceso a la Justicia se encuentra expresamente tutelado a nivel internacional, a continuación abordaremos su consagración específica en relación a las personas con discapacidad.

#### **4- Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad**

La aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2006 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y que fuera ratificada por nuestro país mediante Ley 26.378 en mayo de 2008 produjo un verdadero cambio de paradigmas en torno al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad (Ferrero, 2017, p.136). La CDPD instaura lo que se conoce como “modelo social de la discapacidad”, tal como lo explicaremos en el apartado siguiente.

Dicha Convención define a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Art. 1 CDPD).

Luego, entre sus principios generales la CDPD consagra: “el respeto por su dignidad, autonomía individual, libertad de tomar sus propias decisiones e independencia”, “la no discriminación”, “la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”, “la igualdad de oportunidades”, “la accesibilidad”, etc. (Art. 3 incs. a), b), c), e) y f)).

Asimismo, en su art. 5 regula el principio de igualdad ante la ley y no discriminación: “Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”.

Como se puede observar, la CDPD viene a reafirmar el respeto por los derechos y libertades de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sin discriminación de ningún tipo.

Vale aclarar que, las personas con discapacidad ya tenían garantizados estos derechos en virtud de todo el plexo normativo internacional y nacional. Sin embargo, por tratarse de grupos de personas particularmente vulnerables y que históricamente han visto cercenados sus derechos, la Convención viene a reafirmar su reconocimiento. Lo mismo ocurre con el derecho de acceso a la justicia.

Así, la CDPD en su art. 13 recepta expresamente el derecho de acceso a la justicia de personas con discapacidad al disponer que: “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

Al respecto, cabe efectuar algunas consideraciones. Nótese que al hablar de “igualdad de condiciones con las demás” seguidamente se menciona “incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad...”, ésta frase es clave para comprender las particularidades, vicisitudes y obstáculos que conlleva el ejercicio de este derecho en la práctica.

Es que justamente, por tratarse de personas con discapacidad resulta imprescindible que desde los organismos estatales encargados de impartir justicia se evalúe ante todo, cuál es la dificultad que tiene cada persona y en función de ello implementar por ejemplo: “intérpretes” si se tratare de una persona sorda que sólo comprende el lenguaje de señas, “audiencias orales” si se tratará de una persona no vidente, así como tal vez efectuar mayores explicaciones con el detenimiento que permita a la persona comprender lo que se está discutiendo, utilizar “lenguaje llano”, y tantas alternativas como requiera cada situación particular.

Es decir, se trata de implementar lo que la convención denomina “ajustes razonables” que son aquellas “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (Art. 2 CDPD).

Luego, la segunda parte del Art. 13 CDPD dispone: “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”. He aquí, una obligación específica que la Convención coloca en cabeza de los Estados Partes y que consiste en capacitar al personal de justicia, policial y penitenciario a fin de asegurar un trato adecuado a la situación particular de

cada persona, lo que también se relaciona con uno de los propósitos de dicho instrumento como es “la toma de conciencia de toda la sociedad en el respeto de su dignidad y derechos”.

Por otro lado, un instrumento de suma importancia en esta temática son “las Reglas de Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad (aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en marzo de 2008 en Brasilia), más conocidas como “Reglas de Brasilia”, las que tuvieron recepción en el ámbito nacional a través de la Acordada 5/09 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la provincia de La Pampa mediante el Acuerdo 3117/11 del Superior Tribunal de Justicia.

Dichas Reglas, “tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna...” (Regla 1).

Vale decir que, según las mismas reglas “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (Regla 3).

Y a continuación se enumeran entre las posibles causas de vulnerabilidad las siguientes: “la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad” (Regla 4 primer párrafo).

Al respecto, cabe aclarar que se trata de una enumeración meramente enunciativa, que podrá ampliarse si las circunstancias del caso particular así lo justificara y varían de acuerdo a las características de cada país -su desarrollo social y económico- (Regla 4 segundo párrafo).

Asimismo, la vulnerabilidad se puede detentar en relación a una o a múltiples causas, por ejemplo si se tratare de una niña con discapacidad confluyen tres causas: edad, género y discapacidad. En tal caso, serán mayores los recaudos que deberán tenerse para evitar el cercenamiento de sus derechos.

En cuanto a las personas con discapacidad, la Regla 8 dispone: “Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar

todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”.

Se trata de una disposición clave que, en otras palabras, busca asegurar que desde el sistema de justicia y sus operadores se tomen las medidas que resulten necesarias de acuerdo a cada situación en particular, a fin de remover los obstáculos que se le presenten a las personas con discapacidad a la hora de reclamar por sus derechos.

De hecho, la Regla 25 dispone: “Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad”.

En tal sentido, Medina (2017) ha sostenido que:

Una de las preocupaciones más claras de las Reglas de Brasilia es que los procedimientos y requisitos formales no constituyan una barrera más para el acceso a la justicia de las poblaciones vulnerables. Así solicita que se tomen medidas para simplificar cualquier trámite cuando hubiera personas con discapacidad involucradas, a la vez que se deberían articular los apoyos necesarios en esta dirección.

De tales medidas nos ocuparemos en el apartado siguiente.

## **5- Remoción de barreras**

Como se dijo anteriormente, la CDPD instauro lo que se conoce como “modelo social de la discapacidad”, según el cual se entiende que la discapacidad “es el resultado de la interacción entre la persona y su entorno, encontrando en muchas ocasiones diversas barreras (arquitectónicas, sociales, actitudinales y/o comunicacionales) que la “discapacitan” y le impiden tener una vida plena en sociedad” (Lorenzetti, 2014, p.133). Al respecto, en el fallo “Furlan y Familiares vs Argentina” la Corte IDH explica en qué consiste el modelo social, así sostuvo que “implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la

sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas”<sup>2</sup>.

Seguidamente, en el citado precedente, la Corte IDH “reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, (...) no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”<sup>3</sup>. Y asimismo, se afirma que: “La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”<sup>4</sup>.

En pocas palabras, puede decirse que la discapacidad proviene de la interacción de las personas con un entorno social que no resulte accesible, y que por ende es obligación de los Estados adoptar medidas positivas para remover tales barreras, buscando compensar los factores de desigualdad real, a fin de que las personas con discapacidad puedan disfrutar de una vida plena en sociedad, con el efectivo ejercicio de sus derechos, sin discriminación de ningún tipo.

El “Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad: Propuestas para un trato adecuado” del EUROSOCIAL enumera una serie de recomendaciones generales para el trato de las personas que operan en el sistema de justicia hacia las personas con discapacidad, las que hemos sintetizado en las siguientes:

- 1- Capacitar a los operadores del sistema de justicia a fin de que brinden un trato adecuado a las personas con discapacidad.
- 2- El/la operador/a de justicia deberá identificarse ante ellas en cada oportunidad en que vayan a interactuar.
- 3- Atender en forma prioritaria a la persona con discapacidad.
- 4- Utilizar lenguaje sencillo.

---

<sup>2</sup> Corte IDH, Caso “Furlan y Familiares vs Argentina”, Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 133.

<sup>3</sup> Corte IDH, op.cit, párrafo 134.

<sup>4</sup> Corte IDH, op. cit., párrafo 268.

5- Asegurar la efectiva comunicación, así en el caso de personas con discapacidad auditiva deben procurarse los servicios de peritos intérpretes en lengua de señas, guía-intérpretes o mediadores, u otros medios.

6- Dedicarle el tiempo que necesite.

7- Ubicarse en el campo visual de la persona y modular la voz: para el caso de personas hipoacúsicas que se comunican en la modalidad oral y realizan lectura labial.

8- Proporcionar la información básica acerca de sus derechos y obligaciones.

9- Priorizar el principio de inmediación en las actuaciones (audiencias, visitas, etc.) sobre las presentaciones escritas.

10- Considerar la opinión de la persona como parte preponderante de la decisión a adoptar.

11- Consultarle si necesita algún tipo de apoyo para que se pueda desempeñar en igualdad de condiciones que las demás.

12- Consultarle si necesita algún tipo de ajuste o adecuación, por ejemplo, respecto de personas ciegas, la indicación del lugar específico donde debe firmar; las personas con discapacidad física de miembros superiores pueden firmar con el pie o con la boca, siempre evitando todo tipo de invasión corporal.

13- Las salas de audiencias deben asegurar un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo, debiendo adoptarse en forma previa los ajustes específicos.

14- Las notificaciones deben realizarse con los ajustes necesarios, por ejemplo, si se trata de una persona con discapacidad visual se debe acompañar copias en soporte magnético que contenga una grabación del contenido del documento en formato accesible. Aquí me permito agregar la opción de que sea el mismo oficial notificador quien se encargue de leerle a viva voz el contenido de lo que se le notifica.

15- Trato prioritario a las causas en las que intervengan personas con discapacidad, incluyendo controles de oficio, a fin de evitar dilaciones en el tiempo.

Por su parte, las Reglas de Brasilia contienen los llamados “ajustes de procedimientos” que permitan facilitar el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad:

✓ Requisitos exigidos para los actos procesales:

I. Simplificación de los requisitos procesales.

II. Se promueve la oralidad.

- III. Elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, que sean accesibles y gratuitos.
- IV. Anticipo jurisdiccional de la prueba.
  - ✓ Medidas de organización y gestión judicial:
    - I. Agilidad y prioridad: evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como la ejecución rápida de lo resuelto.
    - II. Coordinación entre los distintos órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan del sistema de justicia.
    - III. Especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de personas en condición de vulnerabilidad.
  - IV. Actuación interdisciplinaria.
  - V. Proximidad: se adoptarán medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a las poblaciones alejadas geográficamente o con dificultades de comunicación.
  
- ✓ Celebración de los actos judiciales: se debe promover que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad (Regla 51). A tal fin la persona deberá ser informada sobre:
  - I. La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar.
  - II. Su papel dentro de dicha actuación.
  - III. El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo.
  - IV. El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales.
  - V. Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso.
  - VI. La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente.
  - VII. El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo.

Las víctimas deberán ser informadas sobre:

- I. Posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido.
- II. Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción.
- III. Curso dado a su denuncia o escrito.
- IV. Fases relevantes del desarrollo del proceso.
- V. Resoluciones que dicte el órgano judicial.
- VI. Cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquellas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.

Asimismo, las formas alternativas de resolución de conflictos, tanto antes del inicio del proceso como durante su tramitación, son consideradas un útil instrumento en el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. En la instrumentación de las mismas se tendrá en cuenta la conveniencia de su aplicación en el caso concreto y se fomentará la capacitación de mediadores y mediadoras, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto (Regla 43 y 44).

De todo lo expuesto, se puede observar que se encuentran regulados la mayoría de los derechos que detentan las personas con discapacidad (y digo la mayoría y no la totalidad en el entendimiento de que siempre se puede avanzar en el reconocimiento de más y mejores derechos), tanto en normativas generales como específicas, nacionales e internacionales, e incluso se contemplan en las Reglas de Brasilia las recomendaciones sobre los ajustes de procedimiento que deben efectuarse en la práctica a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en tales normativas.

## **6-Breve conclusión**

La vigencia práctica del derecho de acceso a la justicia se enfrenta con diversos obstáculos, los que son mayores cuando quienes acuden en reclamo de sus derechos son personas en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las personas con discapacidad. Es por ello que, existen instrumentos internacionales –como las Reglas de Brasilia– abocados a brindar recomendaciones de buenas prácticas a los operadores del sistema

judicial, con el objetivo de que su implementación permita remover las barreras actitudinales y comunicacionales, ello a partir de la capacitación y la toma de conciencia acerca del respeto y la debida atención que requiere cada persona de acuerdo a su situación de vulnerabilidad en particular.

Resta entonces, que la sociedad en su conjunto y los operadores del sistema de justicia en particular, internalicemos prácticas que permitan facilitar a las personas con discapacidad el efectivo acceso a la justicia, y con ello, la plena vigencia de sus derechos.

## **7-Referencias bibliográficas**

DESPOUY, Leandro (2008), Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos” publicado en “Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia, 1º edición, Buenos Aires, Argentina, en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf>

EUROSOCIAL (2013): Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad: Propuestas para un trato adecuado, Buenos Aires, Argentina, en [www.eurosocial-ii-eu](http://www.eurosocial-ii-eu).

FERRERO, Eliana Mariel (2018): “Capacidad Jurídica de las personas con discapacidad: la evolución del derecho argentino a la luz de los principios sentados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en Actas del II Congreso Internacional “Instituciones e Interdisciplina. Alcances jurídicos, económicos y epistemológicos”, Santa Rosa, Argentina, EdUNLPam.

IIDH: Módulo de Acceso a la Justicia y derechos humanos en Argentina (2011), San José, Costa Rica.

LA ROSA, Javier (2006): Acceso a la justicia: elementos para desarrollar una política pública en el país, Derecho virtual, Año 1 N° 3.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2014), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo I, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores.

MAURINO, Gustavo (2008): Acceso a la justicia de los excluidos (en lo social, cultural y económico), en “Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia”, 1º edición, Buenos Aires, Argentina, recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf>

MEDINA, Graciela (2017): Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad y pobreza, La Ley, cita online: AR/DOC/2970/2017.

OEA, Acceso a la Justicia: Llave para la gobernabilidad democrática, Informe Final del Proyecto: Lineamientos y Buenas Prácticas para un adecuado Acceso a la Justicia en las Américas (2007), Washington, Estados Unidos, ISBN 0-8270-5110-7.

## **MEDIACIÓN COMUNITARIA COMO ESTRATEGIA DE ALERTA TEMPRANO Y RESPUESTA OPORTUNA, UN CAMINO ARTESANAL**

María Gimena Funes  
Universidad de Alcalá de Henares

### **El contexto actual**

Si se contrasta el nivel socio económico de los países desarrollados, con aquellos ubicados en territorios donde la población no cuenta con los recursos indispensables para cubrir las necesidades básicas del ser humano, comprobamos una situación de injusticia inaceptable en el inicio del tercer milenio. Comparemos las naciones ricas y aquellas más postergadas distribuidas en todos los continentes; pensemos aquellos países en los que parte de la sociedad ha alcanzado niveles de confort semejantes a los del llamado primer mundo y la diferencia abismal que existe con aquellos que viven en la extrema pobreza.

Esta desigualdad se perfila, a su vez, en la matriz de los mismos países, provocando asimetrías dolorosas que configuran un atropello a la dignidad de los más humildes y es motivo de lo que hoy llamamos el fenómeno de la exclusión social.

Es que esto es así, exactamente: existen seres humanos que se encuentran socialmente prescindidos y cuya exclusión los transforma en parias, en seres desesperanzados e inadvertidos por sus semejantes.

El sistema económico actual ha desterrado y continúa desalojando a millones de personas impidiéndoles que desarrollen una actividad laboral.

En la última década del siglo pasado, el flagelo de la desocupación irrumpió en la mayoría de las economías del mundo originando serias consecuencias: el desocupado no puede sustentar sus necesidades y las de su familia; no puede tener acceso a la educación, ni a los sistemas de salud; no puede lograr una vivienda digna; es segregado reiteradamente en cada escena cotidiana. Estos y muchos otros flagelos le ocasionan una pérdida de la autoestima; son causa de serios enfrentamientos en las relaciones familiares, que muchas veces provocan rupturas entre cónyuges o quiebres entre padres e hijos y en no pocas ocasiones arrojan a uno o a todos los miembros de la familia a la práctica de otras conductas autodestructivas o fuera de la ley, lo que los hunde aun mas en la marginalidad, casi en un círculo vicioso. Lo que se viene describiendo constituye una iniquidad que

proviene de estructuras injustas y configura lo que los estudiosos de la Paz llaman “violencia indirecta”.

Pero la realidad que analizamos también nos presenta ejemplos de violencia directa, traducida en agresiones personales que estallan a través de agresiones físicas o psíquicas, torturas, guerras, terrorismo, enfrentamientos entre hermanos.

Y lo cierto es que la violencia directa afecta tanto a los que disfrutan del confort, como a los pobres y a los excluidos. Aunque estos últimos, por supuesto, son víctimas más acérrimas y más numerosas de tales conductas, ya que ellos son generalmente los agredidos, los torturados, los que mueren en la pobreza, en la marginalidad, la tristeza o el olvido.

El análisis de las causas que nos han llevado a esta realidad caótica no cabría en este espacio. No obstante, no puede callarse que hay razones que subyacen en la conciencia de los hombres y que constituyen el sustento moral de tanta desgracia para la humanidad. Se ha impuesto en la sociedad, como paradigma definitivo, una concepción individualista estimulando a cada uno a pensar sólo en sí mismo. Convicción ésta que se traduce en conductas competitivas, para las cuales lo importante es poseer más, en detrimento del ser, perdiendo así la perspectiva de elección de los medios a emplear y, abandonando todo vislumbre de solidaridad.

Esta concepción que privilegia el egoísmo y tiene como meta el lucro desmedido, sin reparar el daño que esto produce a la mayor parte de la humanidad, es la promotora de la desgarradora realidad que, sin dudas, los expertos podrán seguir describiendo y estudiando, y que origina las crisis que se viven en el mundo actual. Crisis que se extiende desde la última hecatombe financiera que afectó a la mayoría de las naciones, hasta los conflictos que se registran en el interior de las pequeñas comunidades.

Cuantiosas serán las fuentes y los métodos para superar y resolver la crisis pero, sin lugar a duda, hay una que contribuye a aportar soluciones, que es la participación.

### **Necesidad de la Participación Ciudadana**

Frigerio, Poggi y Taramonti señalan que “la participación es un vehículo para el desarrollo de sentimientos de pertenencia. De aquí que, en un momento de crisis, se haga una fuerte apelación a ella y se le deposite toda la expectativa de superación y cambio”.

Explican que el valor de la participación se asienta en tres cuestiones fundamentales:

- En primer lugar, se apoya en una concepción de la sociedad como una construcción de hombres libres, con derecho a intervenir en los procesos en los cuales se toman las decisiones que de un modo u otro afectan su vida. En este sentido la participación será el mecanismo a través del cual los actores de la sociedad intervienen en la definición de las normas que regulan su propio comportamiento y que establecen el conjunto de derechos y obligaciones a los que, están sujetos.
- En segundo lugar, se destaca la necesidad de contar con el compromiso de los actores para poder llevar adelante cualquier programa o proyecto institucional. En este caso el valor de la participación estaría dado por su capacidad de constituirse en un mecanismo a través del cual es posible suscitar colaboración en las tareas institucionales y construir un orden que tenga mayores posibilidades de efectivizarse.
- En tercer lugar, se resalta la necesaria contribución a la construcción de un régimen democrático.

La participación es un corolario del bien común. El cuadro sobre el contexto actual que se hiciera anteriormente, nos coloca ante una realidad alejada, precisamente, del bien común. El bien común es el objetivo ético de la realidad social: permite asegurar el conjunto de condiciones exteriores necesarias para que todos y cada uno de los integrantes de la sociedad puedan desenvolver, con el mayor rendimiento, sus cualidades y funciones en la vida material, intelectual, religiosa; y obtener el más óptimo desarrollo físico, psíquico y espiritual.

Esto nos está indicando que la participación de cada hombre en la comunidad a la que pertenece, primero en la más cercana pero también en la global, constituye un derecho y un deber y podría definirse como la intervención activa, tomando parte con protagonismo, en la vida pública, contribuyendo al bien común.

Es un derecho porque, tal como la definimos, la participación constituye una exigencia de su dignidad como persona. Si el hombre es el forjador de su propio destino, debe contar con los medios necesarios para modelarlo; debe tener la posibilidad de protagonizar las actividades necesarias para la obtención de tales medios; debe poder intervenir en la creación y en la decisión de distribución de aquellos bienes imprescindibles que permiten que cada persona se realice como tal dentro de la sociedad en que le ha tocado vivir.

Es un deber porque si le exigimos al hombre que modele su destino en ejercicio de la libertad que lo constituye, que le permite la construcción de su innegable unicidad, lleva sobre sí la carga de procurarse por sí mismo los medios necesarios para lograr su fin, aunque otros colaboren también en ello.

El hombre es responsable ante los otros con quienes participa solidariamente en el ser persona. Entonces, en su papel de ciudadano él debe colaborar con esos otros asumiendo un papel protagónico en la vida pública, aportando su trabajo intelectual o físico; elaborando proyectos que contribuyan al bien común, aún desde la diversidad; exigiendo que se lo tenga en cuenta en las decisiones, proponiendo para ello mecanismos más concretos y más cotidianos que superen el ejercicio del voto.

El problema que nos presenta la propuesta de intensificar la participación ciudadana es cómo hacer o qué hacer para que ella se convierta en una realidad en nuestras comunidades. Cómo lograr que los ciudadanos tengan una verdadera intervención en la cosa pública y puedan contribuir efectivamente al bien común.

Un primer paso es insoslayable: que la participación ciudadana esté reconocida como un derecho en las Constituciones de los países y que las leyes dictadas en su consecuencia la garanticen.

Pero, ello no es todo, ya que debemos enfrentarnos con la propia conducta de los ciudadanos. Hay quienes no quieren participar por egocentrismo, ya que teniendo lo necesario no encuentran incentivo en compartir nada con sus semejantes.

Hay quienes comprenden que es bueno participar, pero piensan que ningún esfuerzo es útil porque las decisiones pasan por otra vía.

También están quienes necesitan participar para lograr, con la ayuda de sus conciudadanos, aquellos bienes que siempre les han sido negados; pero su situación económica es tan carente que no saben cómo hacerlo y temen ser rechazados.

El desafío consiste en encontrar recursos que nos permitan revertir esas posturas contaminadas frente a la necesidad de participación.

En primer lugar, es necesario trabajar con los ciudadanos, dondequiera que ellos se encuentren, dondequiera que ellos desarrollen sus actividades o tengan su espacio de influencia; concientizándolos en el derecho y el deber de la participación, trasladando al alcance de sus manos los instrumentos del diálogo y la participación y ejercitándolos en su utilización.

Cada persona tiene que acceder a la oportunidad de descubrir su propia responsabilidad en la prevención y resolución de los conflictos sociales; ver incitado su interés en obtener situaciones de justicia; madurar y crecer en el conocimiento propio y el respeto por las ideas ajenas, aprendiendo a escuchar, a pensar críticamente y a resolver problemas; hacer propio el respeto por la naturaleza, el reconocimiento de los derechos humanos y el análisis crítico de las situaciones de violencia estructural.

Los lugares apropiados para realizar este trabajo son todos aquellos donde las personas se reúnen, por decisión espontánea o por obligación, pues la participación es una tarea comunitaria, que compete al ciudadano.

El cambio de actitudes en el ciudadano se alcanzará gestando en él determinadas destrezas que le hagan posible tomar parte en la cosa pública y contribuir al bien común, como un comportamiento natural y cotidiano.

Urge alentar el desarrollo de un proceso colectivo de decisión y reflexión; que enriquezca el conocimiento individual y potencie el colectivo; que facilite una experiencia de

reflexión educativa común y el acceso a una creación colectiva del conocimiento y de sus implicancias prácticas.

Esta actividad grupal debe poder provocar el descubrimiento de valores y cualidades veladas en los participantes y abrir camino al sueño de futuros posibles. Debe obtener el rescate de la autoestima y la posibilidad de diseñar actividades, susceptibles de cambiar la realidad y llegar al destino propuesto.

Lo importante es que la ciudadanía recupere la visión, es decir, entienda qué aspira lograr, y descubra las capacidades del grupo traduciéndolas en energía para la acción.

Es así como contaremos con ciudadanos conscientes de su deber de participar, instrumentados para hacerlo en forma libre y efectiva y seguros de los derechos y los espacios que pueden exigir.

### **Mediación Comunitaria**

Que el conflicto es connatural al hombre es un concepto conocido. También sabemos que a todos nos preocupa qué actitud se asume frente al conflicto: cómo se previenen los conflictos innecesarios y cómo se administran o resuelven aquellos que necesariamente se producen en la vida del ser humano.

**La Mediación Comunitaria** es un recurso humano y un instrumento cívico mediante el cual los integrantes de una sociedad pueden tramitar sus diferencias y/o gestionar los conflictos que se les presentan en el ámbito privado y/o público, así como también participar en la construcción de la sociedad que integran.

La Mediación Comunitaria es una estrategia de intervención social que busca la gestión no violenta de los conflictos entre y con los integrantes de la comunidad desde un proceso grupal, comunicacional y de aprendizaje que por un lado facilita el acceso a justicia, y por el otro genera instancias de participación y fortalecimiento comunitario que implican en sí mismos un ejercicio de democracia participativa.

Un sistema de justicia eficiente debe garantizar:

- Acceso a la justicia
- Acceso a justicia

La mediación se constituye en una herramienta fundamental para contribuir al acceso igualitario a la justicia.

### **Acceso a la Justicia**

- Posibilidad formal de llegada a una institución en particular;
- Inclusión de estrategias activas para promover la admisión por parte de individuos y grupos que de otra manera no actuarían para obtener el reconocimiento de sus derechos.

La mediación es un procedimiento cooperativo de resolución de conflictos.

Tiene como propósito lograr acuerdos rápidos y sin los costos de tiempo, dinero y esfuerzo que llevaría una instancia judicial. El objetivo principal es detectar preventivamente los conflictos de convivencia, impulsando un acercamiento y ayudando a fortalecer los vínculos de las personas en un espacio de diálogo. El mediador asiste el proceso, facilita la comunicación entre las partes, intentando que las mismas logren un acuerdo de forma voluntaria.

¿Qué asuntos pueden ser mediados?

- Desavenencias familiares.
- Disputas entre vecinos: ruidos molestos, olores desagradables, expensas,
- filtraciones, animales domésticos, uso de espacios comunes, cuestiones
- relativas al consorcio, etc.
- Diferencias entre socios, divisiones patrimoniales, comerciales, problemas con instituciones, etc.

- Como vemos, la palabra "conflicto" en mediación se refiere a conflictos interpersonales. Vamos a tener en cuenta el carácter relacional del conflicto y no su nivel intrapsíquico tal como lo aborda la psicología. También difiere de ésta en cuanto a que no se aboca al análisis causa-efecto, pasado-presente, sino que aborda una porción de ese conflicto, aquella parte que se hace pública y que urge resolver. El mediador no desconoce la procesualidad de los problemas pero pone su foco en lo que las personas piden cuando llegan al espacio. También se diferencia del estricto ámbito jurídico, ya que el sistema legal priva a sus actores de su capacidad para decidir qué pueden y quieren hacer con el conflicto, y su resolución es delegada a un juez (lo cual no significa que si las partes deciden que esa es su mejor alternativa no la utilicen). La idea es actuar siempre en el sentido de incrementar las alternativas posibles, para que la capacidad y la posibilidad de elegir sean más amplias.
- En la mediación se tienen en consideración: la disputa que trae a las partes y la relación entre ellas. En este enfoque interaccional, el eje de observación está dirigido a los aspectos comunicacionales del conflicto, concibiéndolo como una secuencia de transacciones en la que todos los participantes son actores responsables en la interacción. Estas transacciones, en la repetición, se establecen como una pauta o regla de relación en el sistema. El mediador intentará rescatar aquello que emerja como posibilidad de flexibilizar posturas, desde donde sea posible pasar de una situación repetitiva y dilemática a una situación problemática con posibilidades de resolución.

Es vital cuidar la relación, sobre todo en aquellas situaciones (divorcios, vecinos, consorcio) en donde el trato o la convivencia permanecerán en el tiempo. Esto tiene un carácter preventivo ya que preserva la calidad de vida y la cotidianeidad de las personas involucradas, que en caso contrario puede llevar a confrontaciones y escaladas de violencia.

- Lo característico de la mediación comunitaria es la voluntariedad, que la recorre de principio a fin, noción sustentada en una concepción de sujeto autónomo. La decisión de ir (salvo en las mediaciones prejudiciales) o de permanecer es voluntaria, lo mismo que llegar o no a un acuerdo. Esto

genera, según datos estadísticos, que los convenios que se logran se sostengan en el tiempo porque han sido consensuados por las partes reconociendo su participación en el problema. Como vemos se estimula el protagonismo, o sea, la capacidad de los sujetos de tomar decisiones y de ser responsables de estas y de sus consecuencias.

### **Distinciones entre la Mediación Prejudicial y la Mediación Comunitaria**

<u><b>Mediación Prejudicial</b></u>	<u><b>Mediación Comunitaria</b></u>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Enmarcada dentro de la ley</li> <li>○ Derivada de los Tribunales</li> <li>○ Es obligatoria</li> <li>○ Mediadores son abogados de registro</li> <li>○ No se llega a un acuerdo habilita la vía judicial</li> <li>○ Obligatoriedad de asistencia letrada</li> <li>○ El acuerdo tiene valor de sentencia judicial</li> <li>○ Es confidencial</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Sin Ley</li> <li>○ Derivada del boca a boca, por instituciones intermedias, profesionales, etc.</li> <li>○ Es voluntaria</li> <li>○ Mediadores que provienen de diferentes campos</li> <li>○ No se llega a un acuerdo no habilita la vía judicial</li> <li>○ No es obligatoria la asistencia letrada</li> <li>○ El acuerdo tiene valor de contrato privado entre las partes</li> <li>○ Es confidencial</li> </ul>

### **Principios de la Mediación**

- **Voluntariedad:** La implicación de las partes en un proceso de mediación comunitaria debe ser voluntaria y consciente. De la misma manera, cualquiera de

las partes, o de los individuos que las componen pueden abandonar el proceso libremente en cualquier punto del mismo.

- **Gratuidad**
- Neutralidad (una primera acción del mediador será lograr la adhesión y la voluntad de participación de los actores involucrados)
- Imparcialidad
- **Rapidez**
- Confidencialidad.
- **FLEXIBILIDAD:** Dadas las características de las problemáticas atendidas, de la heterogeneidad de los individuos susceptibles de necesitar este servicio de mediación, así como de las particularidades que presente cada escenario geográfico de la zona en conflicto, el proceso de mediación comunitaria no puede ser rígido. Por lo que la flexibilidad es una característica propia de este proceso en donde en ocasiones para poder mediar debemos trasladarnos al lugar del conflicto.

### **Rol del Mediador**

Es fundamental que su eje de trabajo apunte a lograr el **respeto** y el **reconocimiento** del otro como un legítimo otro.

Recordemos que el **conflicto** conlleva:

-la escasez de respeto mutuo;

-la exigua capacidad de reconocimiento de las diferencias que tiene una sociedad y/o sus integrantes.

### **Perfil del Mediador Comunitario**

- Capacitación Permanente

- Trayectoria honesta, que cuente con el respeto y valoración de la Comunidad.
- Discreto y Confiable
- Equilibrado, imparcial
- Flexibilidad y de mentalidad abierta
- Solidario y comprometido con la tarea
- Referente para la Comunidad

### **Una experiencia en mediación comunitaria**

La Ley N° 2699 dispone la vigencia de la “MEDIACIÓN INTEGRAL” en nuestra provincia. Sin embargo, en lo que va desde su establecimiento, solamente ha podido implementarse la Mediación judicial Obligatoria y lo que atañe a la Mediación Voluntaria Extrajudicial, aun no ha sido reglamentada. Igualmente, la creación de la Coordinación de Prevención Comunitaria del Ministerio de Seguridad se transformó en una oportunidad de abordaje y resolución alternativa de los conflictos, habilitando un vasto campo de intervención y siendo la mediación vecinal una de las herramientas utilizadas. Quisiera relatarles mi experiencia concreta en ese espacio (que se extendió por el término de 2 años y medio)



Desde su instauración, la Coordinación de Prevención Comunitaria del MINISTERIO DE SEGURIDAD tuvo como finalidad *estimular iniciativas y estrategias de actuación preventiva, abordando las causas de fondo de los conflictos al mismo tiempo que dándoles una respuesta, evitando así la tendencia a transformar la prevención del delito en políticas de seguridad y de judicialización.*

**Fomentar políticas preventivas que favorecieran la integración de la comunidad barrial y eviten los efectos negativos del conflicto en el futuro, mejorar las relaciones sociales, la cohesión y el clima de convivencia pacífica, fueron los objetivos primordiales de ese organismo.**

Desde su plasmación (diciembre de 2.015), se establecieron cuatro ejes básicos de trabajo:

**I. CREACION DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN COMUNITARIA (INTERVENCION INDIVIDUAL Y BARRIAL)** para dar una temprana y apropiada solución a los diversos conflictos vecinales que se suscitaran dentro de la comunidad (desacuerdos entre vecinos, problemáticas entre familiares, medianerías, problemas con Instituciones, consorcios, incumplimiento de contratos), evitando la escalada de los mismos. Este servicio procuraba la posibilidad de tratar adecuadamente en cada barrio las desavenencias entre partes, gestando espacios de diálogo y articulando un trabajo en red que auspiciara acuerdos satisfactorios que impidieran nuevas divergencias a futuro.

El Programa apuntaba básicamente a servir como puente entre el MINISTERIO DE SEGURIDAD y la comunidad y viceversa, operando como preventor, facilitador y orientador de conflictos con la posibilidad de derivación si fuera necesario, pero por sobre todas las cosas, actuando como ámbito de recepción y continencia. Para ello, el Programa contaba con:

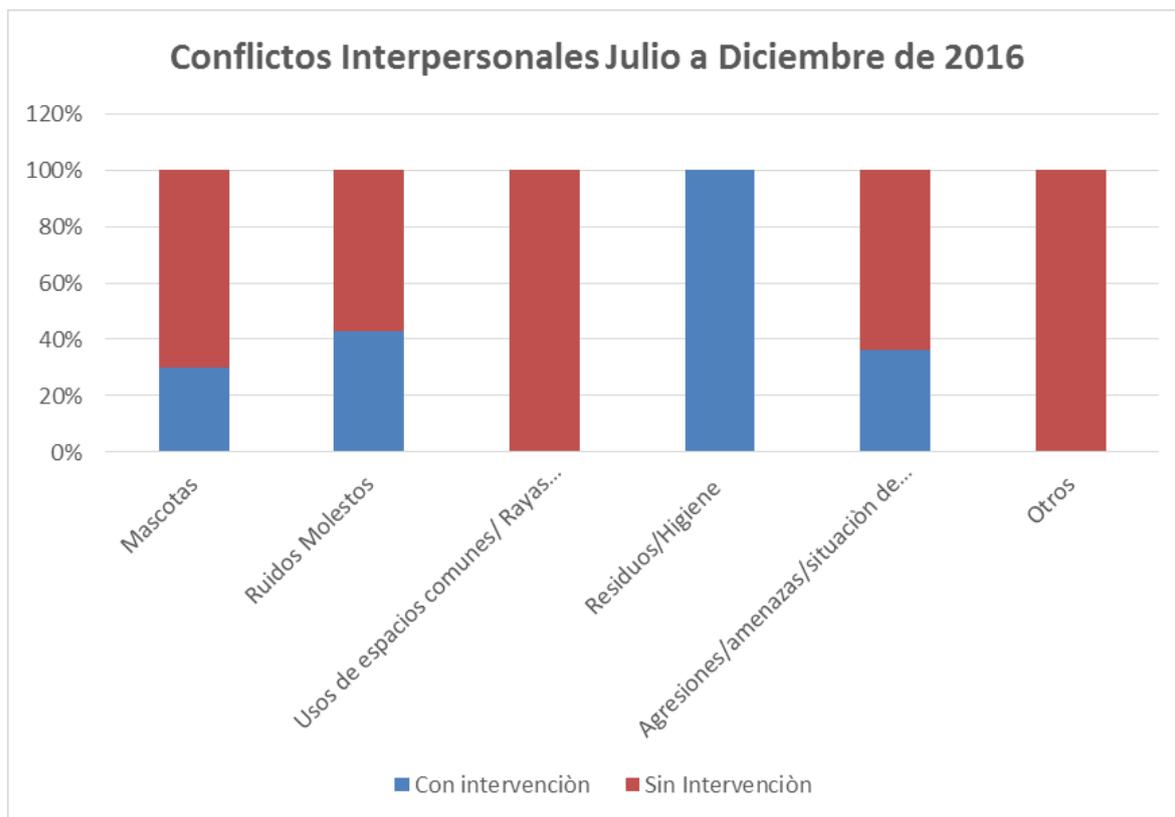
- Equipos Internos entrenados en la Resolución de Conflictos que ofrecían el Servicio Personalizado (en casos de disputas entre vecinos emergentes de los partes policiales, Línea de Denuncia 0800 o aquellos donde se explicitara la voluntad de las partes de ser asistidas)

-Equipos técnicos itinerantes, integrados por estudiantes avanzados de formación social (Asistentes Sociales, modalidad presencial y a distancia) que intervenían como gestores de la resolución de los conflictos barriales.

A partir de la intención de firma de un Convenio marco del Ministerio de Seguridad con un Instituto Terciario de gestión privada de la provincia (ISSES), desde la Coordinación se está brindó una formación para que los agentes comunitarios pudieran contar, con la posibilidad de adquirir y aplicar distintas técnicas y así brindar una adecuada contención primaria en material de abordaje de desavenencias. Para esto se aplicaban variados recursos técnicos que facilitaran la tarea grupal propuesta (entrevistas, talleres, jornadas de encuentro y reflexión). La intervención barrial permitió que se pudieran pensar conjuntamente la inclusión y elaboración de diversas estrategias de abordaje de problemáticas en torno a la seguridad.

A modo grafico se muestra cuadro de las intervenciones realizadas en 2016 (periodo Julio a Diciembre):

	<b>Conflictos Interpersonales Julio a Diciembre de 2016</b>		
<b>Motivo</b>	Con intervención	Sin Intervención	Total
<b>Mascotas</b>	3	7	10
<b>Ruidos Molestos</b>	3	4	7
<b>Usos de espacios comunes/ Rayas Medianerías</b>	0	2	2
<b>Residuos/Higiene</b>	1	0	1
<b>Agresiones/amenazas/situación de violencia</b>	4	7	11
<b>Otros</b>	0	15	15
<b>Total</b>	46		



En el periodo analizado, pudo observarse que a partir de la lectura de los partes policiales se detectaron y atendieron una gran variedad de casos que se clasificaron en:

- Temas de convivencia.
- Temas relacionados con la propiedad horizontal.
- Conflictos intrafamiliares.

De todos, resultaron mayoritarios los correspondientes a la convivencia, que a su vez fueron divididos en subtemas, y allí aparecen ítems como los originados en las mascotas, ruidos molestos, residuos, agresiones, amenazas y/o situaciones de violencia.

De las estadísticas elaboradas, se registraron como más relevantes las problemáticas vinculadas con ataque de mascotas, ruidos molestos (propios de la estructura y división edilicia de algunos barrios y del entorno complejo de estas zonas caracterizadas por la gran densidad de población) y las agresiones, dando cuenta del trato y/o maltrato en

muchos casos limitando con acciones violentas. Al respecto, cabe señalar:

-La buena **receptividad por parte de la población** sobre la que se intervino, que mayormente denotaba gratitud y apertura **ante el servicio ofrecido**. También existieron situaciones donde las personas rechazaban el servicio u hacían caso omiso (en el gráfico, identificados como “Sin intervención”)

Pese a la predisposición antes expuesta, en el momento en que el Equipo ofrecía una **reunión conjunta entre las partes, resultaba costoso o improbable** el encuentro ya que se pretendía que los profesionales oficiaran de interlocutores pero **no se accedía a establecer un diálogo directo con el otro** (lo que evidencia la dificultad que las personas tienen a la hora de conversar y escucharse, así como asumir un compromiso en cuanto a la resolución de sus divergencias –un rol protagónico donde no exista otro que nos ordene-, obstáculo que recorre todo el horizonte social actual y no es exclusivo de la población pampeana). También nominados como “Sin Intervención”

Ante estas situaciones, **se continuo trabajando sobre estos casos en forma individual en pos de lograr cambios** y, mejorar la convivencia de los involucrados, cooperando en la búsqueda de soluciones, aunque no del modo que se estimaba más pertinente (esto es, como se señaló, restableciendo la comunicación directa interrumpida) Además del abordaje en forma particular, **se iban estableciendo redes con otras entidades estatales de la provincia a fin de reforzar estas actividades con otros programas que coadyudaran a la generación de una sociedad más preparada a la hora de resolver los temas que son de su interés (lugares que brinden contención psicológica, asesoramiento jurídico, espacios que ofrecieran actividades comunitarias, talleres recreativos, etcétera).**

El trabajo conjunto con otras áreas del Estado permitió que, además de las desavenencias emergentes de los partes policiales, se recibieran casos derivados de modo directo por dichos organismos (Secretaría de la Mujer, Dirección de Adultos Mayores, Desarrollo Social, Niñez, Municipios, etc.). A su vez, también se trabajaban situaciones derivadas de los propios agentes de las Fuerzas de Seguridad, lo que resultaba de gran importancia en la tarea, ya que se trataba de situaciones (en general) de reciente origen lo que propiciaba un abordaje temprano y eficaz (ello posibilitado

por el intercambio generado a partir de las capacitaciones brindadas a la Policía). Asimismo, se efectuó un trabajo sostenido en problemáticas de vulnerabilidad social (especialmente en el ámbito de Niñez), creándose variados mecanismos de abordaje y seguimiento.

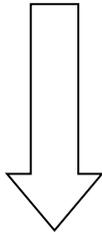
Es importante destacar que la **herramienta ofrecida resultó absolutamente novedosa**, siendo, en general, muy bien acogida por la población, que destacaba el hecho de que el Estado se acercara a su problema y le ofreciera un servicio gratuito para abordarlo. Así, las personas manifestaban asiduamente su beneplácito por saber que el Ministerio de Seguridad las observaba y protegía ofreciéndoles un servicio personalizado cuya finalidad era que las situaciones que no se resolvían en la primera intervención policial, pudieran ser abordadas mediante la cita de las partes a las dependencias policiales o al mismo Ministerio (con asistencia voluntaria), lugar en donde en un ambiente cálido y de conciliación, los miembros del Equipo de resolución de conflictos posibilitaban abordar a los sujetos las posibles soluciones que voluntariamente podrían darse, se les intentaba hacer ver los aspectos positivos de consensuar una solución, así como los negativos de lo contrario. Llegado el acuerdo, este se asentaba por escrito, siendo firmado por las partes y por el mediador. En caso que el consenso se resistiera por cualquier motivo, se asesoraba a cada una de las partes sobre la forma establecida por el ordenamiento jurídico, en cualquiera de sus órdenes (civil, penal o administrativo) de reclamar lo que ellos entendieran como sus derechos.

La tarea establecida pretendía que los pequeños conflictos ciudadanos diarios se pudieran resolver sin llegar a utilizar instancias administrativas o judiciales; pero sobre todo, se buscaba el restablecer lo antes posible la cordialidad vecinal, evitando que vecinos y familias se encontraran enfrentadas por el enconamiento de pequeños roces propios de la convivencia con otros, llegando incluso en ocasiones a las agresiones verbales o físicas. De este modo se atendía al ciudadano en sus diversas problemáticas individuales, brindando un servicio que se pretendía cada día más eficiente y como dijimos restaurador del espacio vecinal, en un campo más amplio de la mirada de la justicia restaurativa y del acceso a la justicia.

## II. PUESTA EN MARCHA DE UN PLAN DE ABORDAJE EN RED (INTERVENCION EN MUNICIPIOS) (REGIONAL)

### Espacio de consulta:

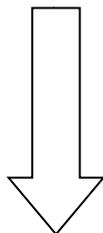
- Promoción del “Programa PCB”.
- Ofrecimiento del mismo a cada vecindario que lo requiera.
- Respuesta a las situaciones de conflicto planteadas planteen.
- Estructura de un proceso de trabajo.



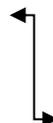
### Mesa de Prevención y Convivencia (MPC):

Técnicos y políticos de todas las áreas para:

- Diagnóstico compartido.
- Elaboración de un plan de trabajo.
- Identificación y rentabilización de recursos.
- Propuestas de intervención.
- Seguimiento y revisión de las alternativas.



Armado de Comisiones Específicas de Trabajo (CET) (1) que se abocan a la reparación de daños, elaboración de protocolo de intervención.



Armado de Grupos de  
Intervención de  
Referencia (GIR) (2)

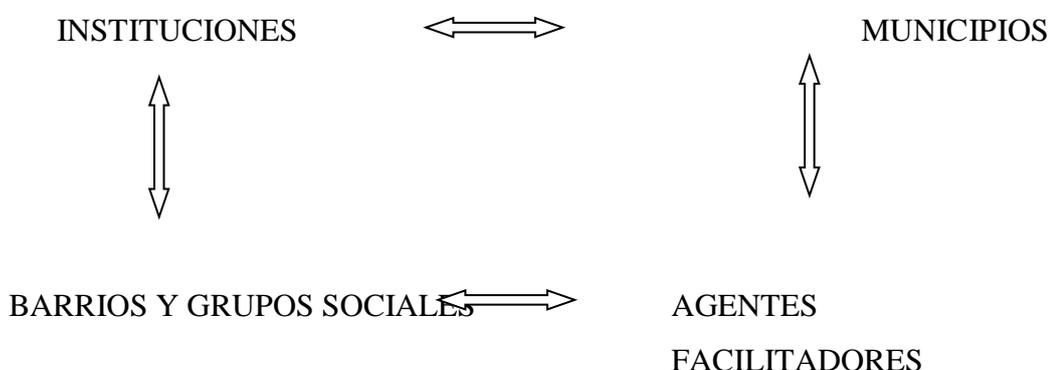
**Espacios de seguimiento:**

-Referente Municipal en contacto con el Equipo de PPCB.

**III-FORMACIÓN Y ENTRENAMIENTO DE AGENTES  
PREVENTORES/AGENTES COMUNITARIOS**

Se impartieron diversas formaciones específicas en resolución de conflictos a los distintos actores de la comunidad, ajustándose el contenido, modalidad (talleres, charlas, curso) y duración al requirente concreto (escuelas, barrios, gremios, asociaciones, etcétera).

**IV. EXPANSION DEL TRABAJO INTERINSTITUCIONAL Y COORDINADO  
CON OTROS ORGANISMOS** (principalmente el CAJ, Poder Judicial, Ministerio de Bienestar Social, Secretaria de Derechos Humanos) a los que se derivaron la atención de algunos casos, llevando a cabo el seguimiento de los mismos (**TRABAJO CON INSTITUCIONES nacionales y PROVINCIALES**).



En tal sentido, se trabajó en la creación de distintos planes (vinculados con Mediación Penal Juvenil, Campañas de Concientización, talleres, espacios de gestación de proyectos, etc.) que permitieran el abordaje integral de realidades específicas y acuciantes tales como niñez y adolescencia (niños en situación de vulnerabilidad, adolescentes en conflicto con la Ley, Talleres en Unidades Carcelarias, Adultos Mayores), dando el alerta temprano y la respuesta oportuna para la conflictiva provincial.

En general, la mediación comunitaria es un sistema relativamente poco desarrollado en nuestro país, pero que modifica sustancialmente las comunidades en las que se aplica de manera sistemática. Creemos que debería ser impulsado por los Municipios de un modo más decidido, como una forma de dotar a la ciudadanía de más y mejores herramientas para mantener la paz social y la armonía en la convivencia.

### **Retos y desafíos de la mediación comunitaria**

Como se ha señalado, la Mediación Comunitaria promueve y se apoya en el protagonismo de todas las partes, la imparcialidad del mediador, la confidencialidad del proceso, la cooperación de todos los participantes promoviendo la confianza y el consenso entre ellos, el alcance de un compromiso a través del respeto y de la consideración mutua de los intereses de cada uno, y la libertad de decisión.

Se cree necesario, en este proceso de desarrollo de las potencialidades de la mediación, una evaluación de resultados capaz de dar cuenta de la complejidad. Compartir experiencias con distintos actores que desarrollan la Mediación en otros espacios e intercambiar las diversas miradas existentes, es una de las herramientas más ricas con las que contamos en esta tarea y lo que permitirá definir y redefinir las posibilidades y las limitaciones de la mediación. También se hace necesario hacer un trabajo profundo para concientizar a la sociedad sobre la Mediación como instrumento de mejora de la convivencia, reflexionar sobre la formación específica de las personas mediadoras y la

necesidad de construir un rol interdisciplinario. Además, se torna indispensable una política pública que posibilite el fortalecimiento de los ciudadanos mediante herramientas que arraiguen la cultura del acuerdo, definiendo espacios, perfiles y protocolos de actuación ante los conflictos vecinales.

Por otra parte, el tiempo de la propia praxis ha abierto algunas líneas que merecen ser profundizadas e investigadas en profundidad:

\*La mediación ayuda a las personas a confiar en sí mismas y en el otro: sabemos que la dificultad para resolver un conflicto suele sumergir a los individuos en una especie de parálisis, de empantanamiento, lo que acarrea frustración y baja autoestima. Cuando los sujetos empiezan a vislumbrar caminos posibles y lo hacen por sí mismos (con la guía del bagaje teórico y técnico de quien conduce el encuentro) pueden volver a conectarse con todo lo que son capaces de lograr. La mediación instala la pregunta *¿qué puedo hacer yo?* En tanto se trata de un doble movimiento, de un interrogante que va recorriendo a las dos partes que viven el conflicto, se recupera también la confianza en el otro ya que se empieza a percibir que "el corrimiento es de ambos".

\*La idea de promover conductas autónomas adquiere una doble dimensión: no sólo se trata de que las partes determinen cuál es para ellas el mejor acuerdo; también les devuelve el compromiso en tanto deben ser ellas mismas quienes lo sostengan en el tiempo. Protagonismo y responsabilidad están indefectiblemente unidos.

\*La mediación produce un "deuteroaprendizaje": al solucionar un conflicto, como subproducto de esto, los sujetos pueden incorporar la capacidad de solucionar futuros conflictos. Por otra parte, si bien el mediador no trabaja "la historicidad", sus preguntas empiezan a abrir áreas en las que las personas podrían trabajar (en otros espacios y con otros especialistas).

\*La función de sostén: si el mediador trabaja con la palabra, la escucha es, pues, su primer instrumento. Como tercero busca "recomponer" una comunicación que ha sido interrumpida, instalar el diálogo, y debe hacerlo conteniendo todo aquello que lo nuevo dispare. El sostén implica albergar la vivencia de las partes, legitimarlas, y

también orientarlas, proveyendo una apoyatura capaz de provocar un cambio y una resignificación de lo previo.

En la experiencia relatada (y en el trayecto recorrido), interesa resaltar que se trabajó buscando impulsar el protagonismo de las personas; no solamente para el acuerdo. Aun cuando resulta gratificante que las partes resuelvan sus inconvenientes, lo que ha guiado siempre este camino es la necesidad de que los sujetos se apropien de la herramienta fundamental del mediador: la pregunta. Los casos atendidos confirman que las personas se llevan del espacio "la capacidad para la inquietud", instrumento que siempre conduce a nuevos puertos. Es decir, comienzan a preguntarse cosas que nunca se habían preguntado, o se repreguntan aquello que aparecía como incuestionable o inamovible, lo que ingresa nuevos datos que ayudan a resignificar el problema y la percepción unívoca que se tenía de él.

Desde esta perspectiva, me urge expresar con plena y absoluta convicción que los efectos positivos en los conflictos que mi artículo resalta, son aplicables para todos los espacios a los que he llevado la herramienta de la Mediación desde la propia experiencia: en la Escuela, en el entretrejo familiar y, en materia penal, en el trabajo con adolescentes en conflicto con la Ley Penal. Sin dudas, la Mediación es plenamente posibilitadora de una solución más humana al conflicto.

Ojalá seamos muchos quienes puedan sostener esta creencia, cada día mas. Porque, como dice Martín Buber, “únicamente cuando el individuo reconozca al otro en toda su alteridad como se reconoce a sí mismo, como hombre y marcha desde ese reconocimiento a penetrar en el otro, habrá quebrantado su soledad en un encuentro riguroso y transformador...”

### **Referencias bibliográficas**

Adasme Calisto, E. y Quinteros Flores, Ch. (2014). La mediación comunitaria y/o vecinal: un aporte a la democratización social y un nuevo espacio para el trabajo social de comunidad. *Revista Perspectivas*, 25, 221-239.

- Alés, J. (13 febrero de 2014). Memoria de un año al servicio de Triana [Mensaje en un blog]. *Javier Alés. Blog de debate y participación sobre mediación como técnica de resolución de conflictos*. Recuperado de <http://bit.ly/2sQ3KcX>
- Alzate Sáez de Heredia, R., Fernández Villanueva, I. y Merino Ortiz, C. (2013). Desarrollo de la cultura de la paz y la convivencia en el ámbito municipal: la mediación comunitaria. *Política y sociedad*, 50(1), 179-194.
- Carretero Morales, E. (2013). El papel del mediador tras la aprobación de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En: H. Soletto Muñoz (Dir.). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (2ª Ed., pp. 113-126). Madrid, España: Tecnos.
- Frigerio, G.; Poggi, M. y Taramonti, G. Las instituciones educativas. Cara y ceca. Troquel, Buenos Aires, 1992 (Ficha bibliográfica)
- Gimeno, R. y Reina, F. (1998). Les mediacions en la comunitat: una modalitat d'acció socioeducativa. *Educació. Social. Revista de Intervenció Socioeducativa*, 8, 78-87.
- Iannitelli, S., Llobet, M. y Tejero, E. (2008). La mediación comunitaria como práctica de creatividad social y de construcción de ciudadanía. *Documentación Social*, 148, 117-131.
- Martínez de Murguía, B. (1999). *Mediación y resolución de conflictos*. Barcelona, España: Paidós.
- Nato, Alejandro, Rodríguez Querejazu, María G., Carabajal, Liliana (2006). *Mediación Comunitaria*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.
- Otero Parga, M. (2013). La ética del mediador. En H. Soletto Muñoz (Dir.). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (2ª Ed., pp. 127-143). Madrid, España: Tecnos.
- Villagrasa Alcaide, C. (2013). La mediación comunitaria o vecinal. En: H. Soletto Muñoz (Dir.). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (2ª Ed., pp.655-671). Madrid, España: Tecnos.

# **LAS PERSONAS MAYORES COMO COLECTIVO EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. SU VINCULACIÓN CON EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN**

Juan Ignacio Garro  
UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa,  
Argentina

## **1. El Principio de Igualdad**

### **1.1. Dos dimensiones del Principio de Igualdad**

A los efectos del presente trabajo se hará un determinado corte temporal y espacial y se partirá de allí para analizar el Principio de Igualdad: el mundo moderno occidental. En consecuencia, podemos decir que, desde la modernidad hasta nuestros días, encontramos al menos dos grandes dimensiones del principio de igualdad, cada una con un proceso de desarrollo particular.

La primera de estas dimensiones, tiene como contexto de creación a las grandes revoluciones burguesas de los Siglos XVI-XVII-XVIII, y surge como respuesta a la necesidad de una clase -la burguesa- hasta ese momento no dominante de proteger sus derechos, en especial su libertad y su propiedad, frente a los posibles abusos y arbitrariedades por parte de un Estado que, la mayor de las veces, contaba con altos niveles de discrecionalidad y otorgaba privilegios a ciertos estamentos o sectores de la sociedad, en base a razones ajenas al mérito o esfuerzo personal de quienes eran beneficiarios.

Dicho principio se convierte en una poderosa herramienta jurídico-política para lograr seguridad y previsibilidad jurídica entre los particulares y entre estos y el Estado. Al respecto, afirma O. Höffe:

Debido al principio de la igualdad comienza la justicia política con la dominación de una instancia que, en cuanto tal, trata de la misma manera a los hombres y sus situaciones. Al comienzo está el compendio de las reglas, el derecho (2007, p. 7).

Esta concepción presupone seres humanos capaces de disponer voluntariamente de sus derechos en general y de su propiedad en particular, en condiciones de igualdad -más específicamente igualdad de oportunidades, o 'en el punto de partida'- con los demás. Por eso es que la figura jurídica preponderante en los constitucionalismos del siglo XIX y en

los respectivos Códigos Civiles y Comerciales es el contrato -político, civil, comercial -. El ‘contrato social’ supone individuos capaces de participar y decidir, plena y libremente, sobre qué organización política darse, o en otro orden de ideas, para comprar y vender bienes en el mercado, entre ellos su fuerza de trabajo, sin la intervención del Estado. (Abramovich y Courtis, 2006, pp. 5-9)

Es innegable que esta dimensión de la igualdad, en su formulación y aplicación, ha generado sistemas y prácticas necesarias para una convivencia democrática. Así, sus principales postulados han quedado plasmados en muchos ordenamientos jurídicos estatales en todas sus esferas jurídicas y especialmente han posibilitado la creación de un sistema jurídico internacional, todavía en construcción.

En pocos siglos, no sin obstáculos, se ha logrado la sanción de múltiples instrumentos internacionales y organismos encargados de su aplicación e interpretación y cuyas cláusulas reflejan aquel imperativo kantiano: Todas las personas tienen derecho a ser consideradas como fines en sí mismos, reconociendo en definitiva la universal naturaleza del género humano y la dignidad de las personas, a pesar de las diferencias raciales, nacionales, religiosas, etc. (OEA, 1948).<sup>1</sup>

Sin perjuicio de ello, existen otros tipos de diferencias que no encuentran fundamento en la negación directa de la dignidad de las personas, sino en otros factores políticos y sociales – cantidad y calidad de alimentación, de servicios básicos de salud, de formación técnica y académica, de calidad de trabajo, etc.- que provocan en última instancia distintos niveles de protección material y jurídica, colocando a ciertos grupos de personas en una situación de vulnerabilidad estructural, frente a la sociedad, frente al Estado y también frente al derecho.

En consecuencia, se impuso el desarrollo de otra dimensión de la Igualdad, cuyo contenido y proyecciones incorporaron los datos sociológicos que el examen de nuestras sociedades revelaba, con el objetivo de compensar estas diferencias: “debido a que las reglas por sí mismas no alcanzan la realidad, se necesitan en segundo lugar poderes que sean iguales y los mismos para todos” (Höffe, 2007, pág. 7).

En lo que sigue, siguiendo las ideas de Roberto Saba (2016) y David Contreras y Trabucco Zerán (2009), sostendremos que coexisten en el Sistema Interamericano de

---

<sup>1</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, por ejemplo, en su artículo II dispone que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna” (ONU, 1948).

Derechos Humanos estas dos dimensiones de la igualdad y analizaremos el alcance que allí se las ha reconocido a los principios que las mismas sostienen, especialmente por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH. Llamaremos ‘Principio de igualdad liberal/tradicional’ al conjunto de elementos que componen la primera de aquellas dimensiones y ‘Principio de igualdad estructural’ a los que componen la segunda. Comencemos por el primer grupo.

## **1.2 El principio de igualdad ‘liberal/tradicional’: la Igualdad de trato**

En esta dimensión, el Principio de igualdad se presenta como un mecanismo cuyo fin es evitar la selección y aplicación de criterios arbitrarios para realizar distinciones jurídicas entre las personas y se encamina a garantizar que todos recibirán un trato igualitario por parte del Estado - en sus diferentes funciones políticas- respecto de cualquier otro individuo que se encuentre en las mismas circunstancias o condiciones fácticas.

En la CADH, instrumento principal del sistema interamericano, existen dos cláusulas centrales que se ocupan del Derecho a la Igualdad: el artículo 1.1 y el artículo 24.

Nos enfocaremos específicamente en el primero de ellos:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (OEA, 1969, artículo 1.1)

Esta cláusula ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH- como expresión del principio de igualdad y no discriminación, sobre el que “(...) descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico” (OEA, 2005. Serie C No. 127, párr. 184) y al mismo tiempo como “una norma de carácter General cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado” (OEA, 2010. Serie C No. 214, párr. 268). De este modo, los Estados Partes de la CADH tienen la obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna.

En esta dimensión, la noción de igualdad se desprende de la unidad de naturaleza del género humano y resulta inescindible de la dignidad de la persona, la que resulta vulnerada frente a:

(...) toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación (OEA, 2012. Serie C No. 239, párr. 79).

Dentro de este esquema, una diferencia de trato será considerada discriminatoria si la misma ‘no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido’ (OEA, 2014. Serie C No. 279, párr. 200). El análisis de estos requisitos es lo que comúnmente se denomina ‘test de razonabilidad’ y le corresponderá al órgano encargado de decidir una controversia si al realizar una distinción el Estado ha cumplido con estas condiciones.

Por un lado, se deberá acreditar que la finalidad perseguida por una norma, acto o política no vulnere el plexo de derechos humanos reconocidos a las personas por la CADH. Si esto no se cumple, es decir si la finalidad no es legítima, resultará superfluo analizar la razonabilidad del criterio escogido. Por ejemplo, no sería aceptable que un Estado sancione una legislación que tenga como finalidad, explícita o encubierta, excluir a determinados grupos del sistema previsional por su pertenencia religiosa o cultural u otorgarle mayores beneficios a quienes no pertenezcan a dichos colectivos.

Por otra parte, a la hora de analizar el medio escogido para el logro de determinada finalidad se deberá determinar si éste resulta adecuado, proporcionado o razonable para el logro de la finalidad de la legislación o política pública en cuestión – en nuestro ejemplo, dicho fin podría ser lograr la sustentabilidad del sistema previsional, sea este público o privado -. El requisito aceptable debe exigir condiciones relacionadas exclusivamente con la finalidad que ha motivado la creación de una norma o la implementación de una política pública y no para encubrir distinciones irrazonables que excluyan de ciertas prácticas o sectores de la sociedad a personas sobre la base de categorías que no estén basadas en sus capacidades, conocimientos, esfuerzo, entre otras cosas.

Tener una cierta edad y determinada cantidad de años de servicio y de aporte al sistema – como requisito para acceder a determinado beneficio o derecho - podría configurar un medio razonable. Contrariamente, resultaría irrazonable negarle una jubilación a alguien que cumpla con los requisitos de edad, años de servicio y aportes por el solo hecho de

hablar otro idioma o profesar determinada religión, ya que estos aspectos por si mismos nada aportan a la sustentabilidad del sistema previsional.

### **1.3 Categorías sospechosas, categorías protegidas: ‘el test de escrutinio estricto’**

Como observamos anteriormente, no toda diferencia de trato resultará inadmisibles en el sistema interamericano de derechos humanos, siempre que la misma pueda justificarse por ser objetiva y razonable en los términos ya mencionados. En caso contrario, será considerada discriminatoria.

A la hora de definir que entiende por ‘discriminación’, ya que la CADH no lo hace, la Corte IDH ha tomado como referencia la interpretación hecha por el ex Comité de Derechos Humanos del Sistema Universal, quien al respecto ha dicho que este concepto alcanza a:

(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (OEA, 2012. Serie C No. 239, párr. 81).

Dichos motivos, coinciden en gran parte con los enumerados en el artículo 1.1 de la CADH cuyo listado no representa un catálogo taxativo sino meramente enunciativo, y cuya utilización para realizar diferencias entre las personas será una muestra cabal de que nos encontramos frente a una práctica discriminatoria. En otras palabras, la corte utiliza el término distinción para aquella diferencia de trato que sea objetiva y razonable y reserva el término discriminación para aquella que no lo sea.

Ahora bien, aquí debemos hacer una importante aclaración: si bien el Tribunal considera discriminatorias a toda diferenciación que no sea objetiva y razonable, aquellas basadas en algunos de los motivos señalados en el artículo 1.1 de la CADH deberán superar un test más estricto que el que se explicara en el apartado anterior.

Estos criterios (la raza, la religión, el sexo, etc.) son denominados por la Corte IDH ‘categorías sospechosas’ o ‘categorías protegidas’ y su utilización como medio de diferenciación generará una fuerte presunción de ilegitimidad respecto del acto, norma o política que las introduzca.

En términos prácticos, su utilización como parámetro para realizar distinciones de trato entre las personas generará una presunción de arbitrariedad en contra del acto de gobierno que los utilice y pondrá sobre el Estado la carga de probar, además de su razonabilidad y objetividad, la urgencia y la necesidad de la distinción realizada y la finalidad perseguida a través de la misma. Esto quiere decir que el Estado deberá acreditar que se encuentra en juego una necesidad social imperiosa – su urgencia- y por otro lado que dentro de los medios que tuvo a disposición para el logro de la finalidad buscada ha escogido el menos lesivo de los derechos humanos reconocidos por la CADH – requisito de necesidad- (Corte IDH, 2016. Serie C No. 315, párr. 125-126). Este conjunto de exigencias argumentativas y probatorias ha recibido por parte de la doctrina y la jurisprudencia comparada el nombre de ‘test de escrutinio estricto’ o ‘teoría de las cargas dinámicas’. Al respecto la Corte IDH expresa que las categorías comprendidas en el artículo 1.1 de la CADH son un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad y que las mismas aluden, entre otros motivos a “(...) i) rasgos permanentes de las personas de los cuales estas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales (...) (Corte IDH, 2016. Serie C No. 329, párr. 240).

Respecto del punto i) y iii) no hay mayores objeciones que realizar, ya que efectivamente la raza, el sexo o la religión, o bien aluden a rasgos permanentes de las personas o bien resultan criterios irrelevantes para la restricción de derechos o la asignación de cargas sociales. Ahora bien, en cuanto al punto ii) hay que decir que, por ejemplo, el sexo o la religión no aluden de modo muy claro a grupos tradicionalmente marginados: tanto el hombre como la mujer, como el católico, musulmán y judío están comprendidos en las respectivas categorías, y no todos, ni en todas las sociedades aluden a grupos tradicionalmente excluidos.

#### **1.4. Principio de igualdad estructural: discriminación indirecta y acciones afirmativas**

El problema de la utilización de este tipo de categorías es que las mismas no toman en cuenta las circunstancias fácticas particulares de cada sociedad donde están llamadas a aplicarse y resultan incapaces de brindar las estrategias y herramientas adecuadas para revertir las desigualdades existentes entre diferentes colectivos o grupos de personas. Al aplicarse de modo simétrico a todos aquellos sujetos comprendidos ellas, y no encontrándose estos en igualdad de condiciones, producirán diferentes efectos según la condición del grupo de que se trate.

Al respecto, Saba afirma que: “(...) no es posible asociar estos listados de criterios prohibidos *a priori* con políticas tendientes a dismantelar situaciones de desigualdad estructural de grupos: ambos extremos, el de establecer categorías simétricas y el de brindar tratos preferenciales a grupos menos favorecidos, son en principio contradictorios”. (2016, pág. 91)

En consecuencia, la no utilización de categorías como, por ejemplo, la nacionalidad, la raza o el sexo no nos asegura que no se perpetúe indirectamente una situación de exclusión de determinado grupo de personas o que no se acentúe una situación de vulnerabilidad preexistente de las personas que las integran. Asimismo, el uso de categorías sospechosas tampoco implica inexorablemente que con ellas se contribuya a colocar a un grupo en una situación vulnerable ni tampoco a aumentar su grado de vulnerabilidad.

La Corte IDH no ha ignorado esta problemática. En varias ocasiones ha señalado que existen múltiples situaciones de discriminación que no son originadas por diferenciaciones de trato de parte de un Estado frente a las personas, sino por el impacto desproporcionadamente perjudicial que una norma, acto, política u otra medida pueda generar sobre grupos vulnerables, aun cuando estas sean o parezcan neutrales o generales en su formulación. Esto quiere decir que la intención de discriminar no es lo esencial a los fines de establecer si una disposición es legítima, siendo suficiente que genere resultados discriminatorios para que la misma no sea considerada como tal. (Corte IDH, 2012. Serie C No. 251, párr. 234-235)

Tratar de modo igual a personas que se encuentran en situaciones desiguales, puede producir efectos desproporcionadamente negativos sobre una parte de ellas: es lo que se conoce como ‘discriminación indirecta’. En estos casos, no alcanza con proteger categorías, hay que identificar y proteger a grupos de personas particularmente

vulnerables mediante medidas concretas para garantizarles el acceso a los Derechos Humanos en condiciones de igualdad.

En este sentido, la dimensión estructural del Principio de Igualdad (Saba, 2016; David Contreras y Trabucco Zerán, 2009) se plantea como un enfoque complementario del ‘liberal-tradicional’, de corte sociológico-estructural, orientado a identificar colectivos en situación de vulnerabilidad y el cual puede resultar más apropiado para la elaboración de criterios y estrategias que se orienten explícita y directamente al desmantelamiento de situaciones de esta naturaleza.

Esto no implica desconocer el aspecto universal del género humano y la dignidad de las personas. Al respecto Saba afirma que:

(...) esta visión no individualista de la igualdad continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valioso en términos individuales, sólo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condición y aquellos que no (2005, p. 138).

Su objetivo principal es “introducir elementos de la realidad social que permitan contextualizar la aplicación del principio de igualdad” (David Contreras y Trabucco Zerán, 2009, pág. 57) en particular frente a casos en donde el Principio de Igualdad liberal/tradicional ha tenido mayores inconvenientes para resolver problemas de discriminación.

Así, David Contreras y Trabucco Zerán (ibidem, pp. 194-203), logran mostrar las limitantes de la dimensión ‘liberal-tradicional’, sin desconocer sus virtudes, a partir del análisis de 3 casos-tipos donde se podrían ver involucrados problemas de igualdad como principio transversal para la efectiva garantía de los derechos humanos.

En aquellos casos donde se hayan establecido diferenciaciones de trato excluyentes en perjuicio de grupos vulnerables, tanto el Principio de Igualdad liberal como el estructural llegarán a las mismas conclusiones por caminos distintos: el primero considerará ilegítima una diferenciación de trato basada en alguna de las categorías protegidas, el segundo la rechazará porque la misma perjudica de modo directo a grupos vulnerables.

No sucede lo mismo con otros dos tipo de casos: por un lado aquellos donde se trata de manera idéntica a personas pertenecientes a grupos que se encuentran marginados y a quienes no forman parte de ellos - situaciones de discriminación indirecta donde se hace

necesaria la aplicación de medidas de acción afirmativa- y por otro en aquellos donde se les ha otorgado preferencias a personas que forman parte de grupos sistemáticamente discriminados -en los que dichas medidas ya se han aplicado y pudieran ser impugnadas por otras personas o grupos no beneficiados invocando una diferenciación de trato arbitraria por parte del Estado-.

En casos del segundo tipo, la dimensión ‘liberal-tradicional’ podría pasar por alto que la aplicación de este tipo de medidas pueda provocar consecuencias diferentes al ser aplicadas sobre grupos que no se encuentran en situaciones de igualdad. Sin embargo, el Principio de Igualdad Estructural determinará que aquellas medidas que produzcan efectos negativos desproporcionados sobre colectivos vulnerables en razón de su aplicación no diferenciada, serán ilegítimas aun cuando en principio parezcan objetivas y razonables, y no utilicen como parámetro alguna de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH.

En casos del tercer tipo, la dimensión estructural brindará herramientas para considerar que aquellas normas, actos o políticas que “proporcionen un trato diferenciado o prerrogativas a favor de los miembros de un grupo desaventajado y que no les son concedidas a integrantes de otros grupos, se encuentran plenamente legitimadas”, aún cuando se hayan realizado diferenciaciones en base a las categorías antes referidas, y que la dimensión ‘liberal-tradicional’ consideraría a priori irrazonables. (ibidem, pp. 57-59)

## **2. Las Personas Mayores como colectivo vulnerable**

De lo hasta aquí dicho podemos afirmar que el Principio de Igualdad ‘liberal tradicional’, y en particular el concepto de categorías sospechosas, si bien resultan de suma utilidad para evitar abusos y arbitrariedades, resultan insuficientes en cuanto intentamos aplicar sus lineamientos a casos donde se encuentran involucrados colectivos en situación de vulnerabilidad, y resulta necesario acudir a un concepto diferente del principio de igualdad que tome en cuenta las diferencias jurídicas y materiales existentes entre los integrantes de una sociedad determinada.

La Corte IDH se ha expedido en múltiples oportunidades respecto de la situación de vulnerabilidad de ciertos grupos y la obligación de los Estados de otorgarles a los mismos una protección especial mediante medidas afirmativas. Así ha establecido por ejemplo que:

(...) toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...) (Corte IDH, 2016. Serie C No. 318, párr. 337).

Entre los grupos que la Corte IDH ha considerado especialmente vulnerables podemos mencionar a las niñas, niños y adolescentes (Corte IDH, 2002. Serie A No. 17; 2012, Serie C No. 239), las mujeres (Corte IDH, 2009. Serie C No. 205; 2016, Serie C No.325), los inmigrantes (Corte IDH, 1999. Serie A No. 16; 2003. Serie A No. 18; 2013, Serie C No. 272; 20), las comunidades de pueblos originarios (Corte IDH, 2005. Serie C No. 125; 2006, Serie C No. 146; 2010, Serie C No. 214) y las personas con discapacidad (Corte IDH, 2006. Serie C No. 149; 2012, Serie C No. 246), entre otros.

Los factores que colocan a dichos grupos en una situación de exclusión o marginación son de diferente índole e inciden de distinto modo sobre ellos según el contexto donde se presenten. Como el título del presente trabajo lo indica la postura adoptada es que las Personas Mayores son un colectivo especialmente vulnerable y el objetivo, de aquí en adelante, será identificar cuáles son los factores más importantes que contribuyen a la creación, mantenimiento o profundización de la situación en la que las mismas se encuentran, especialmente en la región y nuestro país.

En los términos del artículo 2 de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores se considera Persona Mayor a “Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor” (OEA, 2015).

Si bien la vejez se relaciona con factores biológicos innegables -deterioro celular, disminución de las capacidades físicas y mentales, mayor predisposición para la contracción de enfermedades, etc.- existen otros múltiples aspectos a tener en cuenta. El envejecimiento de una persona se verá condicionado además por factores históricos, económicos, sociales y culturales. La dignidad y calidad del proceso de envejecimiento dependerá, entre otros factores, de los cambios en la convivencia familiar, formación y

capacitación adecuada para acceder, mantenerse o mejorar su situación en el mercado laboral, calidad y seguridad del empleo, estabilidad y montos adecuados de Jubilaciones y Pensiones, cambios en su salud y autonomía física y mental, entre otros (CEPAL, 2016, p. 155).

Cobra también especial relevancia el lugar que ocupa y al mismo tiempo se le permite ocupar a la Persona Mayor en cada sociedad particular. Así, desde un lugar primordial en las comunidades pequeñas y por lo general rurales, donde la vejez es sinónimo de experiencia y sabiduría, de cúmulo de vivencias y de fuente de transmisión de técnicas, tradiciones y conocimientos, hasta sociedades más diversificadas, industrializadas y tecnificadas (como las nuestras, en los centros urbanos especialmente) donde el cambio tecnológico acelerado y la rapidez de la información desplazan las fuentes de obtención de conocimientos desde las personas experimentadas de carne y hueso hacia medios digitales donde se depositan “los grandes tesoros de la humanidad”: la nube y la ‘Big Data’ (Kemelmajer de Carlucci, 2006, pp. 37-68).

## **2.1 Envejecimiento poblacional: Las personas mayores en el centro de la escena.**

Resulta innegable que la población a nivel mundial está envejeciendo. En el informe realizado por el Departamento de Economía y Asuntos Sociales de la ONU en el año 2015 se indica que la población mundial a mediados de ese año llegaba a un total de 7.300 millones de personas, la mayor parte – un 60 % - en el continente asiático, un 16 % en África, un 10 % en Europa, un 9 % en América Latina y el Caribe y un 5 % entre el continente de Oceanía y los Estados Unidos.

A pesar de reducirse la tasa de mortalidad a nivel mundial de niños y niñas menores de 5 años -de 70 % en el período 2005-2010 a 50% en 2010-2015-, el descenso de la tasa de fertilidad -el 42 % de la población mundial vive en países con baja tasa de fertilidad, donde el promedio de niños y niñas dados a luz por cada mujer a lo largo de su vida es menor a 2,1- y mejoras en las expectativas de vida -aumentó 3 años a nivel mundial, de 67 a 70 años, entre 2000 y 2015- provocan que la población mundial continúe envejeciendo. En 2015 existían 901 millones de personas de 60 años o más (12 % de la población mundial) y se calculan que dicho número crecerá a 1400 millones en 2030, 2100 millones en 2050 y podría alcanzar los 3200 millones para el 2100. (ONU, 2015, pp. 1-7)

Por su parte, en la región el proceso de envejecimiento se está produciendo a un ritmo mucho más acelerado que el que atravesó y aún atraviesa la región europea. A mediados de 1950 el porcentaje de Personas Mayores de 60 años en Europa era de un 12% sobre el total de la población, mientras que en América Latina era menor al 6%. En 2017 se registró un 25% de Personas mayores en Europa y poco más del 12% en nuestra región. (Sobre un

total de 650 millones de personas aproximadamente). Sin embargo, para el año 2050 alrededor de un 26 % de la población de América Latina se podría encontrar dentro de esta franja etaria. Lo que en Europa llevó 67 años (elevar el porcentaje de personas mayores de un 12 a 25), en nuestros países se producirá en apenas 33. Por su parte, el promedio de niños por mujer pasó de casi 6 en 1960 a 2 en 2015, se calcula que la esperanza de vida en la región aumentará 13 años entre 2015 y 2100, elevando el promedio de 75 a 88 años de edad (CEPAL, 2018, pp. 27-28).

Estos datos demuestran que la región atraviesa un acelerado proceso de envejecimiento de la población desde 1950 a la fecha, fenómeno que tiene y seguirá teniendo un gran impacto en nuestras sociedades, en temas tan trascendentes como el empleo, los sistemas previsionales, los sistemas de salud pública, etc.

## **2.2 Envejecer en América Latina y el Caribe**

Otro factor que se encuentra presente en las sociedades de nuestra región es el elevado nivel de desigualdad que, por lo general y en diferente grado, existe entre sus miembros. Grandes brechas económicas, educativas, tecnológicas, de salud, etc., separan a los segmentos más y menos aventajados.

El factor económico, se identifique o no cada uno como una persona materialista, es de vital importancia en sociedades donde la mayoría de los bienes y servicios, directa o indirectamente, se traducen en valores monetarios. Llegados los 60 años gran parte de las personas se encuentran de salida del mercado laboral tradicional, y si tienen suerte estarán pronto en condiciones de acceder a una jubilación.

Luego del proceso económico de los 90' que significó el punto de mayores niveles pobreza, indigencia y desempleo, se logró -en términos generales- cierta recuperación de la dignidad y calidad de vida de las personas. Las mediciones de pobreza y de indigencia - o pobreza extrema- en América Latina han disminuido en los últimos 25 años, pasando de un 46% (cerca del 26% de pobres en situación de indigencia) en 1990, 34,1 % (12,6 % de ellos indigentes) en 2007 hasta un 28.2 % en el año 2014 (11,8 % de pobres en situación de indigencia) (Di Virgilio, Otero y Boniolo, 2010, p. 12).

A pesar de esto, muchos países no lograron solucionar problemas estructurales - sociales, económicos políticos e institucionales- y nuestra región continúa siendo una de las más desiguales del planeta en términos de distribución de ingresos y del acceso a bienes necesarios tales como educación, vivienda o salud.

Estas diferencias se intensifican aún más cuando se toman en cuenta diversos factores tales como sexo, edad, zona geográfica y requieren de acciones diferenciales por parte de los Estados de la región, que tomen en cuenta la situación particular de cada grupo o subgrupo a la hora del diseño estatal de políticas públicas, sistemas judiciales y legislación a fin de que las mismas resulten adecuadas para mejorar la situación socio-económica de las personas que conforman dichos colectivos respecto de otros grupos en principio menos vulnerables.

### **2.3 Algunos aspectos del sistema previsional argentino: Integralidad y sustentabilidad**

En las últimas décadas un gran porcentaje de personas que no contaban con un beneficio previsional se han incorporado al sistema. Según datos censales a nivel nacional, en el año 2001 vivían en Argentina unas 3.400.000 personas de 65 años o más y solo 2.447.708 contaban con una pensión o jubilación, poco más de 1 millón se encontraban fuera del sistema previsional. Para el año 2010 el número de personas de 65 años o más creció a casi 4.000.000. De ellas unos 3.700.000 recibían una jubilación o pensión y solo 270.000 no eran beneficiarios del sistema previsional argentino. (INDEC, s/f)

Como puede advertirse, el porcentaje de personas con 65 años o más incorporadas al sistema previsional de jubilaciones y pensiones en la Argentina aumento de un 70% en el año 2001 a un 90% en el año 2010, lo que resulto una mejora enorme en tan solo 9 años en términos de condiciones mínimas para la situación de las Personas Mayores en el país, sobre todo de aquellas con menores recursos.

Por su parte, en la Provincia de la Pampa durante el mismo período de tiempo el número de personas de 65 años o más era de 28.701 en el año 2001 de los cuales unas 23.085 recibían algún beneficio previsional. En el año 2010 se registraron 34.745 personas con 65 años o más de las cuales 33.198 gozaban de una jubilación o pensión. Los porcentajes de incorporación al sistema de este grupo de personas pasó del 80% al 95% en el periodo 2001-2010. (INDEC, ibidem). La situación en la provincia en este aspecto también mejoró considerablemente.

Sin embargo, cuando se indaga un poco más sobre los haberes mínimos y medios de los que gozan jubilados y pensionados en el país el panorama no parece tan alentador, aunque no es menos cierto que existen otros aspectos del sistema previsional que vuelven

complejo arribar a conclusiones sin un amplio y detallado conocimiento acerca de su funcionamiento. Es claro que excede a las posibilidades de este trabajo abordar esta problemática con toda la profundidad y extensión que se merece, pero tampoco podemos dejar de mencionar algunos datos.

El Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), regulado mediante Ley 26.425 promulgada en el año 2008 y en vigencia a partir del 1 de enero de 2009, dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones que había sido creado en el año 1993 a través de la Ley N.º 24.241, por un único régimen previsional público.

En diciembre de 2017 se registraron unos 9.910.985 aportantes al S.I.P.A. frente a un total de 5.731.756 Beneficiarios. Estas cifras indican que por cada persona que recibe un beneficio previsional en el marco del Sistema Integrado Previsional Argentino (lo que incluye jubilaciones y pensiones contributivas) tan solo existen 1,7 aportantes activos (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, 2017).

Los especialistas en la temática afirman que la proporción óptima debería ser de 4 aportantes por cada beneficiario para garantizar una tasa de sustitución del salario de cada jubilado sostenible y evitar de este modo tener que incrementar al doble el porcentaje de aportes y contribuciones que cada trabajador aporta al SIPA (Martínez Illanes, Pinto Ortiz y Ruiz Zalazar, 2017, parágrafo 4.5).

Este último no es un dato menor ya que la fuente de financiamiento del sistema previsional no es otra que la población económicamente activa, por lo general compuesta por personas de entre 20 y 59 años. Un concepto importante en este sentido es el ‘coeficiente de dependencia demográfica’ que refleja la relación entre la población de 60 años o más sobre la cantidad de personas de 20 a 59 años.

Mientras más elevado sea el coeficiente anterior menor será su inverso, la tasa de sostenimiento demográfico y esto inevitablemente provocará un problema en la economía de un país,

por cuanto las reservas acumuladas tenderán a un límite hasta su agotamiento, momento a partir del cual el flujo de las pasividades no podrá ser atendido por los ingresos provenientes de los activos, si no es con caídas constantes del haber medio o aumentos de los aportes per cápita de los activos (aumento de contribuciones sobre salarios u otras fuentes tributarias) que implicarán una mayor presión tributaria global per cápita. (Plodola, Silva y Sánchez, 2009, p. 19).

En cuanto a los niveles en términos de dinero de los beneficios previsionales del SIPA, en el último trimestre del año 2017 de un total de 5.662.800 beneficiarios titulares se registraron 2.727.734 que cobraron la mínima (\$7.246,64) -lo que representa un 48%- y un 70 % del total cobraba menos de \$15.000.

De esos 5.662.800 beneficiarios titulares, 93 % eran jubilados y solo un 7% pensionados. La mayor cantidad de jubilados está compuesta por aquellas personas que cobraban una jubilación con moratoria (50%) y el 99% de estos últimos cobran jubilación sin pensión. De este último grupo (jubilación con moratoria sin pensión) el 86% cobraban la jubilación mínima.

Por su parte, en cuanto a los haberes medios, en jubilaciones se registró un valor de \$11.091,64 y en pensiones \$10.573,31 y el promedio entre ambas \$10971,80 (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, 2017).

Los datos brindados anteriormente alcanzan al menos para dar cuenta de que por un lado el Sistema Previsional Argentino necesita repensarse desde múltiples aspectos y áreas de especialización para lograr revertir el proceso de insustentabilidad que los profesionales advierten para los próximos años. Por otro lado, también refleja la profunda situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la mayor parte de las Personas Mayores como colectivo específico.

#### **2.4 El caso “Poblete” de la Corte IDH: Las personas mayores y el principio de igualdad**

Como mencionábamos en apartados anteriores, la dimensión estructural propone repensar al principio de igualdad desde una perspectiva diferente a la concepción ‘liberal/tradicional’, para tomar en cuenta la situación de exclusión social que atraviesan determinados grupos en nuestras sociedades. Esto no implica renunciar de plano a una de estas versiones, sino otorgar mecanismos que se adecúen mejor a situaciones de discriminación que presentan características diferentes.

A continuación, analizaremos un caso resuelto recientemente por la Corte IDH, el caso ‘Poblete, Vilches y otros vs. Chile’ (2018, Serie C No. 349) en el cual se discutió sobre la vulneración de derechos humanos de una Persona Mayor e intentaremos identificar cuáles fueron las interpretaciones que dicho órgano realizó acerca del Principio de igualdad, en relación al Artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos

Humanos analizado previamente. Por otro lado, se evaluará si las dos concepciones del Principio de igualdad vistas hasta aquí se encuentran allí presentes y de qué modo se relacionan entre sí y con las Personas Mayores como colectivo vulnerable.

En lo que aquí nos interesa, la Corte se manifestó expresamente respecto de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en particular respecto del Derecho a la Salud en situaciones de urgencia y sobre grupos vulnerables y la relevancia del Principio de igualdad material y de no discriminación que a su entender surgen de la interpretación del artículo 1.1 de la CADH.

Así es que, respecto del Derecho a la Salud en situaciones de urgencia dijo que el mismo es un Derecho Humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos y señaló cuatro aspectos básicos del mismo: calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad.

Haciendo hincapié en la accesibilidad como condición transversal para la garantía del derecho a la Salud, señaló que el artículo 1.1 de la CADH impide realizar diferenciaciones de trato en cuanto al acceso a los servicios de salud, recordando el listado de lo que antes denominábamos ‘categorías protegidas. Advierte la Corte que el mismo no es taxativo sino meramente enunciativo y que ‘(...) dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas (...)’. (Corte IDH, 2018, serie C 349, párr. 122). De este modo la Corte considera que “la edad, es también una categoría protegida por esta norma” (Corte IDH, ibidem, párr. 122).

Sin embargo, ya vimos que la utilización de una categoría protegida implica, desde una concepción liberal/tradicional, que su utilización como criterio diferenciador por parte del Estado resulta presumiblemente ilegítimo, con la inversión de la carga de la prueba y el agravamiento de las exigencias argumentales y probatorias, criterio convalidado por la Corte en casos relativamente recientes (Corte IDH, 2015. Serie C No. 293, párr. 293; Serie C No. 298, párr. 257-258).

A su vez, el brindar el mismo trato a cualquier persona independientemente de su edad podría resultar perjudicial para aquellas que justamente debido a su edad- como es el caso de las Personas Mayores - ya se encuentran, previo a toda disposición legal o política pública, en una situación de exclusión o marginación.

En el párrafo siguiente la Corte IDH explica que:

(...) la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores, se encuentra tutelada por la Convención Americana. Esto comporta, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos. (Corte IDH, 2018, serie C No. 349, párr. 123)

Notemos que, en la cita anterior, la Corte IDH refleja la contradicción existente entre categorías abstractas y protección de grupos vulnerables al afirmar que ‘la prohibición de discriminación relacionada con la edad se encuentra protegida cuando se trata de Personas Mayores’. Esto es lo mismo que decir que, no es la edad como parámetro diferenciador la que convierte a una distinción en discriminatoria, sino que lo relevante es que dicha distinción afecte a los derechos humanos de las Personas Mayores como colectivo en situación de vulnerabilidad.

La consecuencia de no separar claramente los ámbitos de aplicación propios de cada concepción del Principio de Igualdad es que se terminan por evaluar situaciones de discriminación estructural con herramientas y esquemas que no fueron pensados originalmente para dichas situaciones, y se pierde claridad a la hora de dilucidar qué tipo de discriminación es la que se encuentra presente en un caso y cuál es la mejor forma de solucionarla. -directa o indirecta, formal o estructural, simple o múltiple-.

Sin embargo, en el párrafo siguiente la Corte IDH sostiene que:

El derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. En tal sentido, la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, quienes deben tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vía de igualdad. (Corte IDH, 2018 serie C 349, párr. 123).

Como vemos, la Corte reconoce la existencia de dos dimensiones del Principio de Igualdad, pero no deja muy en claro en que situaciones debiera aplicarse cada uno. Si en un caso se encuentran involucradas Personas Mayores estaremos frente a un grupo vulnerable ya sea que el Estado hubiera incumplido con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias o la obligación de generar condiciones de igualdad real frente a este tipo de grupos.

En párrafos posteriores, la Corte IDH hace hincapié en la creciente relevancia que ha adquirido la Persona Mayor como colectivo específico en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y enumera una serie de Conferencias y Programas que se enmarcan en esta perspectiva y que demuestran la necesidad que desde algunos años se plantea en torno a la protección diferenciada de la Persona Mayor como grupo vulnerable. (Corte IDH, 2018, serie C 349, párr. 126)

Así hace referencia, entre otros, los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, entre otros. En el ámbito regional menciona a la Declaración de Brasilia, la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, entre otros. (Corte IDH, 2018, serie C 349, párr. 126)

Asimismo, señala con especial énfasis la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, sancionada en el año 2015, el cual constituye el primer Tratado Internacional específico de todo el Sistema Internacional de Derechos Humanos destinado al reconocimiento y protección de los derechos humanos del Adulto Mayor, y que pertenece al Sistema Interamericano.<sup>2</sup>

Volviendo al fondo del asunto, la Corte señala que la Persona Mayor tiene derecho al desarrollo más alto en “todos los aspectos de su vida, en las mejores condiciones posibles” y a una “protección reforzada y, por ende, *exige la adopción de medidas diferenciadas*” (Corte IDH, 2018, serie C 349, párr. 127).

Como decíamos anteriormente, resulta innegable que la población mundial se encuentra en un proceso de envejecimiento, más acelerado en algunas regiones que en otras, y esto hace necesario que “los Estados se involucren para dar respuesta de manera integral, a fin de que las personas mayores sean reconocidas como sujetos de derechos especiales (...)”. (Corte IDH, 2018, serie C 349, párr. 130).

Nuevamente la Corte resalta en el presente caso la necesidad de adoptar medidas acción afirmativa en favor de las Personas Mayores y nos brinda algunas herramientas para identificar cuales son los factores que las colocan en una situación de especial vulnerabilidad, que en parte ya hiciéramos mención más arriba.

---

<sup>2</sup> La corte señala que dicha Convención no es aplicable al caso ya que al momento en que ocurrieron los hechos que motivaron el Caso “Poblete” -en el año 2001- la misma no había sido sancionada por lo que no corresponde aplicarle sus disposiciones al Estado de Chile

Entre ellos menciona a “las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación” (Corte IDH, 2018, serie C 349, párr. 131) e indica en este sentido que para los Estados que han asumido obligaciones para la garantía y protección de los Derechos Humanos respecto de las Personas Mayores “existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud”. (Corte IDH, 2018, serie C 349, párr. 132).

### **3. Conclusiones**

Las consideraciones de la Corte IDH analizadas en el apartado anterior, sumado a los demás precedentes citados a lo largo del presente trabajo, no dejan lugar a dudas de que existe en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos una concepción acerca del Principio de Igualdad que trasciende la esfera del mero trato igualitario y su correlativo principio de no discriminación, que se asemeja a los lineamientos del Principio de Igualdad Estructural o de No sometimiento propuestos por David Contreras, Trabucco Zerán (2009) y por Saba (2016) respectivamente.

Como señaláramos anteriormente, esta concepción toma una posición de no-neutralidad para intentar desmantelar situaciones históricas y contextualizadas de exclusión respecto de determinados grupos sociales y exige en diversas circunstancias utilizar criterios para tratar de modo diferenciado a las personas para de ese modo cumplir de manera efectiva con el Principio de igualdad, esquema que colisiona en parte con la idea de proteger determinadas categorías con el objetivo de evitar diferenciaciones de trato arbitrarias.

Estos problemas se ven subsanados en parte, al menos respecto de las Personas Mayores, con la sanción de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores que establece varias cláusulas que reconocen la necesidad de brindar protecciones diferenciadas a quienes tengan 60 años o más. Particularmente, respecto del Principio de Igualdad, el artículo 5 de la referida Convención establece que:

Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e

identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros. (OEA, 2015, artículo 5).

Si comparamos esta cláusula con el artículo 1.1 de la CADH, podemos advertir que, en esta disposición, en su primer parte se utiliza una categoría simétrica-la edad- y prohíbe que la misma sea razón o motivo de discriminación en la vejez. Aspecto que cobra relevancia en aquellos casos donde la discriminación se produzca por diferenciaciones de trato directas en perjuicio de las Personas Mayores en razón de su edad (discriminación directa) y en donde el modelo liberal del Principio de Igualdad y la doctrina del ‘test de escrutinio estricto’ -donde el Estado deberá acreditar la objetividad, razonabilidad, necesidad y urgencia de la medida adoptada- puede ofrecer mejores respuestas

Sin embargo, a continuación, se dispone la protección de las Personas Mayores como grupo vulnerable, especialmente en aquellas situaciones donde esta condición se vea agravada por otros factores de discriminación, tales como la pobreza, la privación de la libertad o la discapacidad -discriminación múltiple-. Disposición que será de mayor utilidad en aquellos casos donde la discriminación en perjuicio de las Personas Mayores se derive de la formulación aparentemente neutral o general de una norma, acto o política (discriminación indirecta) y en aquellos casos donde, en base a una situación de discriminación preexistente, se hayan adoptado ya medidas de acción afirmativas y exista la posibilidad que otros grupos no beneficiados por la misma la impugnen invocando la violación de su derecho a recibir una igualdad de trato frente a los demás por parte del Estado.

En estos casos el Principio de Igualdad Estructural ayuda por un lado a evaluar si una medida produce efectos negativos desproporcionados en perjuicio de las Personas Mayores, a pesar de no asentarse sobre la edad como criterio diferenciador, y por otro a evitar tener que someter al ‘test de escrutinio estricto’ al Estado cuando adopte medidas de acción positiva en favor de las Personas Mayores, aún cuando tome como criterio diferenciador alguna de las categorías protegidas por el art. 1.1 de la CADH, incluida la edad.

En el futuro quizás esta cláusula, leída a la luz de las demás disposiciones de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, permita una distinción más clara acerca del ámbito de aplicación de los distintos aspectos del Principio de Igualdad aquí analizados, al menos respecto del colectivo específico de las Personas Mayores, pero lo que muestra claramente es la importancia de contar con instrumentos internacionales de Derechos Humanos específicos para la protección de grupos vulnerables, como desde hace años existen respecto de las mujeres, las niñas, niños y adolescentes o las personas con discapacidad, pero quizás llevará tiempo para que los Estados Partes de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores dicten las normas e implementen las políticas públicas necesarias - como de hecho ha ocurrido en el país respecto de la Convención de los Derechos del Niño o de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad- y para brindarles más y mejores herramientas a los jueces internos que deban decidir casos que involucren a Adultos Mayores en situación de vulnerabilidad, y de este modo lograr que menor cantidad de personas se vean en la necesidad de acudir a los órganos interamericanos para lograr una efectiva protección de los derechos humanos reconocidos por la CADH.

La intención de este trabajo no ha sido otra que señalar la necesidad de un mayor desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial del principio de igualdad bajo el prisma de la igualdad estructural de grupos sojuzgados o excluidos que permita fijar criterios más apropiados y contundentes, para lograr que los grupos más desaventajados del conjunto social (y de la comunidad internacional en este caso) no solo no vean agravadas sus condiciones de vida sino que puedan aspirar a salir de la situación en la que se desde hace tantos años se encuentran.

## **Referencias bibliográficas**

### **Libros**

- Abramovich, V. y Curtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto.
- David Contreras, V. M. y Trabucco Zerán, A. K. (2009). *Dos concepciones de Igualdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una superposición que*

*amenaza a las acciones afirmativas.* (Memoria de Grado). Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional. Santiago, Chile. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-david\\_v/pdfAmont/de-david\\_v.pdf](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-david_v/pdfAmont/de-david_v.pdf) .

Di Virgilio, M. M.; Otero, M. P. y Boniolo, P. (2010). *Pobreza y desigualdad en América Latina y el Caribe: introducción a un problema complejo.*. Buenos Aires, Argentina, CLACSO. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: <http://www.crop.org/viewfile.aspx?id=278>

Höffe, O. (2007). *La igualdad como principio de la justicia: Reflexiones filosóficas en tiempos de la globalización.* Presentado como conferencia de clausura del Simposio “La igualdad, viejos y nuevos retos”, en la Ciudad de México, México, 2007. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ef/n37/n37a12.pdf> .

Kemelmajer de Carlucci, A. (2006). *Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?* Revista Chilena de Derecho, 33, 1, pp. 37 – 68. Extraído el 7 de agosto de 2018, de: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372006000100004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100004)

Martínez Illanes, S. G., Pinto Ortiz, T. R. y Ruiz Zalazar, L. R. (2017). *La Sostenibilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino - S.I.P.A.*, ponencia presentada en 50° Jornadas Internacionales de Finanzas Públicas. Universidad Nacional de Córdoba. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://jifp.eco.unc.edu.ar/files/jifp/trabajos%20sala%2050JIFP/MARTINEZ\\_PINTO\\_RUIZ\\_Ponencia\\_JIFP\\_2017.pdf](http://jifp.eco.unc.edu.ar/files/jifp/trabajos%20sala%2050JIFP/MARTINEZ_PINTO_RUIZ_Ponencia_JIFP_2017.pdf)

Plodola, A.; Silva, H. y Sánchez, D. (2009). *El Sistema Previsional Argentino en una Perspectiva Comparada.* Piffano, Horacio L.P (Dir.), Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina. Extraído el 15 de noviembre de 2018 de: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/44322/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/44322/Documento_completo.pdf?sequence=1)

Saba, R. (2005). *(Des) Igualdad Estructural.* Revista Derecho y Humanidades, 11, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile. Extraído el 7

de agosto de 2018 de:  
<file:///C:/Users/JuanIgnacioGarro/Downloads/Saba,%20Roberto%20Desigualdad%20Estructural.pdf> .

Saba, R. (2016). *Mas allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Siglo XXI.

### **Revistas e informes**

CEPAL. (2016). *Panorama social de América Latina*. Extraído el 7 de agosto de 2018 de:

[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/4/S1700567\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/4/S1700567_es.pdf)

CEPAL. (2018). *Panorama Social de América Latina 2017*. Extraído el 7 de agosto de 2018 de

[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42716/4/S1800002\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42716/4/S1800002_es.pdf)

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. (2017). *Boletín Estadístico de la Seguridad Social (BESS), Cuarto Trimestre 2017*. Extraído el 7 de agosto de 2018 de:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/bess\\_4trim\\_2017\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/bess_4trim_2017_0.pdf)

ONU. (2015). *Perspectivas de la Población Mundial. Revisión 2015*. Extraído el 7 de agosto de 2018, de  
[https://esa.un.org/unpd/wpp/publications/files/key\\_findings\\_wpp\\_2015.pdf](https://esa.un.org/unpd/wpp/publications/files/key_findings_wpp_2015.pdf) .

### **Normativa Internacional:**

OEA, (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

OEA, (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> .

OEA, (2015). *Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_a-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp) .

### **Jurisprudencia Internacional:**

CORTE IDH. (2005) *Caso Yatama vs. Nicaragua. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*. Serie C No. 127. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf) .

CORTE IDH. (2010) *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. (Fondo, reparaciones y costas)*. Serie C No. 214. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) .

CORTE IDH. (2012) *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile (Fondo, reparaciones y costas)*. Serie C No. 239. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf) .

CORTE IDH. (2012) *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana (Fondo, reparaciones y costas)*. Serie C No. 251. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf) .

CORTE IDH. (2014) *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile (Fondo, reparaciones y costas)*. Serie C No. 279. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf) .

CORTE IDH. (2016) *Caso Flor Freire Vs. Ecuador (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas)*. Serie C No. 315. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf) .

CORTE IDH. (2016) *Caso I.V. Vs. Bolivia (Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas)*. Serie C No. 329. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_329\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf) .

CORTE IDH. (2016) *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil (Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas)*. Serie C No. 318. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf) .

CORTE IDH. (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 14: Igualdad y No Discriminación*. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>

CORTE IDH. (2018) *Caso Poblete, Vilches y otros vs. Chile. (Fondo, reparaciones y costas)*. Serie C No. 349. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_349\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf)

**Otras referencias:**

INDEC (s/f). *Cuadros estadísticos comparativos, Censos Nacionales y por Provincia 2001-2010*. Extraído el 7 de agosto de 2018 de: [https://www.indec.gov.ar/nivel4\\_default.asp?id\\_tema\\_1=4&id\\_tema\\_2=31&id\\_tema\\_3=62](https://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=31&id_tema_3=62)

**LA FALTA DE CORRESPONDENCIA DEL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN  
PENAL CON EL SISTEMA ACUSATORIO EN LA PAMPA.  
LAS LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE PERSECUCIÓN DE LA  
VÍCTIMA**

María Elena Grégoire  
UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa,  
Argentina

1. Introducción.

La presente monografía fue ponencia en el *II Congreso Nacional de Derecho – 2018 “Debates y desafíos actuales del sistema jurídico”* organizado por la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. Tal exposición tuvo como objetivo presentar de manera breve el trabajo de tesis (Grégoire, 2018) producto de la Maestría en Ciencias Penales dictada en esa unidad académica.

Al respecto, sucintamente, el trabajo final -defendido y aprobado en el año 2018- demostró cómo el proceso penal constitucional de La Pampa presenta falencias en su arraigo dado que se limitan los derechos de las víctimas.

Más precisamente, pese al rol preponderante que debiera tener la víctima a raíz de la adopción de un sistema penal acusatorio en La Pampa, el proceso penal no ha podido radicarse de la forma anhelada en tal aspecto.

Y, en ese sentido, se partió de la idea de considerar que si se cuenta con una víctima de un conflicto con relevancia penal es porque han sido violados sus derechos y debería ser, entonces, portadora de acciones para reclamar ante la justicia. Sin embargo, desde la vigencia del código acusatorio adversarial, se podía apreciar que las facultades con que debería contar la víctima no se concretaban de la forma esperada lo que, a criterio de la tesista, se ponía de manifiesto en las prácticas de los operadores del sistema de justicia con relación al ejercicio de la acción penal.

A la luz de ese problema, la hipótesis que se planteó fue que el actual sistema pampeano presentaba impedimentos para establecerse producto de un diseño del régimen de la acción penal que conllevaba prácticas que vulneraban los derechos de la víctima. Y así, se dificultaba la instauración de un enjuiciamiento penal en consonancia con el sistema jurídico constitucional-convencional.

La investigación elaborada analizó un período que abarcó desde la vigencia del código actual hasta diciembre del año 2015. De aquélla se corroboró que el diseño del régimen de la acción no se corresponde con el sistema acusatorio y que, en el período analizado se comprobaron prácticas que avalaban la vulneración del acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de las víctimas.

En tal situación, se observó que adquiriría relevancia el mantenimiento de la acción penal pública bajo titularidad del Ministerio Público Fiscal, titularidad que se confunde hasta el presente con una pretendida exclusividad del ejercicio de la persecución penal. Este punto de vista resultaba crucial para desdibujar el ejercicio de los derechos de las personas víctimas de delitos.

Por lo que la variable que subyace en todo el desarrollo de la investigación es; la relevancia del régimen de la acción para la configuración del sistema de justicia penal.

## 2. Objetivos.

### 2.1. General y específicos.

Se planteó como objetivo general determinar que el sistema penal pampeano (2011-2015) tiene falencias en el diseño del régimen de la acción que limitan los derechos de la víctima.

Y como específicos los siguientes:

- Identificar el régimen de la acción penal como una decisión político-criminal,
- analizar y exponer sistema penal conforme al ordenamiento constitucional-convencional,
- comprobar la adopción del sistema acusatorio,
- subrayar el rol de la víctima y
- resaltar el principio de última ratio como rector,
- explorar el diseño legal del régimen de la acción penal pampeano y verificar concordancia constitucional,
- demostrar que las prácticas de los operadores dificultan el acceso a la justicia y/o la tutela judicial efectiva de las víctimas y corroborar que aquéllas obedecen al diseño del régimen de la acción.

## 3. Marco conceptual y teórico.

Para justificar el punto de vista enseñado y asumido en el trabajo de tesis se confeccionó un marco conceptual y teórico del cual se dejó constancia en el informe final de la tesis, el que a continuación se destacan sus aspectos más relevantes.

Con el propósito de presentar el tema de la tesis se hizo mención al marco conceptual del trabajo llevado adelante.

En ese sentido, se desarrolló una definición de acción<sup>1</sup>, por lo cual la víctima es portadora de acciones en tanto sus derechos le han sido violados. Teniendo en cuenta que se tuvo como eje que el régimen de la acción penal "... es un punto de conexión entre la formulación de los sistemas normativos y su efectiva vigencia y nos señala qué tipo de poder tiene el individuo para lograr que esos sistemas normativos sean vigentes o efectivos. Es la llave maestra del status normativo del ciudadano" (Binder, 2014, pág. 314).

Asimismo, se dejó expresado que en un sistema de justicia penal la elección de un régimen de la acción, ya que éste se ocupa de regular las potestades de la persecución penal, no debe circunscribirse a un problema estricto del derecho procesal; puesto que existe en su normativización legislativa, una decisión político criminal respecto a lo que el Estado ha decidido dar prioridad.

La perspectiva desde la que se llevó adelante la investigación fue a partir de los conocimientos adquiridos en la Maestría en Ciencias Penales que se dictaba en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. Por lo cual la concepción de que el régimen de la acción penal es una decisión de política criminal, se tomó como central y conllevó a tener en cuenta el estado de la cuestión, o sea, el entorno.

Al respecto del entorno, ineludiblemente se atendió a la incorporación a la Constitución Nacional de los más importantes pactos y declaraciones internacionales sobre derechos humanos -artículo 75, inc. 22 de la C.N.- y cómo tal incorporación tornó necesario adecuar los sistemas de administración de justicia. Y, como a esa ola de cambios -al igual que muchas otras provincias argentinas y países de la región- no fue ajena la provincia de La Pampa, se ideó y propuso una nueva modalidad de justicia en el ámbito penal regional, la que se podría decir que se puso en marcha a partir de la entrada en vigencia el 1 de

---

<sup>1</sup>La acción es el poder individual de poner en marcha los mecanismos que el Estado pone a disposición del ciudadano para que la ley se cumpla.

marzo de 2011 de la Ley n° 2287 que sancionó el Código de Procedimiento Penal que actualmente rige en la justicia penal.

Esta nueva modalidad implicó modificar el código de procedimientos penal que respondía a un sistema procesal inquisitivo-mixto, para cambiar a lo que se presentaba como un proceso penal que se ajustaba de mejor manera a las exigencias de nuestra Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad: se adoptó el modelo acusatorio.

Adoptar un modelo acusatorio, significa también que el sistema penal en nuestros tiempos debe enfocarse en resolver la conflictividad y, en ese sentido, aplicar el poder punitivo en última instancia "...en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico" (Acosta, Alejandro Esteban, 2008).

Dichas perspectivas -régimen de la acción penal como ejercicio concreto de un poder asignado y la aplicación del poder punitivo como última modalidad de resolución del conflicto-, conllevan que se puedan aportar soluciones a las víctimas sobre quienes junto con el infractor de la ley penal reposa en realidad el conflicto.

Partir entonces de la visión propuesta, o sea, de comprender el régimen de la acción como parte de un plan político criminal, y que en nuestro ordenamiento jurídico actual conlleva la instauración de un sistema de justicia penal interesada en una superación real del conflicto, permitió visualizar con mayor facilidad las razones por las cuales al momento de la entrega del informe final de tesis, se podía observar que el sistema acusatorio en la justicia penal presenta como una de sus falencias la inserción de la víctima en el proceso penal.

En la construcción del marco teórico se abordó con mayor especificación el régimen de la acción penal como una decisión político-criminal; para lo cual se ejemplificó con los sistemas penales de diferentes sociedades y cómo en éstas se había manifestado la acción penal bajo diferentes modalidades de ejercicio y en donde también se veía reflejada la intervención estatal y autores como Carrara (Carrara, 1977, pág. 328), Maier (Maier, 2004, pág. 259 y ss.), Binder (Binder, 2014, pág. 345) y Herbel (Herbel, 2003, pág. 37 y ss.) que así lo ponen de manifiesto.

También se hizo una especial referencia a la acción penal pública y cómo ésta marcó su impronta en la decisión política-criminal en el caso de Argentina desde la instauración de los sistemas de administración de justicia penal. Para lo cual se recurrió a la regulación

normativa -Código Penal y Código Procesal Penal de La Pampa- y a las opiniones de destacados doctrinarios como Clariá Olmedo (Clariá Olmedo, 2008, pág. 481), Maier (Maier, 2004, pág. 150) y Fierro (Fierro, Guillermo J., 2012).

O sea, que se efectuaron referencias conceptuales e históricas relativas a la acción. Esto último para poder identificar diferentes modelos de regulaciones de la acción asociados a diferentes circunstancias históricas-sociales, y en particular se hizo referencia a la decisión político criminal del Estado argentino en torno a la acción.

Del análisis antes mencionado se pudo concluir que en nuestro país hasta la década del 90' en la generalidad de los sistemas de justicia penal, reinaban códigos procesales penales de raíz inquisitiva-mixta. En estos, el régimen de la acción penal se desarrolló en torno a la idea proveniente del Estado Moderno napoleónico, de que la acción penal pública debe ser llevada adelante por funcionarios del Estado, sin necesidad de autorización previa -principio de oficialidad- salvo excepciones legales, y que ese ejercicio de la persecución es obligatorio para tales funcionarios -principio de legalidad-. Al respecto del diseño de régimen de la acción del sistema mixto, si bien no se podría afirmar que se presenta como una verdad irrefutable, sí se presenta para la mayoría de la doctrina y los operadores del sistema penal como culturalmente naturalizada como certera y fuera de toda discusión. Es decir, que impera en los sistemas de justicia argentinos una regulación de la acción uniforme que se encuentra en el código penal, pese a lo que dice la Constitución Nacional en sus artículos 5 y 121. Esto último en una clara confrontación con la competencia no delegada por las provincias a la Nación de regular la administración de justicia local.

Por otra parte, fue parte del marco teórico y una forma de arribar al estado de la cuestión a la culminación del estudio, una reseña de los procesos de reformas latinoamericanas asociados con la incorporación del derecho convencional y la permanencia del estado democrático, o sea, que se hizo referencia al sistema penal en sintonía con el bloque de constitucionalidad. En el desarrollo se siguieron principalmente a la Dra. Ángela Ledesma (Ledesma, 2005, pág. 41) y al Prof. Máximo Langer (Langer, Máximo, 2009). Ello para demostrar que la necesidad de que los sistemas de justicia penal se ajusten a los requerimientos del ordenamiento jurídico actual, o que se dé cumplimiento al orden superior constitucional-convencional, fue lo que generó la adopción del sistema

acusatorio. Asimismo, se precisaron las características de la acción y del rol de la víctima en los sistemas acusatorios.

O sea que, de lo plasmado en el marco conceptual y teórico queda evidenciado cómo el régimen de la acción penal responde necesariamente a un diseño de política-criminal, las implicancias respecto de acusadores privados, su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas y qué consecuencias ha generado en la regulación legal local. Para dicho fin se acudió a doctrina destacada en el ámbito procesal penal, penal y constitucional y jurisprudencia relevante.

También fueron mencionándose los fallos más trascendentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema, sobre todo la existente a partir de la reforma a la Constitución Nacional de 1994 -pues esta última marcó una modificación en la jurisprudencia nacional que influenciaron al sistema penal local, hacia una clara tendencia de incorporación de las características del sistema acusatorio y protección de la víctima en ascenso.

#### 4. Investigación de campo.

El aporte central de la investigación fue la elaboración del trabajo de campo.

Aquél tuvo como objeto poner de manifiesto que, la regulación de la acción penal y de los concretos actos por los cuales se lleva adelante la persecución en nuestro sistema de justicia plasman disociaciones que generan permanentes controversias. Controversias que se producen a raíz de la incompatibilidad que presenta la letra del mismo código pero que a su vez tales inconsistencias normativas tampoco eran superadas por las prácticas de los operadores del sistema de justicia.

En un primer momento se realizó una investigación exploratoria, porque no se conocían al momento de la presentación del Plan de Tesis proyectos o investigaciones científicas referidas a la implementación del sistema acusatorio en el enjuiciamiento penal de la Provincia de La Pampa y que dieran cuenta de la situación problemática expuesta.

En un paso más adelante de la investigación se indagó acerca del diseño de régimen de la acción en el sistema penal pampeano -cómo se proyectó, cómo quedó diseñado y las modificaciones que se subsiguieron-. Y para ese cometido se ingresó en el trabajo exploratorio del diseño político-criminal del régimen de la acción penal de la justicia penal pampeana, el rol de la víctima en el proceso, las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva y la regulación del acusador privado.

A tales efectos se examinaron los fundamentos de la exposición de motivos del proyecto del código procesal y el debate parlamentario en torno a éste, que culminó con la aprobación del Código Procesal Penal bajo Ley provincial n° 2287, hoy vigente. Como así también las reformas legislativas relacionadas al tema, con el propósito de esclarecer la voluntad legislativa para decidir acerca de la regulación de la acción penal.

Como resultado de esa exploración se obtuvo que en el proyecto participaron además de los legisladores, el Poder Ejecutivo quien presentó el proyecto con su exposición de motivos. Aunque también se hizo concreta mención que el proyecto presentado por el ejecutivo provincial -más allá que no surja en esos documentos- siempre fue de público conocimiento que el mencionado proyecto de código fue el fruto de una investigación elaborada en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la ULPam. El titular de Derecho Procesal I, Profesor José María Meana, conformó este equipo de trabajo de docentes universitarios y se ocupó de colocar el tema en el interés del ejecutivo provincial y de los legisladores. Por lo que en definitiva se puede afirmar que profesores y profesoras de la Universidad de La Pampa iniciaron el proyecto de reforma.

Resulta oportuno poner de relieve que ya en esta primera aproximación de la investigación se pudo observar que el diseño del proyecto de código procesal mantenía características del sistema mixto en lo pertinente al régimen de la acción penal, pero no así en la regulación de la persecución penal. En ésta, se identificó un rol en ascenso de la víctima, Por lo que las facultades de persecución del acusador privado *versus* la titularidad de la acción del Ministerio Público Fiscal, se anunciaba como aspecto problemático.

En tal sentido, más expresamente en la regulación local actual de la acción penal, por un lado, y las formas en que se concreta la pretensión punitiva, por el otro, se aprecia un diseño que ofrece una mixtura del régimen clásico del sistema inquisitivo-mixto con cambios que pretenden adaptarlo al sistema acusatorio.

#### 4.1 Muestreo sobre la jurisprudencia local.

En atención a los primeros datos de la investigación que evidenciaban las inconsistencias del diseño legal del régimen de la acción y que, como ya expresó, permitían aventurar problemas en el funcionamiento del sistema de justicia, se recurrió a los resultados del muestreo realizado sobre la jurisprudencia local, con la finalidad de analizar las prácticas de los operadores. Esto en virtud de que se estimó que servirían para poner de relieve que el rol de la víctima en el proceso penal y las imposibilidades para el ejercicio de la

pretensión punitiva es un aspecto que ponía en crisis el diseño del régimen de la acción penal en nuestra regulación procesal.

#### 4.1.1. Resoluciones del Tribunal de Impugnación Penal.

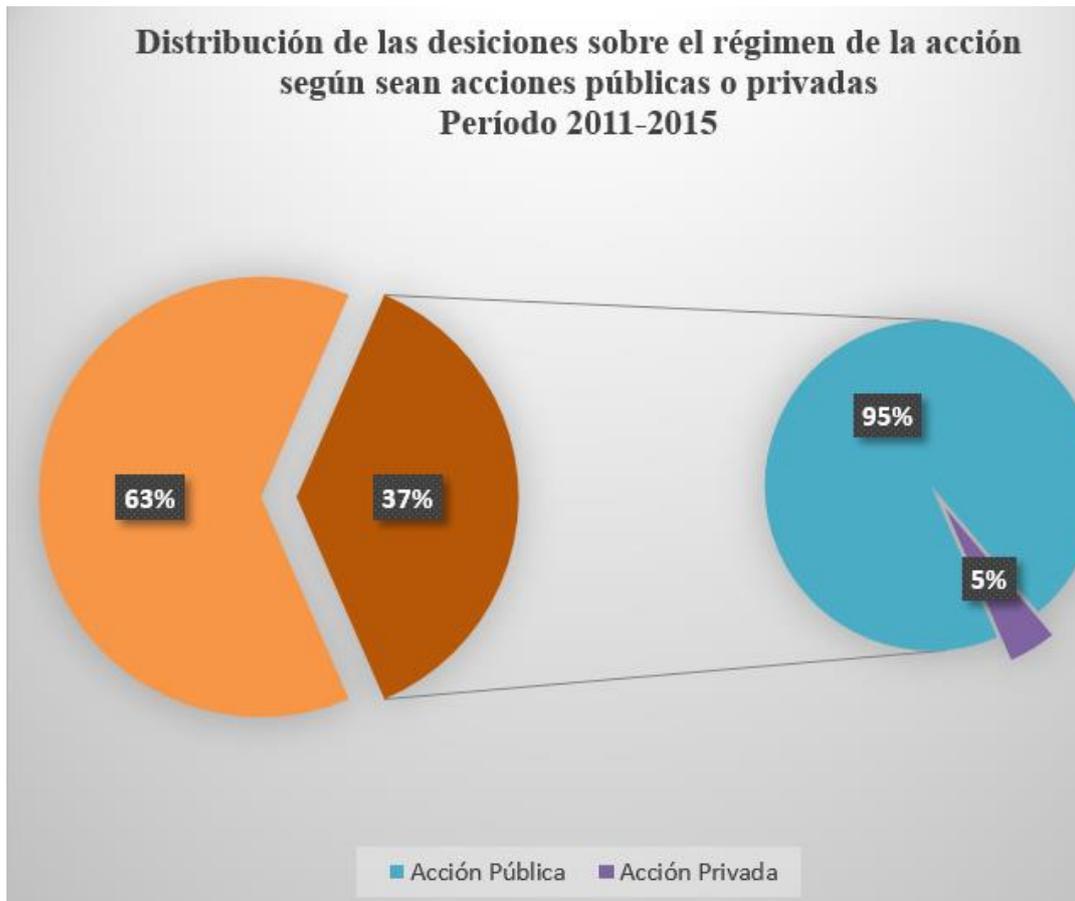
Sobre el muestreo de decisiones del Tribunal de Impugnación Penal se decidió hacer un análisis cuantitativo. Esto en razón del número elevado de decisiones que terminaron conformando el universo de la muestra -superó las 200 decisiones-.

La muestra de elaboración propia abarcó el período de marzo de 2011, fecha en la cual entró en vigencia el código procesal penal de corte acusatorio y se extendió hasta el 31 de diciembre de 2015.

De los resultados arribados, con una apretada síntesis, se mencionan a continuación los más relevantes:

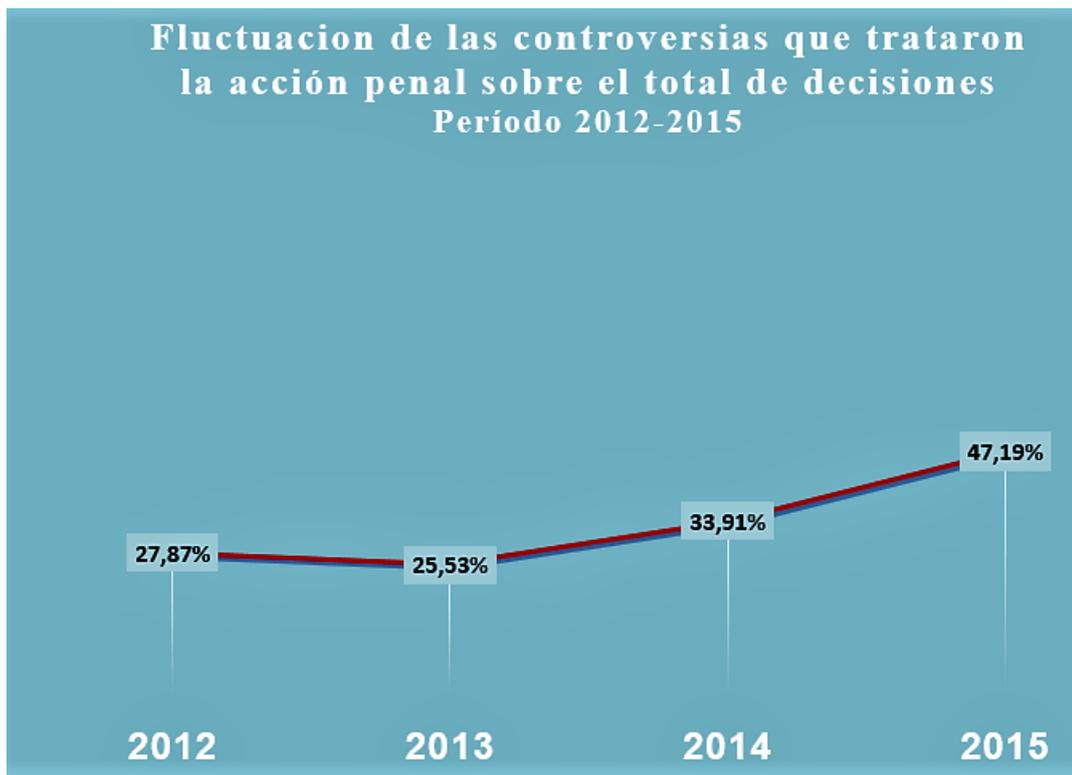
- Altísimo porcentaje de conflictos se judicializa por delitos de acción pública. Dato que permitió corroborar que el porcentaje de hechos que llegan al sistema de justicia es canalizado a través del régimen de la acción penal pública.

Gráfico N° 1



- Más del 35% de las decisiones se relacionan con la acción penal y/o persecución, conforme se puede apreciar en la torta izquierda del gráfico n° 1.
- La existencia de un ascenso permanente de la problemática de 2012 al 2015. O sea, que la muestra también puso de relieve que la implementación del sistema acusatorio ha generado numerosas polémicas sobre el régimen de la acción penal. Esto se deduce porque de otra forma no sería motivo de controversia o de tema de necesaria referencia o aclaración por parte del tribunal. Como así también - conforme se puede observar en el gráfico n° 2- que estas polémicas se presentan desde el comienzo de su puesta en marcha del código y que se ha mantenido, con un permanente ascenso, la que hace pico en el año 2015, último año objeto de la muestra.

Gráfico N° 2



- Las controversias mayoritariamente son en la etapa de investigación y los recursos son presentados a instancia mayormente de la querellante/víctima o de la defensa: protagonistas del conflicto. O sea, que quien menos recurre estas decisiones en las que el tribunal hace referencia al régimen de la acción penal pública, es el Fiscal. Que la problemática del ejercicio de la persecución penal se presenta de manera más acentuada en los inicios de la investigación no resulta llamativa en razón de que en la etapa de investigación es el momento en que se define quiénes y cómo pueden llevar adelante la persecución penal. Para ejemplificar más, se define en este momento quién o quiénes pueden ingresar al proceso como acusadores por fuera del Ministerio Público Fiscal y la última posibilidad lo será hasta la etapa intermedia. Una vez que el conflicto está en condiciones de ser enjuiciado ya no se podrán tener en cuenta más intervenciones.
- Además, durante la faz de investigación se decide qué hacer con el conflicto si desecharlo -desestimación- si darle una salida compositiva o si investigarlo. Por lo que los datos obtenidos permiten afirmar que las disputas en torno al régimen

de la acción se presentan con mucha mayor frecuencia en las primeras etapas de la investigación.

Una reflexión diferente corresponde efectuar respecto de las sentencias definitivas que tratan aspectos relacionados con la acción penal y su ejercicio en el universo de la muestra. En ellas no sólo que la controversia en cuestión ha sido menos tratada sino que además no se observa un constante ascenso. También arrojó la muestra que en las decisiones que ya se encuentran en condiciones de ser sentenciadas el motivo más alegado para recurrir se refería a la facultad recursiva. La que a través de un análisis cualitativo de las decisiones en cuestión se vinculan a una interpretación restrictiva de los artículos que regulan la facultad recursiva de los acusadores, ello pese a que la propia regulación los habilita a recurrir.

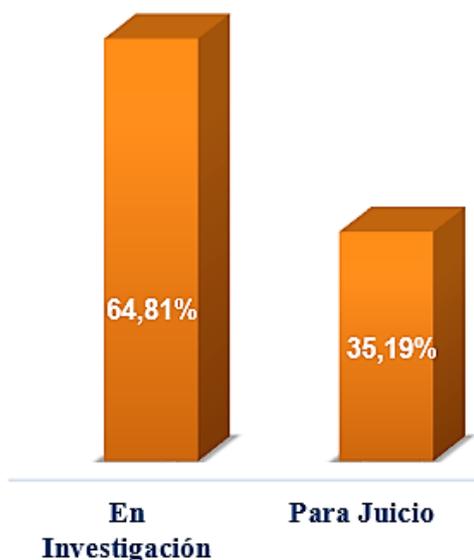
Por lo que, respecto de este aspecto, el análisis cuantitativo acredita que el régimen de la acción penal ha sido un aspecto tratado a instancia de recursos mayormente formulados por la defensa y por el querellante o pretense querellante. O sea que las quejas sobre las decisiones que se toman en el proceso corresponden a quien son los protagonistas del conflicto.

Surge entonces que el acusador privado o víctima y la defensa presentan el mayor promedio de recursos en la etapa de investigación –como se puede observar en los gráficos n° 3 y 4 que más abajo se agregan-.

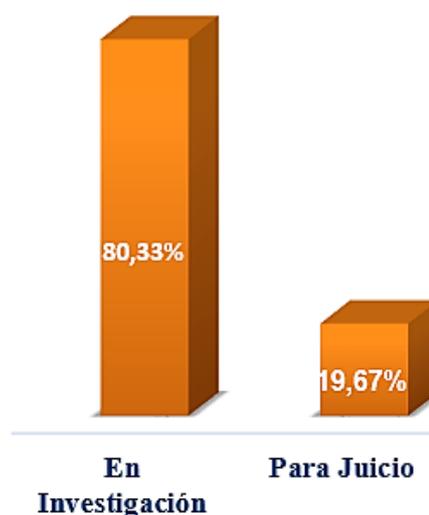
Se debe destacar que llama la atención el altísimo porcentaje que representa la formulación de recursos por parte de la defensa su tratamiento se relaciona con la categoría Acción –aproximadamente representa el 50%-; como así también se debe señalar que, durante el año 2015, se acentuó la presentación de recursos por parte de la defensa con controversias asociadas a ese motivo, los que obedecieron a la presentación masiva de solicitudes de extinción de la acción penal por demora en la Investigación Fiscal Preparatoria.

Gráficos N° 3 y 4

**Motivos del Querellante Particular para recurrir según se encuentre o no en condiciones el hecho de ser enjuiciado. TIP 2011-2015**



**Motivos de la Defensa para recurrir según se encuentre o no en condiciones el hecho de ser enjuiciado. TIP 2011-2015**



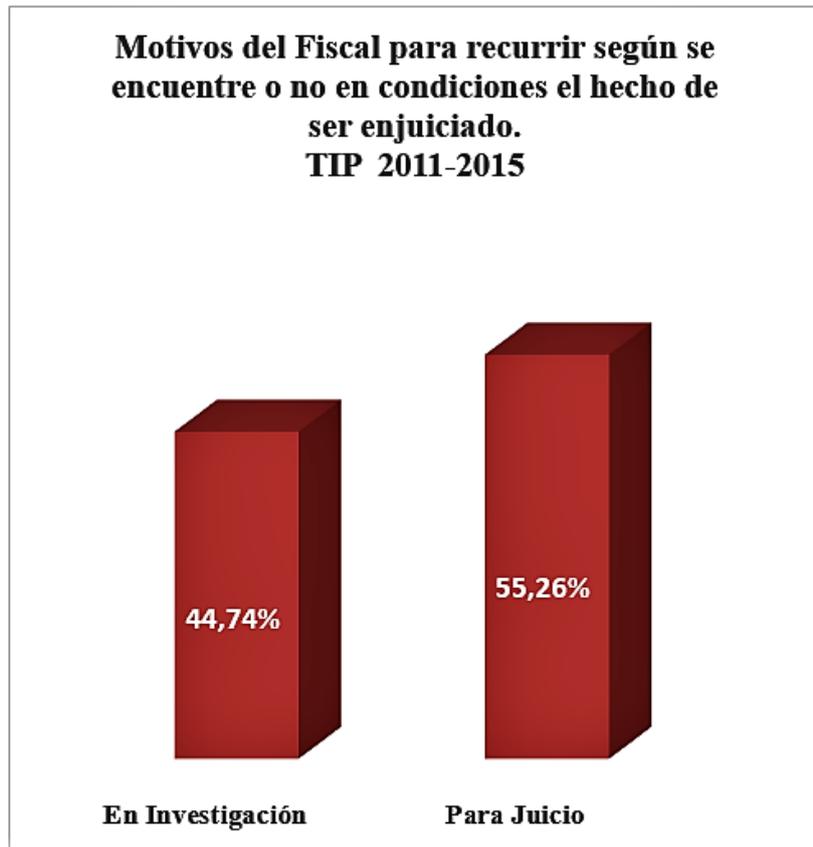
Más allá de las razones que tuviera el Ministerio Fiscal para no proceder de manera eficiente en casos donde decidió llevar adelante la persecución penal, los datos exponen una situación que no se puede pasar por alto a la hora de decidir acerca del régimen de la acción penal. De otra forma, se corre el riesgo de un uso arbitrario del ejercicio de la acción en desmedro de los derechos del imputado a la garantía del plazo razonable.

Nuevamente, el análisis cualitativo permitió advertir que de las razones por las cuales el Fiscal recurre y fue en la muestra asociado con el motivo “facultad recursiva” no es porque en sí mismo ha sido el motivo por esa parte alegado. En estos casos, la controversia propuesta por el acusador público se relacionó con la existencia de errónea valoración de la prueba en el fallo recurrido. Sin embargo, el tribunal es quien introdujo el tema pertinente a la persecución penal y a la hora de resolver coartó el derecho a recurrir de los acusadores.

Por lo que se puede concluir que los conflictos se suscitan en mayor medida para el querellante y/o víctima en el momento de la investigación y para el Fiscal –ver

Gráfico N° 5- en el momento en etapas posteriores de la investigación pese a que con posterioridad el superior tribunal reconoció al querellante la posibilidad de recurrir en casación con fundamento en la tutela judicial efectiva, sin embargo tal reconocimiento de ese derecho no se observa en las primeras etapas del proceso.

Gráfico N° 5.



4.1.2. Resoluciones de la Sala B del Superior Tribunal de Justicia -Sala Penal-  
Por su parte, también se realizó un análisis cualitativo sobre decisiones de la Sala B del Superior Tribunal de Justicia. Para la obtención de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia se utilizó el buscador virtual que ofrece el sitio oficial.  
A tales efectos, fueron reseñados los fallos encontrados en el período de marzo de 2011 hasta diciembre de 2015 inclusive.  
Los resultados dieron que:

- El artículo 120 de la Constitución Nacional no se refiere al Ministerio Público Fiscal local.
- Destaque del diseño del legislador local.
- Se resalta autonomía del acusador privado. Tales afirmaciones permitieron concluir que claramente no se avala un ejercicio exclusivo de la acción penal pública en cabeza del Ministerio Público Fiscal. Por ejemplo, esto se observó en casos donde se le otorgó recurso a la víctima para poder controlar la decisión que impide continuar con la persecución penal -sobreseimiento-. En efecto, con esto no se quiere decir que ante la oposición de la víctima/querellante al pedido de sobreseimiento se deba “obligatoriamente” continuar con la persecución penal, sino que tal pedido puede ser controlado.

El fundamento tenido en cuenta fue el derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva y teniendo especial consideración a que, en nuestro sistema penal local, el legislador ha decidido darle a la víctima una participación mayor en el proceso, calificada como autónoma por el máximo órgano provincial, según esta jurisprudencia.

Ahora, este análisis se presenta como válido en cuanto a los efectos de las decisiones de continuar o no con la persecución penal -sobreseimiento- pero no parece un criterio tan claro para corroborar su alcance a los efectos del acceso a la justicia, o sea en los supuestos de que la desestimación del caso -erróneamente llamada en la regulación pampeana como archivo- resulte arbitraria, errada o simplemente prematura. Ante la eventualidad de asistirle razón a la víctima y así confirmarlo el Juez de Control ¿quién lleva adelante o continúa la investigación del caso? Aquí se observa un vacío legislativo. A esta altura es dable recordar que la investigación abarcó un período determinado. Al presente, jurisprudencia del año en curso y en contemporaneidad a la defensa de la tesis la Sala B del STJ dejó expresado su postura. <sup>2</sup>

- No se resuelve si Ministerio Público Fiscal tiene la obligatoriedad de continuar con la acción penal. Como así también que el juez se encuentra autorizado a resolver las controversias que se presenten entre ambos acusadores. Aunque el

---

<sup>2</sup> “ALCARAZ, Cintia en causa por oposición a la declaración de inconstitucionalidad del art. 265 ult. parr. del C.P.P. y confirmación de archivo s/ recurso de casación presentado por el querellante particular”, legajo n.º 54816/3 (reg. de esta Sala).

aspecto no resuelve la obligatoriedad que pesa sobre el fiscal de continuar con la persecución. Entonces, ¿no tiene peso el principio de legalidad que surge de la última parte del artículo 8 del código procesal? ¿no se trataría de un caso expresamente previsto por la ley que el juez pueda hacer lugar a la oposición a la víctima? Y si la respuesta es negativa ¿para que la víctima podría oponerse? Pero, si por el contrario, la respuesta fuera afirmativa ¿no se vería afectado el principio acusatorio, al limitar el ejercicio de la acción pública sólo al Ministerio Público Fiscal?

- Se advierte el interés de otros actores sociales, aunque no se les admite intervención “por no estar regulado”. Es pertinente mencionar que se deja cerrada toda posibilidad de tener participación en el proceso a aquellas personas por fuera de las específicamente previstas en la regulación procesal. Esto ya sea como parte o con otro rol *–amicus curiae–* aunque resalta lo provechoso de estos “instrumentos”. Se puede advertir que existen intereses de actores por fuera de los habituales preocupados por el conflicto penal, como así también un reconocimiento del juzgador de la ventaja que puede generar su implicancia.
- Extinción de la acción penal se privilegió solventar la decisión en la regulación de la acción del código penal. Más precisamente se observó que tratarse un caso la extinción de la acción penal, la Sala B se basó para decidir en la norma del código penal que regula los actos que interrumpen la prescripción penal -art. 67 del C.P.-. Esto ante un reclamo de evidente retraso de la Investigación Fiscal Preparatoria, o sea, donde los plazos para llevar adelante la investigación Fiscal se encontraban ampliamente superados. Se basó en el diseño de acción penal previsto en el código federal y no se consideró el ordenamiento superior para si quiera chequear el plazo razonable.

## 5. Conclusiones

Nuestro máximo tribunal ya ha establecido que el sistema acusatorio es el que mejor se adapta al modelo constitucional-convencional. Pero el compromiso para la adecuación del sistema de justicia penal no se agota con la implementación de un código procesal, esto ha queda demostrado dado que luego cinco años de su vigencia se filtra aún la cultura inquisitiva.

En lo pertinente a la acción penal, los datos que surgen de este informe demuestran que su actual diseño para el ámbito local es un híbrido entre el sistema inquisitivo-mixto y el acusatorio. Esto se observa en los registros de la Exposición de Motivos del Proyecto del Código, en su debate parlamentario y en las normas del texto del código procesal vigente, como así también en las prácticas de los operadores del fuero observadas a través de las decisiones jurisdiccionales objeto del trabajo de campo. En todos estos documentos y acciones ha quedado plasmada la persistencia del sistema inquisitivo-mixto.

La modalidad de ejercicio de la acción penal, es una atribución de los Estados provinciales que no ha sido cedida a la Nación -art. 5 de la C.N.- No se encuentra razón atendible para que sea regulada entonces en el Código Penal. Por el contrario, además del fundamento constitucional existen razones plausibles para que el diseño de la acción sea una regulación local, tal como en consecuencia lo ha hecho nuestro ordenamiento apartándose de la letra del código penal y regulando aspectos allí no previstos.

Por lo que, el diseño del régimen de la acción penal del código procesal penal de La Pampa puede -no debe- adoptar el previsto en el Código Penal o no, pero que quede claro que ello es por decisión de la legislatura local. Lo que permite afirmar, por ejemplo, que se puede establecer un ejercicio de la acción con mayores restricciones para la iniciación de su ejercicio -autorización previa de un particular o entidad estatal- o, contrariamente, no tener ninguna -de oficio-. Ello dependerá en definitiva de una decisión de diseño de persecución penal local, la que obviamente debe ser respetuosa del programa constitucional-convencional.

Si bien se observaron incursiones del legislador local para definir el diseño de la acción penal, el trabajo de campo puso en evidencia que las polémicas se presentaron desde la implementación del sistema acusatorio, se siguen presentando y que, además, fueron en ascenso. Como así también que esas problemáticas se presentan en casi su totalidad en los conflictos que se tramitan mediante acción penal pública, dado que son sumamente escasos los conflictos que se canalizan por acción privada.

Se requiere entonces la necesidad de un cambio más profundo y continuo que permita superar las ideas impregnadas del paradigma anterior, y en este sentido las conclusiones del trabajo de tesis propusieron:

- Un régimen de la acción penal más flexible, con eliminación del principio de legalidad, o acotamiento de los delitos de acción penal pública.

Para lo cual se torna necesario que a nivel local se piense y discuta el régimen de la acción acorde a nuestra realidad. El ámbito propicio puede no ser único, pero si es necesario que confluyan las ideas de todos los actores involucrados e interesados en el sistema de justicia. Por ejemplo, del trabajo de tesis surgió el interés de asociaciones no gubernamentales especializadas en hacer su aporte al conflicto. Y también el poder legislativo modificó el código procesal para autorizar la constitución como acusador privado de un ente especializado del gobierno -Consejo de la Mujer-. Esto denota un campo propicio de discusión para definir la regulación de las formas de acceder a la persecución y cómo llevarla adelante.

Además, en ese intercambio, no puede faltar el sinceramiento con la situación de la víctima. El Ministerio Fiscal como organismo que lleva adelante la política criminal en el proceso debe procurar la tutela de los derechos de las víctimas, ya sean individuales o colectivas y en tal sentido debe procurar soluciones que satisfagan a quienes representan. De no ser así, no puede seguir batallando por razones que le son ajenas. El Debate Parlamentario del código hizo mención a que la sociedad estaría controlando el ejercicio de la discrecionalidad, punto a tener en cuenta si se estima que las decisiones políticas criminales obtienen sus fundamentos no sólo del ordenamiento jurídico sino también de la realidad en la cual se deben encontrar inmersos.

Por otra parte, también resulta necesario un sinceramiento con la persona imputada. Los resultados cuantitativos ponen en evidencia las quejas por las demoras en la Investigación Fiscal Preparatoria.

Ante este panorama de focalización en la víctima/victimario se debería apuntar a un diseño que privilegie las salidas compositivas por sobre la obligatoriedad del ejercicio de la persecución que pesa sobre el Ministerio Público Fiscal -principio de legalidad- y la flexibilidad del diseño también debería prever, en algunos casos, la conversión de la acción pública en privada.

De esa forma se le permite intervenir a la víctima y proseguir el trámite si es de su interés, sin la intervención del Fiscal en los casos que no resulten afines a la política criminal. Esto se estima que es una forma de otorgar una posibilidad más equitativa tanto para las víctimas como personas imputadas. Obviamente que deberían pensarse cuáles son los delitos que permitan esta privatización de la acción o, mejor aún, pensar cuáles son los

supuestos hechos con relevancia penal en los cuáles la obligatoriedad de la persecución Fiscal debe imperar. De esta forma se pone el principio de última *ratio* en un primer plano. Se torna imprescindible rever los criterios de interés preponderante a la luz de sociedad actual y, en consecuencia, solventar qué tipos penales requieren del ejercicio de acción pública, dado que los conflictos abarcados bajo esta acción aparecen como desmesurados. Este es un aspecto que, como se expusiera en el informe de tesis, ya hizo eco cuando debatió en el Congreso de la Nación cuando la reforma del Código Penal, aunque obviamente se propugna que esa discusión se traslade a cada estado provincial.

- Capacitación en la cultura acusatoria.

La necesidad de una capacitación permanente de los operadores del sistema de justicia penal en el sistema acusatorio, puesto que, se pretende formar a los profesionales para que adviertan y aprendan a dejar las prácticas nocivas que obstruyen el asentamiento del sistema. Esto con el objeto de que puedan llevar adelante sus acciones más allá de la letra de la ley porque más allá de que existe una regulación discordante entre el diseño del régimen de la acción penal y la persecución penal, nada obstaba a tomar partido por este último que compatibilizaba de mejor manera con el enjuiciamiento penal y devolvía el conflicto a la víctima.

La idea de la acción pública como un atributo esencial del Estado que preserva la vigencia de las leyes penales por fuera y con prescindencia del compromiso de los afectados, no solo no responde a la configuración histórica de esa facultad y de ese concepto, sino que cada vez se muestra más alejada del funcionamiento real de los sistemas penales, puesto que al no hacer foco en el conflicto no se pone al sistema al servicio de las personas, sino que se hace prevalecer la sanción, o sea, el castigo.

- La formación de los futuros profesionales en la cultura acusatoria.

El modelo de enseñanza de la abogacía debe ser útil para las y los profesionales abogados que necesita su entorno, en este caso: el sistema acusatorio. Ante la realidad comprobada, debe inferirse que una cuota responsabilidad debe atribuirse entonces a la enseñanza universitaria, la que entonces debe necesariamente debe acompañar o seguir acompañando con mayor compromiso el afianzamiento del sistema acusatorio que no es ni más ni menos el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho.

A tales efectos debe insistirse en la visión de político-criminal de todo el sistema penal y que ella se expande a todas sus instituciones, como es el caso de la regulación de la acción

penal. Las y los estudiantes deben recibir una educación con las imprescindibles referencias históricas que le permitan proveerse de herramientas para debatir el actual sistema y las normas que lo representan en el contexto que deberán desempeñarse como profesionales.

Con las conclusiones arribadas y las propuestas señaladas sólo resta decir como apreciación definitiva que se entendió al régimen de la acción como el punto de contacto entre la formulación normativa y su efectiva vigencia.

Que conforme nuestro ordenamiento actual el sistema acusatorio es el que permite cumplir el programa constitucional-convencional, el que además exige el reconocimiento de los derechos de la víctima en el proceso y que el conflicto penal recurra a la pena como última instancia.

Bajo ese esquema se planteó la problemática que se genera a nivel local un diseño de la acción penal y los resultados del trabajo de campo corroboraron que la víctima tiene dificultades para concretar respuestas por parte del Estado acerca de cómo sobrellevar el conflicto en el que se han vistos afectados sus derechos.

### **Referencias bibliográficas**

Acosta, Alejandro Esteban, 2186/2005-A-41-REX (Corte Suprema de Justicia de la Nación 23 de Abril de 2008).

Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal. Tomo II. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva.* (Primera edición ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Carrara, F. (1977). *Programa de Derecho Criminal Parte General* (Vol. II). Bogotá: Temis.

Clariá Olmedo, J. A. (2008). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Santa Fe: Rubonzal - Culzoni editores.

Fierro, Guillermo J.;. (2012). Código Penal 2-B. En D. Baigún, *Código Penal 2-B* (pág. 372). Buenos Aires: Hammurabi.

Grégoire, M. E. (2018). *Un régimen de la acción penal que dificulta el arraigo del sistema acusatorio en La Pampa. Su manifestación en las limitaciones a las facultades de la persecución penal.* Universidad Nacional de La Pampa - UNLPam-, Santa Rosa.

- Herbel, G. (2003). *Constitución, acción penal y criterios de oportunidad (facultad provincial de fijar criterios de oportunidad en materia penal)*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. Nueva doctrina penal 2003-A.
- Langer, Máximo;. (2009). (I. d. Penales, Ed.) *Revista de Derecho Procesal Penal, II*, 53-134.
- Ledesma, Á. E. (2005). *La Reforma Proceal Penal*. Buenos Aires: Nova Tesis.
- Maier, J. B. (2004). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. (Segunda, 3ª reimpresión ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.

## **INFANCIA, PARTICIPACIÓN Y ACCESO A LA JUSTICIA: HACIA EL RECONOCIMIENTO EFECTIVO DEL NIÑO COMO SUJETO PROCESAL<sup>1\*</sup>**

Laura Noemí Lora  
UBA, Facultad de Derecho, CABA,  
Argentina

Paula Noelia Bermejo  
UBA, Facultad de Derecho, CABA,  
Argentina

*“(...) en menosprecio de la palabra ‘infanzía’ derivada del latín, que indica el no tener voz (“no tener voz al respecto” se dice en lenguaje coloquial), la ley ‘da la palabra a los niños’. Se sabe, que ‘dar la palabra’ es una metáfora importante del deber jurídico. Los considera, en otras palabras, “sujetos” del proceso además que de derecho. (...) El menor deviene “sujeto procesal”, puede estar en juicio, actuar, estar presente y ser escuchado, precisamente como “sujeto” y no solamente como objeto de intereses ajenos (...). Desde siempre se sabe que los derechos sin poder procesal suficiente están mancos y que entre acción y derecho sustancial hay más que un aspecto de continuidad.*

*La Convención se dirige hacia una solución de este tipo, partiendo desde el reconocimiento del joven como parte procesal autónoma: formar parte no significa ser simplemente una tercera persona, quiere decir tener una posición central, tomar la palabra, por su cuenta o a través de sus representantes, para el avance del propio punto de vista que también puede contrastar con aquel de los otros actores. Y se hace bien en subrayar que el poder de nómima de eventuales representantes es un poder funcional al ejercicio del derecho. Formar parte en un proceso significa hacer valer las razones autónomas con respecto a aquellas que se agitan: las cuestiones familiares, pero no solo ellas, no solamente cuestiones de los adultos, sino que involucran intereses, derechos de los menores que no pueden ser confundidos con aquellas: es más, indican un espacio de no-negociación que, si es tomado en serio, debería condicionar cualquier otra elección.”*

(Resta; 2016, 19-25)

---

\* El presente trabajo ha sido realizado con la colaboración de María Florencia Ponce Medana quien se desempeña en una Defensoría Pública de Menores e Incapaces.

## **1. Introducción**

El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto UBACyT “Derecho, Sociedad e Infancia” (Programación Científica 2018-2020) el cual denota una continuidad con el presentado en la Programación Científica 2014-2017 “Los conflictos socio-jurídicos entorno a la infancia. Nuevos escenarios” en el que se ha analizado de que manera el acceso de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA) condiciona la concepción misma del niño como sujeto de derecho. En anteriores oportunidades se ha destacado que “el modelo de la “protección integral” constituye un marco renovado, que considera a los NNyA como sujetos plenos de derechos con autonomía progresiva para su ejercicio; en contraposición a la vieja doctrina de la “situación irregular” de la que se desprende la noción de niño –objeto de tutela –objeto de protección. Dentro del paradigma de la protección integral de la infancia se consagra expresamente la participación activa de los NNyA en los procedimientos judiciales o administrativos que los afecten y el derecho a la defensa técnica (en sus dos aspectos: defensa material-derecho a ser oído o autodefensa- y defensa técnica-derecho a una asistencia jurídica especializada de su elección y gratuito (Lora y Medina; 2012).

El reconocimiento del niño como sujeto de derecho en palabras de Jens Qvortrup (1991, 184) “depende en gran medida de hasta qué punto los adultos pueden o quieren reconocer que los niños son actores y contribuyentes dentro de la sociedad” es por ello que se analizará cuándo, a partir de qué edad y en qué asuntos participan los NNyA, así como también qué información se les brinda a estos y en qué momento del proceso. Con este objetivo se considera que reviste fundamental importancia analizar los límites etarios que son impuestos en la práctica por los operadores jurídicos toda vez que con el paradigma de la protección integral de la infancia actualmente imperante se pretende dejar de lado los criterios biologicistas a los que hacía referencia la doctrina de la situación irregular, intentando que prevalezcan los criterios relativos a madurez y autonomía progresiva de los NNyA.

Por otro lado se pretende identificar cómo se realiza la escucha y qué relevancia tiene la opinión de los NNyA en la toma de decisiones, así como también analizar la brecha existente entre el deber ser de la norma y el desempeño de los operadores jurídicos.

Los principios rectores establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de no discriminación, interés superior del niño, supervivencia y desarrollo, participación

y derecho a ser oído, así como los principios establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y los de la mediación (confidencialidad, igualdad de las partes, consideración especial de los intereses de los “menores”, etc.) conforman el marco jurídico del presente trabajo. Dicho marco es complementado con la perspectiva socio jurídico que entiende al derecho como un mecanismo de la acción social que define y transforma los comportamientos sociales, en los que intervienen distintos actores. Es por ello que para aproximarnos a comprender las dinámicas procesales, competencias y habilidades relativas a la administración de conflictos en los procesos civiles en los que se encuentran involucrados los intereses de NNyA se ha utilizado una metodología de tipo cualitativa. Fundamentalmente se ha empleado la técnica de entrevista a informantes clave sumando a ello el análisis de distintas normas comprendidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, leyes específicas, códigos y jurisprudencia relativa a los temas en estudio. Asimismo se divulgarán algunas de las experiencias que fueron compartidas en el Workshop “Derecho, Interacción Social e Infancia” realizado en la Facultad de Derecho UBA en el marco del XIX Congreso Nacional y IX Latinoamericano de Sociología Jurídica el día 5 de septiembre 2018 y los debates compartidos en el II Congreso Nacional de Derecho celebrado en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa los días 4 y 5 de octubre de 2018.

## **2. El reconocimiento jurídico del niño como sujeto procesal.**

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>2</sup> reconoce expresamente el derecho a la participación de NNyA en su art. 12, el cual establece la obligación de los Estados de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y el grado de madurez. Para garantizar este derecho se le debe dar la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Cabe destacar que, conforme el art. 4 de dicha

---

<sup>2</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina mediante Ley N° 23.849 sancionada el 27/09/1990 y promulgada el 16/10/1990 y habiendo obtenido jerarquía constitucional con la reforma constitucional de 1994 conforme art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Convención, los Estados deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que sean necesarias para dar efectividad a dicho derecho.

Por su parte la Observación General N° 12 dictada en el año 2009 por el Comité de los Derechos del Niño<sup>3</sup>, constituye una guía fundamental para analizar la participación efectiva de NNyA. En ella se reafirma el carácter de sujeto de derecho que reviste el niño (párr. 1) y se interpreta que el derecho de todo niño de ser escuchado y tomado en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño (párr. 2). Se destaca que para hacer efectivo dicho derecho los Estados deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior (párr. 16). Con respecto a la expresión “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” el Comité interpretó que no debe verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible, destacándose que “eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad” (párr. 20). Asimismo el Comité de los derechos del Niño hizo hincapié en que el “artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes 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” (párr. 21).

El derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escucharlo y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias: “el niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones” siendo fundamental el derecho a la información, imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño (párr. 25).

---

<sup>3</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El Derecho del Niño, a ser escuchado”, 2009. *CRC/C/GC/12*

En cuanto a la expresión “en todos los asuntos que afectan al niño” prevista en el art. 12 CDN el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta, constituyendo la misma una condición básica que debe ser respetada y comprendida ampliamente (párr. 26). En este sentido se menciona expresamente la exigencia de que el niño sea escuchado en los procedimientos judiciales civiles de divorcio y separación de los progenitores (lo que en nuestro ordenamiento jurídico abarcarían las cuestiones de alimentos, cuidado personal y régimen de comunicación) sea que éstas sean debatidas a través de un proceso judicial o mediación; las separaciones de los padres y formas sustitutivas de cuidados cuando el niño es víctima de abusos o negligencias en su hogar y en las adopciones (párr. 50 a 56). Asimismo, en referencia a los procesos administrativos se establece que los Estados deben incorporar procedimientos administrativos que se ajusten a los requisitos del art. 12 (párr. 65) entendiéndose que “es más probable que un niño participe en un procedimiento administrativo que en uno judicial, porque los procedimientos administrativos son menos formales, más flexibles y relativamente fáciles de establecer mediante las leyes y las normas. El procedimiento tiene que estar adaptado a los niños y ser accesible” (párr. 66). Finalmente se destaca otro aspecto que es enfatizado en la O.G. N° 12, y esto es que la “capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El art. 12 estipula que no basta con escuchar al niño, sino que además, las opiniones del niño deben tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio” (párr. 28). Como correlato de ello el Comité exige que se le comuniquen los resultados de la escucha al niño, destacando que “dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones”. Esta comunicación es considerada como una garantía de que “las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio” ello toda vez que “la información puede mover al niño e insistir, mostrarse de acuerdo, o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia” (párr. 45).

Por otro lado, en el ámbito nacional encontramos la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061<sup>4</sup> la cual establece en su art. 2 que los NNyA “tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.” Por su parte en el art. 3 se conceptualiza al interés superior del niño como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” y establece que se debe respetar su condición de sujeto de derecho; el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, estableciéndose expresamente que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

Finalmente se debe remarcar que el derecho a opinar y ser oído también lo encontramos en el art. 24 de dicho cuerpo normativo en el que se menciona el derecho de “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés” y que “sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo” estableciendo el alcance de este derecho a todos los ámbitos en que se desenvuelven los NNyA, mencionando a modo enunciativo el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad<sup>5</sup> también constituyen una “guía” para abordar específicamente la participación de los NNyA en los procesos.<sup>6</sup> Estas Reglas consideran especialmente como personas en condición de vulnerabilidad a NNyA y establecen que deben “ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.” El capítulo II sobre “efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos” contiene una sección específica (la 5ª) titulada “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos” en la que se establece que se propicia el impulso de las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo mencionando que la mediación y otros medios que no impliquen la resolución del

---

<sup>4</sup> Sancionada el 28/09/2005 y promulgada el 21/10/2005.

<sup>5</sup> Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

<sup>6</sup> Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Acordada 5/2009 en la cual ha adherido a las mismas.

conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia (regla 43). Asimismo allí se aconseja que antes de iniciar la utilización de la forma alternativa de resolución de un conflicto concreto, se deberán tomar en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad, propiciándose que se fomente la capacitación de los mediadores que intervengan en la resolución del conflicto (regla 44).

La participación de NNyA también ha sido receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>7</sup>, en cuanto se establecen como principios del Proceso de Familia el de acceso a la justicia, especialmente cuando se trata de personas vulnerables, la resolución pacífica de los conflictos, la especialización de los jueces, el apoyo multidisciplinario y el interés superior del niño (art. 706 CCCN). Asimismo se establece expresamente en el art. 707 que los NNyA tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente, y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Finalmente en lo que hace referencia a la mediación, se debe destacar que si bien en la Ley Nacional de Mediación N° 26.589<sup>8</sup> no se menciona expresamente el derecho a la participación de los NNyA, se advierte que en el art. 7 de dicha ley se mencionan específicamente como principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria la igualdad de las partes (inc. c.) y que en la misma se debe tener “una consideración especial de los intereses de los menores”(inc. d).

### **3. La participación de NNyA en el ámbito judicial**

A continuación se mencionaran a modo enunciativo algunos de los supuestos específicos que han sido reseñados por Florencia Ponce Medana en el Workshop “Derecho, Interacción social e Infancia” arriba mencionado de los que se advierte claramente la

---

<sup>7</sup> Aprobado por ley N° 26.994, cuya entrada en vigencia operó el 1° de agosto de 2015 conforme ley N° 27.077.

<sup>8</sup> Sancionada el 15/04/2010 y promulgada el 3/05/2010. La mediación fue instaurada por primera vez en la Argentina mediante Ley 24.573 sancionada el 4/10/1995 y promulgada el 25/10/1995, la que ha sido derogada por la ley N° 26.589 hoy vigente.

necesidad de que el niño sea tenido en cuenta como parte en los procesos judiciales tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

### **3.1. Los procesos judiciales patrimoniales**

#### **3.1.1. Juicios de Desalojo**

En estos procesos, la complejidad deviene ante la negativa por parte de los jueces de reconocer al NNyA como parte. En ese sentido, se ha sostenido que, “Deviene ajustado a derecho poner en conocimiento de la Defensoría de Menores e Incapaces la existencia de un juicio de desalojo en el que podrían verse afectados los derechos de niños y adolescentes al tomarse conocimiento de tal circunstancia y establecer un plazo para compeler al desahucio, a fin de facilitar la labor del Ministerio Público en orden a verificar la necesidad de recurrir al auxilio de un programa de apoyo y efectuar las gestiones necesarias ante la autoridad administrativa.”<sup>9</sup>

Si bien la lógica indica que los padres siempre actúan en interés de sus hijos, no siempre ello ocurre e incluso a veces, pese a la representación que ellos ejercen, es necesaria la intervención de la Defensoría de Menores e Incapaces complementando la defensa (conf. art. 103 CCCN) por tratarse los niños de sujetos vulnerables, tienen derecho a ser escuchado, a tener noticia fehaciente de cada uno de los actos y etapas del proceso, ofrecer y producir prueba. Poner énfasis en el interés superior del niño, implica que las decisiones que los afectan no se tomen a sus espaldas; por lo que la participación que se debe conferir es en su carácter de sujeto de derecho interesado en intervenir en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida. En tal sentido la CSJN sostiene que “(...)la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos (...)”<sup>10</sup>

Sin perjuicio de que es indudable que en el proceso de desalojo existe una diversidad de sujetos con derecho a una tutela efectiva (art. 8 DUDH, 8 y 25 CADH), es decir, por un lado el propietario del inmueble objeto del desalojo, en ejercicio de su derecho de propiedad (arts. 14, 17 CN), y por otro lado, las familias que residen en el inmueble, cuyo

---

<sup>9</sup> CNCiv, Sala J., “V. R. M. J. c/ C. J. A. y otro s/ desalojo”, 02/10/2017, Cita: MJ-JU-M-107207-AR |

<sup>10</sup> CSJN Fallo 328:2870

derecho a la vivienda adecuada se vería afectado en caso de quedar en situación de calle (art. 25 DUDH, art. 11 del PDES, entre otros), no se puede dejar de lado que a éstos últimos se debe sumar el hecho de que se encuentran numerosos niños dentro de las familias, quienes en nuestro sistema jurídico gozan de especial protección constitucional e infraconstitucional, (...) y son acreedores frente al Estado de la concreción de medidas de acción positiva destinadas a procurar igualdad estructural en orden a su situación jurídica (art. 75, inc. 23 CN)".<sup>11</sup>

Asimismo se ha sostenido que “la presunción de autonomía que contempla el art. 677 del CCivCom. en su 2º párr., de los menores adolescentes, no excluye ni invalida la iniciativa de representación de los progenitores para actuar en juicio en defensa de los intereses del menor, interpretación que salvaguarda el cumplimiento del deber de los progenitores, y a su vez coincide con la protección del interés superior del niño.” (...) “El mandato del art. 677 del CCivCom., referido a la capacidad para estar en juicio del menor de edad, establece dos situaciones, como es el poder de los padres de representarlo en el proceso, y la autonomía de éstos para actuar en juicio; ambas situaciones no pueden ser incompatibles ni excluyentes. (...) Si se entendiera que sólo es el menor adolescente quien puede concurrir a juicio en defensa de sus intereses (sea con sus padres o con asistencia letrada), en el supuesto que carezca de autonomía se lo estaría privando de acceder a la justicia, o se le exigiría a los progenitores -que quieren ejercer la representación- un proceso previo para determinar que su hijo no tiene aquella autonomía; ambas situaciones contrarían los intereses del menor, pues en el primer caso no podría promover demanda, o la iniciación del juicio estaría sometida al riesgo de una defensa de falta de capacidad, y en el otro tendría que asumir un costo -no justificado- como es que los padres deberían demostrar previamente la carencia de autonomía del menor que los habilitaría a representarlo.”<sup>12</sup>

### **3.1.2 Reclamos patrimoniales a favor del NNyA**

En estos casos, nos referimos a las demandas por daños y perjuicios, interpuestas por los representantes legales, en favor del NNyA, o ante pedidos de homologación de acuerdos.

---

<sup>11</sup> Juzgado Nacional en lo Civil Nº1, “Castronuovo de Santandrea S.A. c/ Taccari Carlos Alberto y Otros s/ Ejecución de Alquileres”, resolución del 09/06/2014, considerando 1, párr.6

<sup>12</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala I, “B. M. M. y H. Q. Z. P. c/ A. V. E. y F. HNOS. S.R.L. s/ ordinario”, 26/04/2018, Cita: MJ-JU-M-111196.

En principio, no se advertiría la necesidad de que el niño sea oído, y la Defensoría de Menores e Incapaces tendría una intervención complementaria a los pedidos efectuados por sus representantes legales. No obstante, por lo general el problema se inicia, cuando se depositan en las actuaciones las sumas correspondientes al niño, y se tiene que determinar cuál es la inversión más adecuada. Las propuestas de inversión, van desde una inversión en un plazo fijo renovable automáticamente hasta que el niño obtenga su mayoría de edad, hasta la adquisición de un inmueble. Pero también nos podemos encontrar con pedidos de viajes, compras de artículos tecnológicos, ampliaciones en el dormitorio del niño, entre varios; en esos casos, siempre que el grado de madurez del niño lo permita, se suele optar por citar al niño a la Defensoría de Menores e Incapaces, para explicarle que posee una determinada suma de dinero, y en consecuencia, consultarle cuáles son sus deseos y preferencias al respecto.

### **3.2. Los procesos judiciales de familia**

En los procesos judiciales de familia es donde más se ha visto modificada la tramitación, y en especial la dinámica procesal entre las partes y los diferentes organismos involucrados. No se puede ignorar la opinión de los niños -y en caso de que se resuelva de forma contraria, se deberá fundar-, como así tampoco se puede permitir una extrema judicialización sobre cuestiones que los involucra directamente.

#### **3.2.1. Responsabilidad Parental. Cuidado Personal**

En este tipo de procesos es habitual que los progenitores prioricen sus problemas, por sobre las necesidades de sus hijos, pasando éstos a ser un “trofeo”, un objeto para demostrar a su ex pareja que “le ganó”. Permitir que los NNyA tengan voz en estos casos, permite dirimir más rápido las cuestiones planteadas e individualizar cuáles son los aspectos que realmente requieren una intervención judicial; separando de este modo, a aquellos aspectos que en realidad deben abordarse desde un plano terapéutico, ya sea por medio de terapias individuales, de orientación a padres, de coparentalidad, etc. En virtud de ello, se apunta a evitar no sólo un dispendio jurisdiccional innecesario, y a proteger a

los NNyA para que no sean sobreexposados a cuestiones judiciales, que a largo plazo los obliga a tomar partido por alguno de sus padres.<sup>13</sup>

### **3.2.2. Adopción**

En este apartado resulta ilustrativa destacar una sentencia proporcionada por nuestra informante clave dictada en el marco de un pedido de adopción que, por las particularidades del caso, existía una gran posibilidad de que el mismo sea rechazado, pero, luego de que el adolescente de 15 años fuera oído en el Juzgado, junto con la Defensoría de Menores e Incapaces, el Juez interviniente dictó una resolución en los siguientes términos: “(...) Desde un planteo superficial puede pensarse que por tener techo y comida y haber transcurrido el tiempo es suficiente para dictar una sentencia de adopción. Sin embargo la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación imponen un marco conceptual superador: el interés superior del niño. Y éste no puede concebirse cuando quienes se pretenden adoptantes carecen de idoneidad suficiente, burlan la ley, desconocen las instancias administrativas y judiciales que velan por el interés de quien pretenden sea hijo, ignoran sus deseos profundos y no respetan su subjetividad. He entrevistado junto con la Defensora Pública de Menores e Incapaces y la Trabajadora Social del Juzgado -en ausencia del Tutor Oficial debidamente notificado (...)-, a C., llamándonos la atención su pulcritud y vestimenta (vino vestido de traje), expresó no ver a su hermano; no participar de redes sociales y querer adoptar al matrimonio BM-H. Le mostramos la existencia del Expediente conexo con cinco cuerpos y más de mil fojas, que estará a su disposición a partir de los 18 años, para que pueda cotejar su historia y otras versiones de los acontecimientos...VII.- El fallo de Alzada no deja otra alternativa que dictar sentencia. Si bien es cierto que la misma pudiera rechazar el pedido de adopción, dicho pronunciamiento empeoraría la situación del niño pues lo dejaría sin filiación y aislado de quienes bien o mal siente como sus padres. Sin embargo una sentencia no puede tampoco convalidar el proceder de quienes entiendo no tienen idoneidad suficiente. Ante ello habré de desestimar la acción promovida por el matrimonio. En cambio, habré de

---

<sup>13</sup> Podrá consultarse entre otros: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, Sala B, “L. S. J. c/ F. V. E. s/ cuidado personal”, 28/12/2017, Cita: MJ-JU-M-109651-AR. Cámara de Familia de Mendoza, “G. S. R. D. por la menor O. N. c/ O. G. S. s/ privación de patria potestad”, 02/02/2018, Cita: MJ-JU-M-109164-AR

conceder la adopción solicitada por el niño, pues es en cuyo interés superior que debe fallarse. Estimo que de ello deviene la relevancia de considerar a C. como verdadero sujeto de derecho, privilegiando su opción -aunque la misma pudiera estar viciada por falta de alternativas-, y no colocándolo como el objeto de deseo de los adultos que a cualquier precio procedieron para detentar su parentalidad”<sup>14</sup>

### **3.2.3. Restitución Internacional de Menores**

En este sentido también prevalece la escucha del NNyA entendiendo la jurisprudencia que “corresponde respetar la voluntad de los jóvenes y suspender con tal alcance la orden de su restitución a otro país con su progenitor, ya que, si bien no hay dudas del traslado ilícito por parte de su madre de España a la Argentina, lo cierto que frente a la férrea voluntad de aquellos de permanecer aquí, su traslado debería efectuarse mediante la fuerza pública, conculcando su deseos y convicciones; a lo que se suma que la relación entre ellos con el propio progenitor reclamante se complicaría, al manifestar estos que de no respetarse su voluntad romperían el vínculo con el mismo.” (...) ”Los jóvenes han gozado del derecho a ser oídos, pues previo al dictado de la sentencia de restitución fueron escuchados por el Sr. Defensor de Menores y por la suscripta, lo que determina el rechazo del pedido de nulidad articulado. (...) No es causal de nulidad la falta de reiteración de la escucha, ya que las directrices en la materia establecen la necesidad de limitar el número de entrevistas y declaraciones de los niños, en función de su derecho a ser protegidos de sufrimientos durante el mismo proceso.”<sup>15</sup>

## **4. El niño en la mediación**

Esta línea de investigación ha sido iniciada en los proyectos UBACYT que se reconocen como antecedentes del actual “Derecho, Sociedad e Infancia” en los que la integrante Marcela Moreno Bujan, realizando un análisis comparativo de la práctica en Costa Rica, nos ha planteado la necesidad de contar con un proceso de mediación específico por y para los NNyA, donde estos puedan canalizar y participar activamente en la resolución de sus propios conflictos (Moreno Buján; 2016) de modo tal que sean tenidos en cuenta como sujetos autónomos, libres y con capacidad de autorepresentación plena. Es así como

---

<sup>14</sup> Juzgado Nacional en lo Civil N°82, “D.L.,C.D. s/ adopción”, 12/04/2018, Expte. 13094/2012

<sup>15</sup> JNCiv 4, D. H. A. c/ L. E. M. s/ restitución internacional de menores, 10/07/2017, Cita: MJ-JU-M-106394-AR

nos ha advertido que esta participación posibilitaría la erradicación de la objetivación que sufre esta población en el desarrollo del conflicto (Moreno Bujan; 2016, 139). Desde allí retomamos nuestras investigaciones, las actualizamos y avanzamos.

Es evidente que ante la crisis que atraviesa la administración de justicia se ha planteado como una necesidad remover los diversos obstáculos que se presentan para acceder a la misma, habiendo cobrado así un verdadero protagonismo la mediación. En este sentido, remarcamos el concepto amplio de “acceso a la justicia” propuesto por Gladys Álvarez (2003, 31) quien entiende que resulta más pertinente referirse a “acceso a justicia” con el fin de incluir dentro del derecho de acceder a la justicia no solo la posibilidad de ingresar en el Poder Judicial, sino que también se amplíe a las formas desjudicializadas de resolución de los conflictos. Visto de ese modo el derecho de acceso a la justicia no solo supone acceder a un procedimiento judicial efectivo dentro de la estructura jurisdiccional del Estado sino que también exista una amplia y heterogénea red de resolución de conflictos. En este sentido, planteada la mediación como una necesidad para el “acceso a justicia” se busca identificar de qué manera se lleva a cabo la participación de los NNyA en este tipo de procesos, así como también si en ellos se garantiza su consideración como sujeto de derecho y sujetos procesales en tanto parte de los procesos de mediación.

Destaca Falcón (2012, 145) la importancia de establecer el concepto de “parte” en el ámbito de la mediación toda vez que no todas las personas que concurren a la misma son parte, aunque lo cierto es que la ley las menciona reiteradamente de esa manera. Para hablar con mayor propiedad destaca que cuando intervienen antes del proceso judicial son “requirente” y “requerido”<sup>16</sup> y recién cuando son reenviados por el juez una vez iniciado el proceso puede hablarse de partes. Siguiendo a Giavarino destaca Falcón que el tema de los sujetos que intervienen en una mediación debe ser definido en función de los roles y considerado a la luz de las reglas que son propias de este mecanismo; en este sentido, el concepto de “partes” debe orientarse más a los que son titulares de derechos en crisis, legitimados sustanciales para pretender, más allá de quien sea “requirente” o “requerido”, y que el tercero sería aquel que no tiene su esfera jurídica comprometida en el conflicto, sea asesor técnico en general -letrados, profesionales asistentes, peritos-, o representantes legales o meros testigos, pero siempre necesitando de una

---

<sup>16</sup> En tal sentido el Decreto 1467/2011, reglamentario de la ley 26.589 y sus modificatorias destaca que los términos “requirente” - “reclamante” y “requerido”-“reclamado” son utilizados indistintamente.

conceptualización comprensible del rol asignado en el procedimiento, a fin de tener en claro cuál puede ser su participación o su condicionamiento, en el ulterior y eventual proceso judicial.

Gómez (2013), por su parte, entiende que son partes en sentido estricto las personas que asisten a la mediación (requirente y requerido), según si han solicitado o han sido llamados a concurrir al proceso. Pero además de ellas, sostiene que existen otros interesados en el proceso a quienes considera partes en sentido amplio, incluyendo en dicha categoría a todos aquellos individuos que pudieran verse afectados tanto por lo que ocurra en la mediación y a quienes el mediador podría convocar entre los que incluye a los NNyA.

Para conocer cómo se desarrolla la participación de los NNyA en los procesos de mediación se compartirán algunos de los resultados de las entrevistas realizadas en el mes de diciembre de 2017 a mediadores que trabajan en el Centro de Mediación de la Universidad de Buenos Aires y a integrantes del Servicio Social (psicóloga y asistente social) que colaboran en las mediaciones que allí se realizan. También les presentaremos algunas de las experiencias que fueron compartidas en el Workshop “Derecho, Interacción Social e Infancia” realizado en la Facultad de Derecho UBA en el mes de septiembre 2018 y en el II Congreso Nacional de Derecho celebrado en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa los días 4 y 5 de octubre de 2018.

En primer lugar se observa en la práctica del Centro de Mediación que la escucha de los NNyA se produce a través de la labor desempeñada por las integrantes del Servicio Social (psicóloga y asistente social) quienes destacan que las entrevistas que les realizan a los niños suelen ser muy enriquecedoras. Remarcan que por lo general intervienen en cuestiones familiares y que en las mismas los niños suelen estar muy influenciados por alguno de los progenitores (“Un caso anecdótico de un chico entrevistado en el que me daba cuenta que de algún modo estaba influenciado en sus respuestas, al preguntarle si quería decirme algo más me contesta: “a ver espere que le pregunto a mamá”, salió y le preguntó “¿mamá tengo que decir algo más?”). Para realizar la escucha las integrantes del Servicio Social cuentan con diversas herramientas: realizándole preguntas no directas (como por ejemplo qué les gusta hacer con cada padre, qué los hace divertir, etc.), hacerles hacer dibujos, etc.

Consultados que fueron respecto de en qué momento los mediadores derivan un caso al Servicio Social han respondido que por lo general lo derivan cuando los padres manifiestan distintas versiones en referencia a lo que dicen sus hijos. También indican que lo derivan cuando algún progenitor advierte algún signo de que pudo haber ocurrido algún delito contra la integridad sexual del niño. Refieren que existen muchos casos de falsas denuncias respecto de delitos contra la integridad sexual y de violencia familiar.

Respecto de la escucha del niño destacan que hace ya varios años que vienen citando a los niños, siempre con el consentimiento de los progenitores y aclaran que

es muy raro no obtener el consentimiento de ambos padres, porque en general cada padre tiene la confianza que el chico va a estar a su favor. Creen que va a decir lo que ellos quieren. El consentimiento de ambos padres yo lo hago firmar en el acuerdo de mediación. Algunos mediadores en “observaciones” colocan en el acta que ambos padres firman el consentimiento y colocan que días son citados los niños. Otros colocan en el acuerdo que los padres brindan su consentimiento

Aclaran que los niños son escuchados siempre a través del Servicio Social y no participan en las mediaciones siendo que “excepcionalmente cuando se da algún caso como el que te contaba (adolescente de 17 años) que ha participado en la mediación.”

Cuando se les preguntó a partir de qué edad el niño es escuchado las respuestas que por lo general indican los mediadores es que ellos podrían llegar a escuchar directamente al adolescente, siendo que si se trata de niños lo derivan al Servicio Social.

A partir de los doce o trece años desde mi punto de vista, si lo tuviera que escuchar sola. Aunque siempre lo estoy derivando al Servicio Social. En algunos casos los hemos entrevistado con algunas mediadores en el mismo ámbito de la mediación, en un caso por ejemplo eran tres adolescentes. A veces es según como se sienten más cómodos los mediadores, porque a veces no se sienten cómodos los mediadores entrevistando a los niños, o les parece que no conviene citarlos en el ámbito de la mediación, igual no están presentes los padres, pero a lo mejor sienten que no están con los abogados de los niños.

Con relación a la importancia que se le da a la escucha del niño nos han indicado que a estos

Se le aclara que la decisión final siempre la va a tomar un adulto, preferiblemente los padres, eventualmente el juez.” “A los chicos siempre se les aclara que es muy importante escucharlos a ellos, qué es lo que les parece o su opinión, pero que no van a decidir de

acuerdo a lo que ellos quieren, que en todo caso la decisión la van a tomar los padres. El chico sabe que se lo está escuchando y siente un alivio. Pero sabe que la decisión no la va a tomar. Se le explica quizás a un nene un poco más grande, quizás un nene de seis años probablemente no entiende. La forma de transmitirlo es distinta. Hemos citado chicos de tres años. Vemos como el chico se acerca al padre o la madre, la actitud, el trato gestual de los padres y de los chicos, los dibujos. (...) Todo eso nos da elementos muy valiosos. Pero sin embargo no sabes los elementos que da un chico de tres, cuatro o cinco años. Hay nenes de tres años que no pueden hablar bien pero todo eso nos dan elementos igual.

En relación a la información que se le brinda al niño respecto del conflicto por el que se lo convoca refieren un caso de una niña que cuando la asistente social lee la carpeta en donde constaba los dichos del padre y de la madre la nena le preguntó “¿qué es esto?” a lo que le contesto:

bueno esto es un expediente donde aparece lo que dice tu mamá, lo que dice tu papá, y la nena me pregunto: “¿Me lo podes leer? A lo que le digo que no, que esto es confidencial, que en todo caso le podes preguntar vos a tus padres. Entonces cuando empecé a charlar con ella me dice: “no escribas por favor”. Cada chico es una manera distinta de llevarlo.

Respecto de la aplicación de la figura del abogado en los procesos de mediación, las mediadoras indicaron:

No es una cuestión que haya surgido” y nos han reportado un solo caso en el que “tuve una mediación en la que me pareció importante llamar a una abogada del niño y no llegamos a mucho más porque ella se comunicó con el papá del niño y él no le permitió el acceso.” “Si se advierte que existe un estado de desprotección absoluto de los adultos seguramente daremos intervención a un abogado del niño.

Un dato interesante a destacar es que el Centro de Mediación de la UBA funciona desde que fue implementada la ley de mediación en el ámbito nacional, contando actualmente con 20 Mediadores.

En cuanto a la participación de los niños en los procesos de mediación distinguen dos etapas: la primera, cuando se implementó la ley de mediación (1996), momento en el cual “nadie pensó que se podía escuchar al niño. Pero comenzamos advertir que si se los podía escuchar (...) cuando se considera que puede ser importante o necesario.” En esos supuestos la psicóloga lo atendía al niño y luego informaba al mediador. Distingue

una segunda etapa, que se produce recién luego de la sanción del CCCN que impone que el mediador sea acompañado por alguien o por el Servicio Social) para poder realizar una mejor escucha.

## **5. Conclusiones**

En primer lugar se destaca fundamentalmente la importancia del equipo interdisciplinario que colabora en los procesos judiciales de familia y de los asistentes que actúan en el desarrollo de la mediación, sean estos psicólogos o asistentes sociales, constituyen personas capacitadas para escuchar al niño y desentrañar cuál es la voluntad real de este, muchas veces influenciado por sus progenitores. A través de la escucha se puede obtener información fundamental para la labor del juez o el mediador en la resolución del conflicto.

Se advierten numerosos supuestos en los que se produce la escucha del niño en el ámbito judicial, sean estos patrimoniales o familiares. En tal sentido cumple un rol fundamental las Defensorías de Menores e Incapaces.

El hecho de requerir el consentimiento de ambos progenitores se considera un aspecto negativo de la práctica de la mediación toda vez que eventualmente se podría dar un supuesto en el que uno de los progenitores no lo brinde, lo que impediría el ejercicio del derecho a participar del NNyA y su negación como parte del proceso.

Resulta fundamental destacar que los jueces, mediadores, integrantes del equipo interdisciplinario y asistentes de la mediación tienen la obligación de informar a los NNyA cuál es el conflicto específico por el que se lo convoca y brindarle la mayor información posible de acuerdo a su edad y grado de madurez, lo que no solo garantiza un mayor espacio de confianza, sino también un reconocimiento de la capacidad del NNyA para la toma de decisiones. Se advierte aquí la necesidad de darle al NNyA un rol protagónico en la toma de decisión. No alcanza con el simple hecho de escucharlo formalmente si no se busca la forma de darle capacidad suficiente para decidir.

Respecto de la aplicación de la figura del abogado en los procesos de mediación se debe destacar que en la práctica no se reportan supuestos en los que la misma haya tenido lugar, lo mismo ocurre con la actuación de la figura del Defensor de Menores. Se debe destacar, tal como se ha intercambiado en el debate producido en el marco del II Congreso Nacional de Derecho, que se observa una imposibilidad material del funcionario u operador jurídico

que tienen la responsabilidad de administrar o acompañar la toma de decisiones en los conflictos que involucran NNyA en materia civil, familiar y patrimonial de tomar contacto directo con todos los NNyA sean estos jueces, defensores de menores u abogados del niño.

Se considera fundamental que el mediador tenga especialmente en consideración el derecho a la participación de NNyA y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta cuando sus intereses se encuentren involucrados. Ello implica el reconocimiento de la posibilidad de participación de NNyA frente a la negativa de sus progenitores y acceso a la información respecto de los conflictos en los que se encuentran inmersos de acuerdo a su edad y grado de madurez. Es necesario comprender que si se encuentran en juego los intereses de los NNyA, estos no son “terceros” (conf. art. 22 de la Ley de Mediación) sino que deben ser considerados como parte, es decir, sujetos procesales con capacidad suficiente para hacer valer sus propias opiniones y decisiones. No se puede sostener de acuerdo al marco normativo reseñado, que, en virtud del principio de confidencialidad que rige en los procesos de mediación, se le niegue a los NNyA información respecto del conflicto por el que se lo convoca, pues este es parte interesada en el mismo. Asimismo se destaca que sea, ya sea que se trate de procesos judiciales o de mediación, resulta fundamental la información de los resultados a los NNyA luego de que se produzca la toma de decisiones, hecho que no es tenido en cuenta en la practica.

Los tribunales no fueron preparados para llevar al niño. El fenómeno de la desjudicialización de la infancia nos lleva a replantearnos si la mediación debe ser vista como una alternativa o bien si debemos repensarla, de modo tal que sea considerada como una forma principal para la resolución de conflictos. Seguramente queda por recorrer un largo camino en el reconocimiento del niño como un verdadero sujeto procesal pero sin lugar a dudas la mediación otorga un espacio más informal, flexible y menos traumático que los tribunales para lograr la escucha de los NNyA.

### **Referencias bibliográficas**

- Álvarez, Gladys. “La mediación y el acceso a la justicia”. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2003.
- Falcón Enrique M.. “Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos: Negociación, Mediación, Conciliación”. Rubinzal Calzón. Santa Fe. 2012.

- Gómez, Viviana V. M. “Garantías del niño en el proceso de mediación”. AP/DOC/2047/2013.
- Lora, Laura N. y Medina, Laura V. “Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. El derecho del niño a ser oído y el abogado del niño”. XIII Congreso Nacional y II Congreso Latinoamericano de Sociología Jurídica. Río Negro. 2012. [http://www.sasju.org.ar/PONENCIAS\\_ARCHIVOS/CDSCONGRESOS/RIONEGRO2012/SitioInteractivo/Pdf/LoraMedina.pdf](http://www.sasju.org.ar/PONENCIAS_ARCHIVOS/CDSCONGRESOS/RIONEGRO2012/SitioInteractivo/Pdf/LoraMedina.pdf) (Consulta 5/01/2018).
- Moreno bujan, Marcela. “La mediación de la niñez y la adolescencia” en *La infancia herida: perspectiva socio-jurídica*. Lora, Laura Noemí (Comp.), Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2016.
- Moreno Bujan, Marcela María. Tesis “La participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos de mediación y reconciliación. Análisis de dos realidades socio jurídicas. Argentina y Costa Rica”. Defendida el 19/08/2016. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Tesis inédita.
- Resta, Eligio. Prologo. La “Nuestra infancia” Traducción de Laura Lora en *La infancia herida: perspectiva socio-jurídica*. Lora, Laura Noemí (Comp.), Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2016.
- Qvortrup, Jens. “El niño como sujeto y objeto: ideas sobre el programa de infancia en el Centro Europeo de Viena”. *Infancia y sociedad: Revista de estudios*, 1992, May-Jun, N° 15. Milán. 1991.

## **Normativa**

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina mediante Ley N° 23.849 sancionada el 27/09/1990 promulgada el 16/10/1990.
- Comité de los Derechos del Niño. *Observación General (OG) CRCC/C/GC/12: Sobre el Derecho del Niño a ser escuchado*, 2009
- Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 sancionada el 28/09/2005 y promulgada el 21/10/2005.
- Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley N° 26.994 del 2/07/2014, entrada en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015 conforme ley N° 27.077.

Ley Nacional de Mediación N° 26.589 sancionada el 15/04/2010 y promulgada el 3/05/2010.

Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.  
Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

## LOS SONIDOS DEL EMPODERAMIENTO, TAMBORAS EN LA PAMPA

Joana Manavella  
UNLPam, FCH, Instituto  
Interdisciplinario de Estudios de la  
Mujer, Santa Rosa, Argentina

### Introducción

En el año 2011 surge en La Pampa un movimiento social conocido como *Tamboras* (en Santa Rosa) y *Tamboras del viento* (en General Pico). Dicho colectivo se formó luego del dictado de un taller sobre arte y empoderamiento a cargo de Silvia Palumbo Jaime. El mismo tuvo lugar en la Biblioteca Popular Teresa Pérez del Barrio Escondido de la ciudad de Santa Rosa. Desde ese suceso, en las ciudades de Santa Rosa y General Pico, un grupo de mujeres se comenzaron a organizar y confluyeron en un movimiento social que utiliza el arte- la percusión y el canto, entre otras- en las intervenciones callejeras reivindicando determinadas consignas políticas.

Para nuestro análisis es relevante considerar la categoría de Movimientos Sociales, empoderamiento, arte popular y violencia hacia las mujeres. El colectivo propone transitar el proceso de liberación a través de una forma específica de tomar las calles, reivindicar consignas políticas y pedir justicia para las víctimas de violencia de género. Ésta última se visualiza como un fenómeno que afecta sustancialmente a las mujeres, lesbianas y personas transexuales. Consideramos necesario realizar un análisis que permita remitir a la formación de los movimientos sociales desde la lucha de clases. Las denuncias sobre violencia hacia las mujeres son un buen indicio para sostener que la misma está presente en todas las clases sociales o estratos de la sociedad. Sin embargo, en los sectores sociales con ingresos económicos más bajos los hechos de violencia de género tienen un mayor índice.

### Movimientos sociales y neoliberalismo

Desde esta ponencia proponemos abordar el estudio del movimiento social *Tamboras-Tamboras del Viento* dentro de un contexto de políticas relacionadas con el neoliberalismo desencadenado en toda América Latina desde la década de 1990. Dicha propuesta tiene su anclaje en el análisis que realizan algunos/as investigadores/as en el que relacionan la categoría sociológica de movimientos sociales a un momento histórico

determinado. El contexto histórico al que nos referimos es el que vivió América Latina con el desarrollo de políticas neoliberales que fueron aplicando progresivamente los Estados latinoamericanos democráticos. Se ha visto como resultado una ineficacia del Estado para poder proveer a los ciudadanos de sus derechos básicos, como lo son la salud, la educación, el empleo y la seguridad social. Se promovió el aumento de la pobreza, la indigencia y la exclusión social en diferentes ámbitos populares. Este modelo de exclusión económica y social produce diversas reacciones y movilizaciones populares. Precisamente, en La Pampa surgieron movimientos de mujeres durante la década de 1990 que comenzaron a cuestionar a los poderes públicos, a las políticas neoliberales y al impacto popular que generaban. Desde allí, en nuestra provincia se inició el tratamiento de problemáticas de género en donde las organizaciones de mujeres intervinieron para hacer valer y pedir derechos constitucionales. Un ejemplo es la instalación del debate sobre la violencia contra los derechos reproductivos de las mujeres. En nuestra provincia en el año 1991 se aprobó una ley sobre salud sexual y reproductiva pero su difusión fue casi nula y su puesta en práctica fue incompleta (María Herminia Di Liscia, 2014: 15-16). Los movimientos sociales se comienzan a organizar desde 1990 para luchar en contra del neoliberalismo y aquí las mujeres adquirieron un importante activismo. Tal como lo establecieron Di Marco y otros (2003) los movimientos sociales se manifiestan de diversas maneras y provocan representaciones en la población en un espacio de continua movilidad como lo es la cultura. Esta última funciona como lugar de lucha y trama de significados. Los movimientos crean identidades que se exhiben en el espacio público y contienen un potencial transformador y contrahegemónico. En América Latina deben considerarse los contextos de gobiernos autoritarios, la desaparición del Estado Benefactor y el crecimiento de la pobreza para abordar el análisis de las modalidades en la que se ha manifestado la participación femenina (Di Liscia, 2014:50). En la última década, las mujeres se involucraron en actividades comunitarias y fueron acumulando experiencias que les permitieron reconstruir tramas de significados.

Utilizaremos los postulados de Massimo Modonessi (2007) para ahondar sobre la relación existente entre neoliberalismo y movimientos sociales. El autor postula que a finales de 1980 terminó un largo ciclo de luchas políticas y sociales anticapitalista, popular, socialista y antiimperialista que disputaban el poder en diversas dimensiones. Sin embargo, en América Latina triunfó el modelo capitalista utilizando la herramienta

militarista, el electoralismo y el neoliberalismo. Luego de la desmovilización popular sufrida durante 1970 y 1980, las políticas neoliberales instauradas en Latinoamérica produjeron que los movimientos sociales volvieran a adquirir contenido político. En consonancia con lo dicho anteriormente, Di Liscia señala que “en las últimas décadas las mujeres de América Latina desplegaron nuevas formas de acción y de ruptura con la tradicional demarcación público-privado” (2014:50). También agrega, que la lucha de las mujeres ha sido interpretadas como “una reacción a la crisis social y económica que las ha impulsado a participar en procesos autogestionarios y reivindicativos relacionados con el consumo y la reproducción familiar y los reclamos de justicia” (Di Liscia, 2014: 50). El artículo de Matías Cristobo (2009) nos posibilitará exponer lo que entendemos por neoliberalismo. Al considerar diversas explicaciones, el autor define al proceso de fines del siglo XX- con su punto de surgimiento en los golpes de Estado de Chile (1973) y Argentina (1976)- de la siguiente manera:

Ante la crisis de legitimidad sufrida por el Estado de Bienestar, la lógica mercantil comienza a regir el conjunto de las relaciones sociales en un contexto signado por el desplazamiento de los capitales desde el sector productivo hacia el sector financiero. En cuanto a su alcance éste ha sido reducido, ya que sólo fue implantado en los países anglosajones y América Latina, lo cual no impide que ideológicamente fuese hegemónico a nivel mundial constituyéndose en el sentido común de la época. Finalmente, en cuanto, a sus efectos, el neoliberalismo no sólo no redujo las desigualdades sociales, sino que aumentó las ya existentes al punto de conformar una sociedad “dual” de integrados y excluidos. (Cristobo, 2009; 5)

El neoliberalismo acentuó las desigualdades sociales, las brechas políticas, económicas y culturales. En este contexto los sectores populares perdieron poder y se produjo una concentración política en el sector más alto de la sociedad. Dicha situación de asimetría dio nacimiento a los movimientos sociales en 1990, caracterizados por una acción defensiva y una lucha anti-neoliberal. Sin embargo, no puede considerarse a los movimientos sociales sólo como una respuesta defensiva sino más bien como nuevas alternativas emancipadoras que defendieron la vida y la diversidad en América Latina (Maristella Svampa, 2006).

### **Empoderamiento en los grupos subalternos**

La idea de empoderamiento presente en *Tamboras-Tamboras del viento* aparece ya en los estudios de muchos pensadores del siglo XX, sin que hayan utilizado el término. Autores como Paulo Freire (1970), Antonio Gramsci (1971) y Foucault (1980) reflexionan sobre las relaciones de poder, las formas de conciencia como situaciones históricas y culturalmente condicionadas por la lucha de clases. En cuanto a la relación empoderamiento-género, Magdalena de León (2001) sostiene que el concepto de empoderamiento ha generado preocupaciones referidas a la toma del poder y a la relación de las mujeres con este. En la Tercer Conferencia de Mujeres realizada en Nairobi en 1985 se planteó la discusión sobre qué implicaba el empoderamiento entre las feministas. Se colocó el énfasis en la necesidad de organización y el impulso de procesos democráticos participativos que pudieran contribuir a la liberación de la mujer. Sin embargo, el debate no prosperó hasta el IV Encuentro Feminista Latinoamericano celebrado en Taxco (México). En donde se estableció que la emancipación sería producto de la utilización del poder como generativo-productivo de libertad para toda la sociedad, lo que llevaría a transformar la conciencia propia y reinterpretar la realidad en que vivimos.

### **Empoderamiento expresivo a través del arte en La Pampa**

Al abordar el estudio de *Tamboras- Tamboras Del Viento* es importante referirnos a los feminicidios que ocurrieron en La Pampa. Éstos son considerados como paradigmáticos por el movimiento feminista pampeano, ya que a partir de los mismos cambió el tratamiento legal de la violencia de género en todo el país. Si bien no es nuestra intención prestar atención sólo a estos casos, nos parecen relevantes porque los mismos desataron una participación muy fuerte del movimiento de mujeres. *Tamboras- Tamboras del Viento* no se encontraron exentas, sino que estos casos representaron un fuerte impulso en la participación entre las activistas. A los feminicidios<sup>1</sup> que nos referimos son a los de

---

<sup>1</sup> Marcela Lagardé y de los Ríos (2008) sostiene que femicidio en castellano es el homólogo de homicidio aplicado a mujeres. En cambio el feminicidio es el conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres por los que están determinados sus crímenes y desapariciones. Así, “el feminicidio es el genocidio contra las mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres. En el feminicidio concurren en tiempo y espacio daños contra niñas y mujeres realizados por conocidos o desconocidos, por violentos, - en ocasiones violadores-, y asesinos individuales y grupales, ocasionales o profesionales, que conducen a la muerte cruel de alguna de las víctimas [...] para que se dé el feminicidio concurren, de manera criminal, el silencio, la omisión, la negligencia, la colusión parcial o total de

Andrea López, Carla Figueroa y Sofía Viale<sup>2</sup>. En cada uno estuvieron presentes diferentes formas de violencia hacia la mujer (prostitución, violencia física, psicológica y mediática) hasta llegar a dar muerte a la mujer por su condición de género. En cada situación podemos observar que las mujeres se encuentran doblemente condicionadas, una por su situación de mujer y otra por pertenecer a los sectores con menos recursos materiales.

La propuesta de trabajo de Silvia Palumbo Jaime, el empoderamiento expresivo es un método de lucha feminista que la activista lo entiende como “la recuperación de las capacidades de existencia y presencia que son coartadas o vedadas por opresión de género” (2016: pp. 20). Expone que “lo que denomino empoderamiento expresivo busca, a través de metodología, técnicas, ejercicios y reflexión, la reconstrucción de cuerpo, mente y voz, de modo que cada mujer pueda desarrollar sus posibilidades de energía extraordinaria en distintas formas artísticas. Dentro de estas formas incluyo la voz, los instrumentos de percusión, la escritura de textos y los movimientos escénicos, ya que todos ellos son, en definitiva, el reflejo de su existencia y una proyección que se suma a la de otras compañeras.” (Palumbo Jaime, 2016: pp.20). Dicha propuesta de trabajo apela a que las mujeres comencemos a concientizarnos sobre la violencia que nos atraviesa por nuestra condición de género y que a través de la emancipación expresiva ocupemos las calles.

## Palabras finales

---

autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos crímenes.” (2008: pp.216). Concluye en que “[...] el feminicidio es un crimen de Estado” (Lagardé y de los Ríos, 2008: pp. 219-220).

<sup>2</sup> Andrea López desapareció en febrero de 2004 con 24 años de edad, estaba en pareja con el boxeador profesional Víctor Purreta quien la maltrataba físicamente y la obligaba a ejercer la prostitución. Nunca se encontró su cuerpo. Pero debido a la presión hacia la justicia ejercida por los movimientos de mujeres se logró que se lo condenara por proxenetismo y asesinato, basándose en las declaraciones del hijo que tenían en común- quien presencié el asesinato de su madre-. Carla Figueroa de 19 años de edad era oriunda de la ciudad de General Pico y fue asesinada por su violador en el año 2011. Este caso permitió retirar de la constitución argentina una antigua figura judicial denominada avenimiento e incluir la de femicidio. El avenimiento era utilizado por los abogados de aquellas personas condenadas por violación, permitía a la víctima casarse con su agresor como manera de resarcir la violación y de reconstruir el honor de la mujer. Sofía Viale era una niña de 12 años que vendía panes en las calles de su barrio en General Pico para ayudar económicamente a su familia, en agosto de 2012 la niña desapareció. Ante la inactividad del poder judicial para agilizar la búsqueda de Sofía, su familia, acompañada de los movimientos sociales, realizó importantes movilizaciones y presiones para visibilizar el hecho que llegó a medios masivos de comunicación. El cuerpo de la niña fue hallado sin vida en la casa de Juan José Jansen, un vecino con antecedentes policiales por abuso sexual hacia niñas. Este hallazgo desató la ira de los y las activistas pampeanas, razón por la cual se logró un juicio político al Procurador General de la provincia. El mismo terminó absuelto por el apoyo del poder político pampeano. Sin embargo, significó un gran paso para visibilizar la complicidad de la cúpula de poder y de las fuerzas represivas de la provincia.

En resumen, el surgimiento de los movimientos sociales en América Latina en la década de los '90 fue una respuesta- y a su vez, una nueva alternativa emancipadora- en pos de defender la vida y la diversidad, que estaban siendo atacadas por el neoliberalismo (Svampa, 2006). Este es el contexto espacial y temporal para historizar el colectivo Tamboras. Si bien en la provincia de La Pampa la organización política de las mujeres estuvo presente desde el período del peronismo; los movimientos sociales -propriadamente dichos- se comenzaron a organizar a partir de 1990 y enfrentaron a los poderes públicos y a las políticas neoliberales (Di Liscia, 2014). Algunos movimientos que se formaron en la última década del siglo XX han llegado hasta la actualidad, como es el caso del colectivo Mujeres por la solidaridad y el Movimiento por los Derechos Humanos.

La presente línea de investigación es absolutamente novedosa, en tanto que, no existen estudios científicos sobre el movimiento de Tamboras en La Pampa. La propuesta apunta a reconstruir el origen, caracterizar y analizar el repertorio de intervenciones públicas de dicho movimiento de mujeres. Los lemas que instalan en la calle y en la agenda política de los Estados se relacionan con el pedido de justicia y concientización social por la violencia que reciben las mujeres en las diferentes esferas e instituciones cotidianas de la comunidad. El pedido de justicia para los feminicidios paradigmáticos de la provincia de La Pampa, sufridos por mujeres pobres en manos de varones, estuvo encabezado y fue el impulso de la importante participación de movimientos sociales que reivindican el feminismo.

### **Referencias bibliográficas**

Bergel, P. y Svampa, M. (2003). *Nuevos movimientos sociales y ONGs en la Argentina de la crisis*. Buenos Aires, Argentina: Editorial CEDES.

Cristobo, Matías (2009). “El neoliberalismo en Argentina y la profundización de la exclusión y la pobreza”. *Revista Margen* N°55, pp.3-15.

Di Liscia, M. H. (2012). *Mujeres en La Pampa contemporánea. Ciudadanía, identidad y estrategias de vida*. Santa Rosa, Argentina: Editorial UNLPam.

Di Liscia, M. H. (2014). *Mujeres que dicen y hacen. Ciudadanía y memorias en La Pampa*. Santa Rosa, Argentina: Editorial UNLPam.

- Di Marco G., Palomino H., Altamirano R., Méndez S., Libchaber M. (2003). *Movimientos sociales en la Argentina. Asambleas: la politización de la sociedad civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad Nacional de San Martín.
- Di Marco, G. (2010). “Los movimientos de Mujeres en la Argentina y la emergencia del pueblo feminista”. Revista *La Aljaba*, Volumen XIV, pp. 51-67
- Di Marco G., Palomino H. (2004). *Reflexiones sobre los movimientos sociales en la Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad Nacional de San Martín.
- Duek, M. C., Inda G. (2009). “¿Desembarazarse de Marx?” Revista *Conflicto social*, Año 2, N° 1, pp. 26-55.
- Fontenla, M. (2008). “¿Qué es el patriarcado?” *Mujeres en Red el periódico feminista*. Recuperado de <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1396>
- Gusfield, J., Laraña E. y Johnson H., (1994). “Identidades, ideologías y vida cotidiana de los nuevos movimientos sociales”. En Gusfield, J. y Laraña, E. (Ed.), *Los nuevos movimientos sociales de la ideología a la identidad* (pp. 3-41). Madrid, España: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- James, D. (2003). “Entre la memoria y la historia: los desafíos de la historia oral”. *Revista de Historia Oral. Voces Recobrada*, año 6, N° 16, pp. 13-21.
- Lagarde y De Los Ríos M. (2008). “Antropología, feminismo y política: violencia femicida y derechos humanos de las mujeres”. En Bullen, M. y Mintegui, C. (Ed.), *Retos teóricos y nuevas prácticas* (pp.209-239). Madrid, España: Editorial Ankulegi.
- León, M. (2001). “El empoderamiento de las mujeres: encuentro del primer y tercer mundos en los estudios de género”. Revista *La ventana*, N° 13, pp 94-106.
- Masci, N. (2014). “Mujeres desobedientes de todos los tiempos”. General Pico, Argentina: Editorial Independiente Kexploten Lunas.

- Millán, M. I. (2009). “Los análisis contemporáneos sobre movimientos sociales y la teoría de la lucha de clases”. Revista *Conflicto Social*, Año 2, N° 1, pp. 56-85.
- Modonesi, Massimo (2007) “Crisis hegemónica y movimientos antagonistas en América Latina. Una lectura gramsciana del cambio de época”, UNAM.
- Moroni Spencer H., Montes M. N. (2016). *Mujeres, Historias y sociedades: Latinoamérica, siglos XVI al XXI*. Toluca de Lerdo, México: Fondo Editorial Estado de México.
- Murguialday Martínez, C. (2006). “Empoderamiento de las mujeres: conceptualización y estrategias”. Doi: <http://normasapa.net/2017-edicion-6/>

# **LA JUSTICIA EN LA PAMPA. UN REPASO POR LOS PROCESOS DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y VIOLENCIA SEXUAL**

Mónica Adriana Morales  
UNLPam, FCH, Instituto  
Interdisciplinario de Estudios de la  
Mujer, FCH, Santa Rosa, Argentina

## **1. Introducción**

Los delitos de naturaleza sexual han sido soslayados o tardíamente transparentados por la justicia argentina en el procesamiento judicial de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura. Son diversos los motivos que los diferentes organismos y agentes judiciales, aducen a la hora de explicar el atraso y la remisión de la justicia en este aspecto. Asimismo, la concreción de tales delitos y el silencio sostenido por las víctimas, victimarios y por la sociedad no solo responde al ocultamiento impuesto por el sistema dictatorial cívico militar, sino especialmente a la existencia de una trama sociocultural fuertemente patriarcal que atraviesa a la sociedad argentina y oblitera tales delitos.

En este artículo me detendré en bosquejar un rápido compendio de la situación en la justicia pampeana y las acciones en el marco de los juicios por delitos de lesa humanidad de la Subzona 14, no solo revisitando los testimonios que las víctimas han brindado sino también en las acciones de la justicia pampeana en este sentido. En el Primer juicio realizado en el año 2010, que involucró a quienes cometieron delitos de lesa humanidad durante la dictadura en la provincia, si bien se receptaron testimonios directos de víctimas de violencia sexual esto no fue considerado a la hora del alegato final del fiscal y de la condena del Tribunal. Actualmente se está desarrollando el II Juicio por delitos de lesa humanidad cometidos en la Subzona 1.4.

Dar curso a los diversos testimonios, hacer justicia y habilitar la reconstrucción de la subjetividad de las víctimas es una demanda legítima en tanto que el estado argentino ha incorporado tratados internacionales con rango constitucional acordando, como país firmante, tomar las medidas adecuadas para asegurar la efectiva protección de los derechos de las mujeres. Aún más, se aguarda con expectativas que la justicia pampeana, en un futuro III juicio, tome cartas sobre los diversos testimonios de violencia de carácter

sexual para que estos crímenes sean transparentados como delitos autónomos, tal como lo indican los acuerdos convencionales y no ya, como una forma más de tortura.

He analizado por qué los delitos de naturaleza sexual han sido soslayados por la justicia argentina (Mónica Morales 2014)<sup>1</sup> en el procesamiento judicial de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura. He identificado los motivos que organismos específicos<sup>2</sup>, aducen a la hora de explicar el atraso y la remisión de la justicia en este aspecto. La falta de justicia durante democracia, la concreción de tales delitos y el silencio sostenido por las víctimas, victimarios y por la sociedad no responde solamente, a la existencia de un sistema dictatorial cívico militar, sino a la existencia de una trama, a un sistema sociocultural fuertemente patriarcal que trasvasa a la sociedad argentina y que se trasluce en la cadena de feminicidios de la actualidad. Esto no es nuevo, la singularidad radica en la forma de transparentarlos, de comprenderlos y su instalación en la agenda de los medios de comunicación y de los partidos políticos a raíz del sostenido reclamo de organizaciones feministas, humanitarias y jurídico políticas.

En esta ocasión, parto del enfoque de la responsabilidad social del Estado en la administración de la justicia. Es decir, es el Estado el que debe cumplir un rol central gestando, promoviendo, facilitando a través de políticas públicas los mecanismos que hagan posible que todas y todos tengan un verdadero acceso a la justicia. Este principio debería ser una aspiración y una realidad tangible de todo sistema democrático encaramado en el respeto a los derechos humanos de las personas. Pero ¿de qué hablamos cuando hablamos de acceso a la justicia? Daniela Heim (2016:38) indica que:

Los diversos factores involucrados en el acceso a la justicia, pueden ser susceptibles de combinarse de múltiples maneras. Comprenden dos propósitos básicos de los sistemas democráticos modernos: primero, que las personas puedan hacer valer efectivamente sus derechos y/o resolver sus conflictos jurídicos, para lo cual se requieren sistemas de justicia

---

<sup>1</sup> Mónica Adriana Morales, Tesis de Maestría en Estudios Sociales y Culturales, Cap 9. La invisibilidad jurídica de los delitos de carácter sexual en la Subzona 14. Dicho artículo se encuentra publicado con el mismo título en el Anuario de la Facultad de Ciencias Humanas. *Vol 11 (2014)* <http://ojs.fchst.unlpam.edu.ar/ojs/index.php/anuario/article/viewFile/824/982>

<sup>2</sup> Para mayores detalles consultar el documento “Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de estado” emitido en el 2011 por la Unidad Fiscal de Coordinación y seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado. Dicho documento realiza recomendaciones a agentes judiciales, a fin de dar cauce jurídico a los diversos testimonios y denuncias acerca de la violencia sexual como uno de las estrategias sistemáticas practicadas en los centros clandestinos de represión. Vale aclarar que dicho organismo se convirtió en el año 2013 en la Procuraduría la de crímenes contra la humanidad.

accesibles para todos y todas; y, segundo, que se obtengan resultados justos, tanto individual como socialmente considerados (Cappelletti y Bryant, 1996:9-10)

## **2. Los juicios por Delitos de lesa humanidad en la Argentina**

A continuación me detendré a bosquejar un rápido compendio de la situación en la justicia argentina y las acciones en el marco de los juicios por delitos de lesa humanidad, focalizando en los procesos y condenas por crímenes de carácter sexual.

Vale recordar que fue en 1983 cuando se conformó la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de personas* (CONADEP), organismo creado a instancias del Poder Ejecutivo Nacional que tuvo la tarea de investigar la suerte corrida por las/os desaparecidas/os en Argentina y que, como corolario de su trascendental labor, publicó el emblemático Informe *Nunca Más*. En este sentido, la información relevada por la Comisión, que se articuló con la tarea de recopilación previa de las organizaciones de DDHH, constituyó el basamento del Juicio a las Juntas.

El juicio a las Juntas supuso una decisión excepcional en la historia del tratamiento de la violencia de estado en el continente y, por lo tanto, se constituyó en un hito político y simbólico para quienes participaban de las luchas democráticas contra las dictaduras de la región pero, además, resultó un hecho sin precedentes para éstas últimas, atentas al tratamiento que una democracia restablecida daba a esas violaciones. (Crenzel 2014: 137)

Luego del Juicio a las Juntas Militares, la Justicia Argentina entró en un estado de latencia a raíz de las denominadas Leyes de Impunidad<sup>3</sup> aprobadas durante la presidencia de Raúl Alfonsín y los indultos presidenciales durante la presidencia de Carlos Menem. A partir de 2003 se reactivaron las causas por delitos de lesa Humanidad cometidos por el terrorismo de Estado.

Horacio Verbitsky<sup>4</sup>, repasa el estado de situación de la justicia respecto a los delitos de lesa humanidad intentando dimensionar los avances en los tribunales argentinos en

---

<sup>3</sup> El “*Juicio a las Juntas Militares*” culminó con la condena a los comandantes de las tres armas que habían integrado el gobierno dictatorial entre 1976 y 1982 mediante una sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985. Posteriormente y bajo la presión de sectores importantes de las fuerzas militares, que se negaban a ser juzgados por su participación en el terrorismo de estado, se aprobaron las Leyes de Punto Final (1986) y Obediencia Debida (1987), las que junto con los indultos presidenciales (1989-1990) configuraron las “Leyes de Impunidad”.

<sup>4</sup> Presidente del CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales. Véase Página 12, domingo 28 de diciembre de 2014, “Sólo Aquí” por Horacio Verbitsky.

comparación con otros países<sup>5</sup>. La analogía la establece con Brasil, país vecino en el que al igual que Argentina sufrió una dictadura entre 1964 y 1985 y en el que se impuso una ley de amnistía que impide el desarrollo del proceso de justicia a los represores dictatoriales. De tal modo, se creó en el año 2001, al igual que en varios países latinoamericanos en los que se impusieron sistemas dictatoriales, la Comisión Nacional por la Verdad dependiente de la Presidencia de la Nación la que, en diciembre del año 2014, presentó a la presidenta de Brasil Dilma Rousseff el informe final y solicitó al gobierno la anulación de la ley de amnistía que en 1979 dictó el régimen militar. Dicha ley impide la acción de la justicia y sanciona la impunidad de los responsables de delitos de lesa humanidad.

Comparativamente en el caso de Argentina,

El proceso de memoria, verdad y justicia por los crímenes de lesa humanidad fue una de las bases sobre las que se consolidó el Estado democrático y los juicios uno de sus componentes fundamentales, junto con la reconstrucción de la verdad, la promoción de la memoria, la búsqueda de los niños apropiados y las políticas de reparación a las víctimas. La sociedad argentina eligió y construyó con esfuerzo el camino de la justicia que hoy es valorado en todo el mundo. La amenaza de que queden impunes violaciones masivas de los derechos humanos como las que cometió la dictadura brasileña, las que ocurren en México o las que llevó adelante el gobierno de Estados Unidos vuelve a mostrar que la justicia alcanzada en la Argentina es producto de ese esfuerzo, de la militancia social y de las decisiones políticas y judiciales que se comprometieron con esa lucha. (Verbitsky, 28/12/2014, Página 12).

El proceso argentino de justicia y verdad llevaba, según estadísticas del CELS (2016), 622 condenados por delitos de lesa humanidad a diciembre de 2015; con un gran número de investigaciones judiciales en marcha; con un importante incremento no solo del número de sentencias sino también de su distribución espacial. En el año 2014 concluyeron 19 juicios por crímenes cometidos durante la última dictadura y se conocieron las sentencias de los procesos judiciales en las provincias de Chubut,

---

<sup>5</sup> Véase Comisiones de Verdad y Justicia en América Latina, “Guatemala: violencia de género, genocidio y racismo” por Ana González (2012); “La violencia contra las mujeres y la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, por Julissa Mantilla Falcón (2012); “El proceso de justicia transicional y el derecho a la reparación por violencia sexual como tortura en Chile” por Lorena Fries (2012), Victoria Hurtado y Ximena Zavala (2012), “Violencia de género en la dictadura. Las mujeres en el Informe de la Comisión de Verdad y Justicia del Paraguay” por Line Bareiro y Marcella Zub Centeno (2012).

Neuquén, Jujuy, Tucumán, Santa Fe, Salta, Rosario, San Martín, La Plata, Mar del Plata, Capital Federal y Olavarría en Buenos Aires<sup>6</sup>.

En los últimos años, se han producido avances significativos en dos líneas jurídicas que estaban bastantes relegadas en el marco del proceso de justicia por delitos de lesa humanidad en Argentina. Por un lado, el transparentamiento jurídico de las responsabilidades civiles y religiosas en el terrorismo de estado y, por otro, el procesamiento y castigo de quienes, directa o indirectamente, cometieron delitos de carácter sexual como parte de la metodología de persecución y sistemática eliminación de aquellos/as considerados enemigos/as del estado autoritario argentino.

Repasemos ahora algunos fallos judiciales recientes, que ilustran un cambio de paradigma en la justicia argentina respecto a los delitos de carácter sexual en el contexto del terrorismo de estado.

Comenzaré haciendo mención a una resolución del año 2012: el caso de la condena de Musa Azar y otros tres imputados en Santiago del Estero (CELS 2013:90). Estos fueron condenados por ser autores mediatos de los delitos de abuso y violación sexual. Esto implicó un avance importantísimo ya que, la única condena que existía hasta el momento era la de Gregorio Molina en Mar del Plata (2010), pero como autor directo de los crímenes de naturaleza sexual. Es preciso recordar que uno de los pretextos de naturaleza jurídica esbozado por los agentes de justicia para no llevar adelante este tipo de procesamientos<sup>7</sup>, radica en que los delitos de naturaleza sexual han sido tradicionalmente concebidos como “de mano propia”, con lo cual en un contexto de encierro y de condiciones ilegales de cautiverio ha sido sumamente dificultoso, para las víctimas, identificar a los perpetradores. Sin embargo, existe desde el año 2011 un documento de la Procuraduría de la Nación en la que, se intima a los agentes de justicia a llevar adelante el juzgamiento de este tipo de delitos, considerando que aun cuando sea difícil identificar al, o a los perpetradores directos, siempre es posible identificar responsables indirectos,

---

<sup>6</sup> Ver Página 12, viernes 2 de enero de 2015, “Un año con 19 juicios contra represores”. Consúltense también “Los Juicios son Ahora”, publicación de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, la Agencia Telam y Aerolíneas Argentinas.

<sup>7</sup> Este tipo de argumentación lo he escuchado personalmente, de integrantes de organizaciones sumamente comprometidas con la querrela que representa la UNLPam previo al inicio del Segundo Juicio de la Subzona 14, que se está llevando a cabo. Esto me ha llamado poderosamente la atención, atento a que reconozco en algunas de esas personas un compromiso con los derechos de las mujeres y reconocidos militantes por los derechos humanos y las demandas feministas. Lo cual lleva a considerar que esta es una idea fuertemente arraigada en el mundo de la justicia, y sobre el cual es nuestra responsabilidad insistir.

es decir Jefes de Unidades o Centros Clandestinos de Detención, Unidades del Ejército y por supuesto, los máximos responsables del sistema dictatorial que crearon las condiciones para que este tipo de delitos y otros se concretaran.

El CELS consideró que otras formas de autoría son admisibles y, junto con referentes de la dogmática penal como el ex fiscal y actual juez de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza Omar Palermo, elaboró alternativas para que se pudieran investigar esos delitos y atribuir responsabilidades a los jefes de los centros clandestinos o zonas operativas. Esta sentencia resuelve la discusión y constituye un precedente capital a ser imitado por el resto de las jurisdicciones (CELS 2013:90).

El CELS (2013) destaca el estímulo que le otorgó la nueva Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó<sup>8</sup> ordenando a los fiscales de todo el país que visibilicen este tipo de delitos impulsando por un lado, la aplicación de las directivas surgidas del Informe del año 2011<sup>9</sup> y por otro, las investigaciones sobre tales delitos.

En el proceso iniciado en Tucumán en la Causa por el Operativo Independencia<sup>10</sup> se produjo en diciembre de 2014 la detención de nuevos imputados en la Megacausa de represores que actuaron en el Centro de Torturas denominado la Escuelita de Famaillá y de otros represores que participaron en el mencionado operativo. Es significativo que el juez de la causa decidiera procesar a Roberto Gordillo, quien actuó como Jefe de Interrogadores del Operativo Independencia, por los delitos de homicidio, torturas y violaciones. En su fallo, el juez señaló que los delitos “...se cometieron en el contexto de un ataque sistemático desde el Estado contra un grupo nacional argentino identificado como ‘enemigo’ del pensamiento ‘occidental y cristiano’, en el marco del delito internacional de genocidio”<sup>11</sup>. Esto es un gran avance amén de otros fallos y causas que han diferenciado el delito de torturas o tormentos de los delitos de carácter sexual.

---

<sup>8</sup> Independientemente de los avances en la materia, Alejandra Gils Carbó presentó su renuncia en octubre, la cual se efectivizará el 31 de diciembre del presente año. La Procuradora fue acusada de administración fraudulenta y forzada a su dimisión por el actual gobierno de Cambiemos.

<sup>9</sup> Véase Jorge Auat y Pablo Parenti (2011), “Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de estado”, de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos durante la dictadura.

<sup>10</sup> El Operativo independencia fue el inicio de la aplicación sistemática de la “Lucha contra la subversión” originada en el Decreto firmado en 1975 por el gobierno constitucional de María Estela Martínez que habilitó la cacería de militantes, muchos de los cuales fueron detenidos y encarcelados en el Penal de Villa Urquiza.

<sup>11</sup> Véase Página 12, 2 de enero de 2015, “La escuelita de la represión ilegal”.

Durante el año 2014 se condenó en la megacausa de Villa Urquiza, en Tucumán, a 10 represores por secuestros, torturas, violaciones sexuales y homicidios en el marco de terrorismo de estado. Algunos de los represores fueron condenados por abuso sexual contra una de las detenidas. Pero el TOF fue más allá y, en un apartado específico de su fallo, declaró:

...que las mujeres alojadas en la Unidad Penitenciaria de Villa Urquiza, conforme a los testimonios vertidos en la audiencia de debate, fueron víctimas de actos que según la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer<sup>12</sup>, constituyen formas de violencia contra la mujer<sup>13</sup>.

En tanto en diciembre del 2014 se conoció la sentencia de los represores que actuaron en el Centro Clandestino de Detención El Vesubio<sup>14</sup> por secuestro, torturas, asesinato y delitos sexuales. Las sobrevivientes Laura Katz y Marta Golberg, una desde Canadá y la otra desde Israel, brindaron su testimonio, vía teleconferencia, y confirmaron haber sido abusadas sexualmente en dicho Centro Clandestino.

Sintomático es lo revelado en el proceso jurídico mendocino en el que se socializaron testimonios de detenidos que sufrieron abusos de carácter sexual. Un alegato de ello es el realizado por David Blanco, un militante por entonces de la JUP, quien afirmó ante el tribunal:

A muchos de nosotros, sobre todo a los varones, nos ha costado reconocer las vejaciones a las que fuimos sometidos. Han sido más de treinta años de silencio. Nadie puede tomar dimensión de la vejación a la que fuimos sometidos si no la ha vivido. A mí me ha costado hablar de esto, creo que mis hijas que están allí sentadas se están enterando en este momento<sup>15</sup>.

Así se expresaba David Blanco, una víctima de los ataques sexuales sufridos en el Centro clandestino de detención del Departamento de Policía D2 de Mendoza. Blanco, actor mendocino, ya fallecido, brindó su testimonio incentivando valientemente con esto para

---

<sup>12</sup> Convención de Belem Do Para, o Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer sancionada por la OEA en el año 1994, entró en vigor en el año 1995 y Argentina la ratificó en el año 1996. Confróntese Organización de los Estados Americanos, en [www.oas.org/juridico/tratados](http://www.oas.org/juridico/tratados)

<sup>13</sup> Confróntese Pagina 12, miércoles 24 de diciembre de 2014, “Los penitenciarios de la dictadura”.

<sup>14</sup> Centro clandestino de represión ubicado en La Tablada, Partido de La Matanza, provincia de Buenos Aires. Confróntese Página 12, viernes 19 de diciembre 2014, “*Prisión perpetua a los represores de El Vesubio*”.

<sup>15</sup> Confróntese Pagina 12, 17 de octubre de 2014, “Abusos que salieron a la luz”.

que otras víctimas varones se animaran a dar conocimiento de las agresiones sufridas durante su cautiverio durante el terrorismo de estado.

En el mismo juicio otra víctima varón, testimonió en forma inicial en forma genérica asegurando que en el D2 de Mendoza “hubo ataques sexuales a los compañeros”, para luego hablar de sí mismo y manifestar haber sido una de las víctimas y expresar su deseo de denunciarlo. En dicho proceso, el abogado Pablo Salinas, querellante del Movimiento Ecuaménico por los Derechos Humanos (MEDH), solicitó al tribunal iniciar un nuevo proceso penal por este tipo de delitos argumentando que: “son reiterados los testimonios de ex detenidos varones del D2 que sufrieron ataques sexuales de similares características, incluso con el mismo instrumento, como método sistemático para denigrarlos, además de hacerlos hablar”<sup>16</sup>. Según el representante legal del MEDH tales delitos se cometieron con el aval de autoridades superiores, por lo que es necesario exponer a los autores mediatos, no obstante se pueda conocer o no los autores inmediatos de tales delitos.

Por otra parte, en el mismo juicio otra víctima varón y antiguo militante del PRT, brindó su testimonio durante noviembre de 2014 asegurando que:

Fueron prácticas para denigrarnos como hombres, que padecieron mucho más de lo que creemos. Algunos le pudieron poner palabras enseguida, y otros treinta años después ante la valentía de muchas mujeres que empezaron a contar los abusos que ellas habían vivido<sup>17</sup>.

Esto denota la importancia del antecedente de los testimonios emitidos por mujeres, en diferentes procesos, para impulsar ese tipo de revelaciones por parte de varones<sup>18</sup>.

Ana Isabel González (2014) ha trabajado sobre la temática de los abusos de carácter sexual en el marco del gobierno dictatorial en Guatemala entre 1962 y 1966. Allí, igual a lo sucedido en Argentina, con el derrocamiento del presidente Jacobo Arbenz en 1954, se estableció una dictadura “...que hizo del anticomunismo la ideología de estado aplicando la Doctrina de la seguridad nacional” (González 2014:3). La autora indica que ha sido muy dificultoso el registro de violaciones a varones aunque no niega su existencia. Aduce respecto a tales dificultades, la tendencia a ocultar tales hechos por parte de la subjetividad

---

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> A raíz de estas evidencias el fiscal Dante Vega inició una investigación sobre éstas y otras posibles agresiones sexuales a varones con el objeto de establecer las responsabilidades inmediatas y mediatas. En principio la principal responsabilidad le cabe a quien fuera Comandante del III Cuerpo de Ejército Luciano Benjamín Menéndez, ya procesado por delitos de naturaleza sexual a mujeres detenidas en dicho centro, y la de los Jefes del Departamento de Policía de Mendoza al momento de acaecidos los hechos denunciados.

masculina y por otro, una cuestión de sesgo metodológico de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico a las violaciones a los Derechos Humanos y Hechos de violencia creada en 1997 que no indagó, expresamente, sobre tales delitos. González indica que la política represiva guatemalteca estuvo signada por tres ejes ideológicos principales: el anticomunismo, la exaltación del “machismo” y el rechazo a la identidad maya. Lineamientos no ajenos a la conformación ideológica de los líderes civiles y políticos que llevaron a cabo el terrorismo de estado en Argentina.

El Programa Verdad y Justicia<sup>19</sup>, en su informe de gestión anual (correspondiente al año 2015) presentó un análisis cuantitativo y cualitativo acerca de los logros en materia de avances jurídicos en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad cometidos por el terrorismo de Estado. El informe marca particularmente, el ritmo dispar en el desarrollo de los procesos judiciales en las provincias. “Existen importantes demoras en algunas instancias de los procesos como en la confirmación de sentencias”<sup>20</sup>.

### **3. Juicios por delitos de Lesa Humanidad en La Pampa**

Entonces, solo muy recientemente se ha abierto un camino judicial para el reconocimiento y castigo de los delitos de naturaleza sexual cometidos en el marco del terrorismo de Estado. Si bien a partir de 2003 se reanudaron los juicios por delitos de lesa humanidad en la geografía nacional, las únicas condenas por delitos de índole sexual se remontan al proceso realizado en Mar del Plata con la condena de Gregorio Molina en junio de 2010, la de los responsables del Departamento de Informaciones policiales (DIP) de Santiago del Estero en diciembre de 2013 y la sentencia de los represores de El Vesubio por secuestro, torturas, asesinato y delitos sexuales en diciembre de 2014. En el caso de la provincia de La Pampa realizado el Primer Juicio por la Subzona 14 y aun cuando se conocieron testimonios de víctimas de violencia sexual esto no fue considerado a la hora del alegato del fiscal y de la condena del Tribunal.

Siete años después y luego que el Tribunal Oral Federal de Santa Rosa recogiera declaraciones testimoniales e indagatorias por delitos de lesa humanidad cometidos en

---

<sup>19</sup> El Programa Verdad y Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Nación tiene como objetivo central promover la aceleración de los juicios por delitos de Lesa Humanidad en todo el país coordinando con otros actores políticos y jurídicos.

<sup>20</sup> Informe anual del Programa Verdad y Justicia sobre las causas por delitos de lesa humanidad. Véase Página 12, 7 de enero de 2015, “Un avance sostenido pero con demoras”.

nuestra provincia por el grupo de tareas de la Subzona 1.4; se inició el segundo juicio en el mes de agosto de 2017 en el Tribunal Oral Federal de Santa Rosa. En el mismo son juzgados 14 expolicías pampeanos y 4 exmilitares por delitos cometidos contra 240 víctimas. Si bien se aguardaba con muchas expectativas que en el Segundo Juicio, la violencia de carácter sexual que desplegaron los acólitos del poder dictatorial local contra víctimas que estuvieron detenidas en los Centros Clandestinos de Detención se haga visible y que la justicia repare, en parte, el horror vivido, no será así.

Recientemente, el fiscal Federal de Santa Rosa, Leonel Gómez Barbella, presentó el pedido de elevación a juicio a siete represores por delitos de naturaleza sexual, cometidos entre 1975-1982 bajo la actuación de la Subzona 1.4 del ejército.

La fiscalía solicitó el enjuiciamiento de Néstor Greppi -ex coronel del Ejército quien cumplió el rol de Secretario General de la Gobernación entre marzo de 1976 y enero de 1977-; Luis Enrique Baraldini - ex mayor del Ejército quien prestó funciones, entre marzo de 1976 y hasta noviembre de 1979, como jefe de la Policía de La Pampa-; Jorge Omar De Bartolo -ex capitán del Ejército y responsable de la Sección Logística (S4) del Destacamento de Exploración de Caballería Blindada 101, de Toay, durante 1976-; y Roberto Oscar Fiorucci -comisario de la Policía de La Pampa y jefe de Informaciones del “Grupo de Trabajo” de la Subzona 14-.

También están incluidos Carlos Roberto Reinhart y -ex comisario retirado e integrante del “Grupo de Trabajo” de la Subzona 14.-; Gerardo José Jáuregui -ex mayor, jefe de la Sección Operaciones (S3) del Destacamento 101- y Humberto Riffaldi -ex comisario retirado y jefe del Departamento de Informaciones de la policía pampeana, entre marzo de 1976 y enero de 1981, cuando comenzó a desempeñarse como jefe del Departamento de Operaciones de esa fuerza policial” (La Arena 19/8/2018).

En los casos de Greppi, Baraldini, Fiorucci y Reinhart serán sometidos a un nuevo juicio por delitos de privación ilegal de la libertad, el sometimiento de sus víctimas a tormentos y abuso sexual (La Reforma, 21/8/2018).

#### **4. Reflexiones**

Finalmente vayamos a los asuntos pendientes en lo relativo a la violencia sexo-genérica del sistema terrorista estatal en La Pampa. En el año 2010 se llevó a cabo el Primer Juicio

por Delitos de Lesa Humanidad cometidos bajo el terrorismo de Estado y la dirección del grupo de tareas de la Subzona 1.4 del Ejército. El proceso judicial se extendió entre el 2 de agosto al 16 de noviembre de 2010 y en él fueron sometidos a juicio oral y público ex militares y ex policías, acusados por el secuestro y la tortura de 30 personas en dependencias policiales que funcionaron como centros clandestinos de detención en la provincia. Dicho proceso judicial culminó con la condena de nueve ex militares/policías por privación ilegal de la libertad agravada y por la aplicación de tormentos. Aun cuando, diversas víctimas testimoniaron haber vivido violencia de carácter sexual esto no formó parte del alegato final del fiscal. Actualmente se está desarrollando el Segundo Juicio por delitos de lesa humanidad cometidos en nuestra provincia durante el terrorismo de Estado y este tipo de delitos siguen sin ser transparentados y tratados autónomamente tal como establecen los acuerdos convencionales internacionales.

En el tercer tramo del juicio por la violación de los DDHH durante el imperio dictatorial en la provincia de La Pampa, la justicia pampeana no solo tiene el deber de transparentar en su veredicto, la violencia sexual ejercida hacia las mujeres, sino que además debe corregir su acción invisibilizante de la violación de los derechos de las mujeres establecidos en convenciones internacionales y que claramente, han sido ignorados por la justicia en el primer juicio.

Aún resta desandar varias etapas, profundizar el compromiso de las/os agentes judiciales para que la Verdad y la Justicia se aproximen a la realidad mentada por las organizaciones de Derechos Humanos.

Este es un proceso, que como tal, continua firme aún con tropiezos; con estrategias de lentificación de los procesos judiciales; de reinstalación de la teoría de los dos demonios en los medios de comunicación; con el intento de la justicia argentina por aplicar el 2x1 a genocidas con condena, fuertemente repudiado y resistido por los diferentes sectores político-sociales y la descarada intención de minimizar los efectos de la dictadura y devaluar la tarea de las organizaciones de DDHH por parte de funcionarios del actual gobierno y comunicadores sociales.

## **5. Referencias bibliográficas**

AUAT, Jorge y PARENTI, Pablo (2011). "Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de estado", Ministerio

Público Fiscal, Unidad Fiscal de Coordinación y seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, Fiscal General y Coordinador de la Unidad, respectivamente. Recuperado el 1 de agosto de 2013, de: <http://web.mpf.gov.ar/index.php/ufdh-unidadfiscal?view=detalle&IdNoticia=66&IdInstitucional=6>

AUCIA, Analía (et.al) (2013). *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*. Santa Rosa: EdUNLPam.

CELS (2013). Derechos Humanos en Argentina. Informe 2013. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

\_\_\_\_\_ (2016). Derechos Humanos en Argentina. Informe 2016, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

CRENZEL, Emilio (2010). “Memorias y representaciones de los desaparecidos en la Argentina, 1983-2008”, en: CRENZEL, Emilio (Coordinador) *Los Desaparecidos en la Argentina. Memorias, representaciones e ideas (1983-2008)*, Buenos Aires, Biblos, págs. 227-249.

\_\_\_\_\_ (2014). *La Historia Política del Nunca Más: la memoria de las desapariciones en la Argentina*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

GONZÁLEZ, Ana Isabel (2014). Violencias de género constitutiva de crímenes de lesa humanidad y genocidio. El caso de Guatemala, En: Aletheia, volumen 5, número 9, octubre 2014.

HEIM, Daniela (2016), Mujeres y acceso a la justicia. De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico. Buenos Aires, Ediciones Didot.

LORENZETTI, Ricardo Luis y KRAUT, Alfredo Jorge (2011). *Derechos Humanos: justicia y reparación. La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad*. Buenos Aires: Sudamericana.

MORALES, Mónica Adriana Morales (2014) “La invisibilidad jurídica de los delitos de carácter sexual en la Subzona 14”, en *Anuario de la Facultad de Ciencias Humanas. Vol 11 (2014). Disponible on line en: <http://ojs.fchst.unlpam.edu.ar/ojs/index.php/anuario/article/viewFile/824/982>*

OEA (1994). Convención de Belém Do Para o Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Recuperado el 15 de febrero de 2014, de: [www.oas.org/juridico/tratados](http://www.oas.org/juridico/tratados)

## Artículos de diarios y semanarios impresos y en línea

*Página 12* (24 de diciembre de 2014). Los penitenciarios de la dictadura. Recuperado el 1 de febrero de 2015, de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-262611-2014-12-24.html>

*Página 12* (19 de diciembre de 2014). “Prisión perpetua a los represores de El Vesubio”. Recuperado el 1 de febrero de 2015, de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-262286-2014-12-19.html>

*Página 12* (17 de octubre de 2014). Abusos que salieron a la luz. Recuperado el 1 de febrero de 2015, de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-257687-2014-10-17.html>

*Página 12* (2 de enero de 2015). La escuelita de la represión ilegal. Recuperado el 20 de enero de 2015, de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-263066-2015-01-02.html>

*Página 12* (7 de enero de 2015). Un avance sostenido pero con demoras. Informe anual del Programa Verdad y Justicia sobre las causas por delitos de lesa humanidad. Recuperado el 20 de enero de 2015, de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-263400-2015-01-07.html>

*Página 12* (2 de enero de 2015). Un año con 19 juicios contra represores. Recuperado el 20 de enero de 2015, de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-263067-2015-01-02.html>

VERBITSKY, Horacio (28 de diciembre de 2014). Solo Aquí. *Página 12*. Recuperado el 19 de enero de 2015, de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-262814-2014-12-28.html>

## **EL CONTROL DE LA URGENCIA, REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA Y VALIDEZ CONSTITUCIONAL**

José Carlos Moslares  
UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa,  
Argentina

### **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo abordará uno de los supuestos de excepción a la regla general de contratación del Estado (la licitación pública) cual es la causal de la urgencia.

Además se pretenderá avanzar en el estudio del mencionado instituto y esbozar una conceptualización del mismo como un modo de limitarlo desde su definición pero también tratar de exponer las consecuencias de su alegación y que en su invocación excesiva importa una afectación de garantías individuales en pos de una situación que impide el cumplimiento de la normativa de los procesos de contratación del Estado.

Resulta interesante vincular las consecuencias de la aplicación del régimen de la urgencia y las garantías de los administrados toda vez que como he sostenido las mismas importan un límite eficaz para la protección de los abusos y excesos del estado por sobre sus administrados.

Como he expuesto en el Congreso anterior donde planteaba la hipótesis de las garantías constitucionales como un límite “protector” de los derechos de los particulares en este tema puntual buscaré evidenciar como el uso excesivo de la urgencia puede convertir en normal un procedimiento previsto solo para casos de excepción.

Es por ello que entiendo que todo instituto que de algún modo habilite la utilización de remedios excepcionales no sólo debe hacerlo con una interpretación “restrictiva” sino también entender que la urgencia puede ser reglamentada para que no se vea desvirtuada por su alegación permanente.

Se analizará un fallo de nuestro Superior Tribunal donde vemos de qué manera entiende procedente el poder jurisdiccional la aplicación de la urgencia pero avanza también en la determinación de qué procedimiento debe realizar el poder administrador para la implementación del instituto de urgencia y que su sola alegación es por si insuficiente. En la conclusión buscaremos dilucidar si es posible reglamentar la urgencia o si su procedencia quedará en manos de quien la alega o de quien controla.

## **LA URGENCIA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

La actividad de la Administración es por esencia reglada y ello constituye uno de los principios básicos de la misma, la legalidad.

La legalidad obra no solo como una habilitación de competencias de la Administración sino también como un elemento de control de su actividad y un límite para que aquella en pos de la consecución de sus objetivos no avance en excesos que invariablemente provocarían perjuicio a los administrados.

Así el artículo 38 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la provincia señala: “La Administración Pública debe obrar en ejercicio de su competencia.”

Esta competencia debe establecerse por ley.

Ley en sentido formal, ya que en nuestra provincia legislación de gran importancia para la regulación de derechos políticos y sociales son normas jurídicas de facto.

Ejemplo de este absurdo lo constituye el origen de facto de las normas de partidos políticos, régimen electoral, de procedimiento laboral como la de procedimientos administrativos.

Toda la normativa que se dicta en materia de contratación del estado refiere a la licitación pública como el modo de selección de los oferentes.

El artículo 33 de la Ley 3 de Contabilidad señala:

Toda contratación en que el Estado Provincial sea parte y, en general toda aquella que signifique entrada o salida de fondos, que no esté reglada en forma especial, se regirá por las disposiciones de la presente Ley, y se realizará previa licitación pública.

El porqué de la licitación pública como regla general, lo encontramos en los principios que la caracterizan: publicidad, transparencia, concurrencia e igualdad de los oferentes, constituyen una herramienta fundamental de prevención de la corrupción y hacen al principio mismo de la legalidad.

Así la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala en su artículo 9º:

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores

potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; ...

Evidenciamos en el procedimiento administrativo un resguardo de la protección de los derechos del administrado y un límite a la discrecionalidad estatal.

La Corte Suprema de Justicia también avanza en la conceptualización de este instituto y así lo hace:

El procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio mas conveniente y tiende a evitar la existencia de sobrepuestos...(Fallos 329:5976)

Claro está que la regla que se establece para la contratación es el procedimiento de la licitación pública.

Ahora bien ¿qué ocurre si este requisito de forma no se cumple? ¿Cuál es la sanción que el ordenamiento jurídico establece?

La Corte Suprema de Justicia entendió que

...este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales correspondientes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación...en razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público, para lo cual debe acudir a las normas sobre contrataciones que rigen en la provincia demandada contenidas en la ley provincial de contabilidad 3 y sus modificatorias...No obstante, de las constancias obrantes en la causa, surge que, en la contratación invocada, no se observaron los procedimientos referidos ni se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo, tal como lo exige la normativa señalada...la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia...no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un contrato, que no habría sido celebrado con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación...

Luego de este fallo encontraremos que la doctrina administrativista y de la Procuración del Tesoro de la Nación se encolumnan sosteniendo que el procedimiento de la licitación es un requisito de forma que hace a la validez misma del acto proyectado.

## **LA URGENCIA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN**

La urgencia tiene como principal efecto, al menos en lo que se refiere al control de la misma, la dispensa del cumplimiento de la normativa referente a los procesos de contratación en lo que refiere a la licitación pública como regla general.

En este sentido debemos recurrir a los principios generales de la Administración, y a mi entender, al principio del que se desprenden los demás, el de legalidad.

Este principio delimita el obrar de la Administración señalando el deber que tiene de ajustar todo su accionar a lo que señale la normativa vigente.

El sentido mismo de este principio es limitar la discrecionalidad del Estado y que el mismo desarrolle su actividad dentro de un orden que no sólo lo torna legítimo sino también previsible. Imprescindible para toda tarea de control.

Por ello vinculamos este principio a la garantía de la seguridad jurídica, que constituye la certeza y la convicción que el obrar de quien contrata con el Estado se ajusta a derecho .

La jurisprudencia y la doctrina vinculan la noción de la seguridad jurídica con la doctrina de los actos propios, donde el obrar de la Administración debe resultar coherente y consecuente con sus decisiones anteriores.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado:

Que resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido la necesidad de que los particulares conozcan de antemano las reglas claras de juego a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica (Fallos 311:2082) y destacó la especial prudencia que debe presidir la aplicación en el tiempo de nuevos criterios. (Fallos 308:552).

La “seguridad” está dada en la certeza de que quien provee al Estado de un bien o un servicio, enmarcado en una situación de urgencia, lo hace correctamente de acuerdo al ordenamiento legal vigente.

Por ello cabe relacionar los principios de la seguridad jurídica y la confianza legítima.

Resulta esclarecedor el análisis que realiza el Dr. Coviello en cuanto a que:

si se entiende que la seguridad jurídica es un valor jurídico que es genérico y abarca a todos los componentes de la vida comunitaria, por lo tanto nada impide que la invoque tanto el propio Estado como el particular o administrado, sea la relación de derecho público como privado. La confianza legítima se sitúa, por el contrario, en el particular o administrado –y no en el Estado– en su aspecto subjetivo y se orienta a protegerla frente al daño que le ocasiona la actuación estatal. (Coviello Pedro, 2011, pág 305.)

La aplicación de esta garantía obliga al Estado, y a sus poderes, a mantener un criterio uniforme en todo ámbito o situación (normal y/o de urgencia) donde desarrollen su tareas.

La urgencia acarrea, a mi entender, que la consecuente inmediatez de las acciones que se implementan, puedan afectar garantías de los particulares.

## **¿CÓMO SE ACREDITA LA URGENCIA?**

Para determinar la prueba de la existencia fáctica de la urgencia constituye un requisito ineludible vincular el evento que da origen a la aplicación de este remedio excepcional con las medidas que se adopten para su remediación.

Para ello es imprescindible, atento su claridad conceptual, remitirse a lo dictaminado por la Procuración del Tesoro de la Nación quien señaló:

El requisito de la urgencia debe ir plenamente acreditado mediante estudios técnicos, objetivos, previos y serios que califiquen como cierta ya que de modo alguno puede quedar librado al criterio subjetivo de funcionarios, cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma reglamentaria impuesta en defensa del interés del Estado. De otro modo podría darse por supuesto una situación de urgencia inexistente, generalizándose así un régimen de excepción que debe, como tal, ser de interpretación y aplicación restrictiva. (Dictámenes PTN Tº 234, Pág. 540).

En ocasión de sus funciones de contralor, el Tribunal de Cuentas de la provincia en un expediente donde se tramitaba una contratación directa por razones de urgencia se expidió al respecto mediante Resolución 27/90, donde compartiendo la intervención del contador fiscal, se establecieron los requisitos de procedencia de la urgencia.

En sus considerandos, cuya cita considero oportuna, se expresaba:

Que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado como tipificante para viabilizar el uso de la excepción contemplada en el artículo 34 – Inciso c) – que la urgencia sea concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva. En tal sentido de nada valdría que el legislador hubiere introducido esta alternativa para casos extremos y probados, si luego bastara encuadrar una contratación con la sola mención habilitante, sin necesidad de que exista una objetiva prueba estimada con vigor lógico, a través de la cual se pondere la real y efectiva existencia del hecho o situación invocado para emitir el acto; Que la exigencia de encuadramiento dentro de los límites apropiados, permita asegurar que no se desvirtualice la esencia y finalidad de la potestad conferida del artículo 34

De la lectura de las citas realizadas entendemos como, de alguna manera, se han querido limitar las facultades discrecionales de quien contrata en forma directa por razones de urgencia donde deberá demostrar clara y fundadamente la validez de la tramitación elegida por sobre la regla general de la contratación (la licitación pública).

El sustento fáctico de la urgencia debe ser acreditado con un fundamento técnico que acredite tal extremo que habilite la utilización de remedios excepcionales.

Así el maestro Gordillo señalaba:

...si una técnica es científica y, por lo tanto, por definición cierta, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio

que no se puede actuar contra la realidad sin estar al mismo tiempo contra el derecho.  
( Gordillo Agustín, 2014, pág 623)

Y es aquí donde aparece uno de los requisitos de validez del acto administrativo, la debida motivación del mismo.

Es así que debe señalarse de manera clara y objetiva las causales que habilitan la procedencia de este instituto que deberá estar ajena de subjetividades que desnaturalizan el objeto de la excepción y que necesariamente debe ser de interpretación restrictiva.

¿Es importante la motivación del acto?

Indudablemente que la respuesta es afirmativa, ya que allí es donde se ejercerá el control sobre el mismo.

El control es un control de legalidad que de ningún modo queda exceptuado en el proceso de contratación en el marco de la urgencia.

Ese control debe ser más exhaustivo toda vez que implica ejercerlo en el marco de un remedio

excepcional que necesariamente debe ser de aplicación restrictiva.

Es conteste la doctrina de la Procuración del Tesoro, que entiendo puede aplicarse al órgano de control externo de la provincia (el Tribunal de Cuentas) cuando delimita los alcances de la intervención:

El control de legalidad que ejerce la Procuración del Tesoro importa que sus pronunciamientos deben ceñirse a los aspectos jurídicos de la contratación, sin abrir juicio sobre sus contenidos técnicos o económicos, ni sobre cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia involucrados, por ser ajenos a su competencia funcional. (Conf. Dict. PTN 213:105, 115 y 367 y 57/99, citados en Dictamen 234:540)

Entonces es el organismo contratante quien deberá ejercer de manera prudencial esta “autorización” que la norma le otorga para la contratación directa debiendo acreditar la urgencia de manera concreta, objetiva y fundada requiriendo para éstos casos la intervención de los organismos técnicos específicos con competencia para ejercer dicho control.

Es aquí donde adquieren relevancia los organismos de control interno y los organismos técnicos toda vez que son ellos quienes deben velar por la utilización prudente y oportuna de esta herramienta que no desnaturalice su carácter excepcional.

Además de brindar las herramientas objetivas que acrediten la existencia de la urgencia y la razonabilidad de las medidas adoptadas para dar respuesta a la misma.

## **VALIDACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA URGENCIA**

Como hemos expresado en el presente trabajo la urgencia, en el marco de los contratos administrativos, tiene como uno de sus efectos más destacados la posibilidad de obviar el proceso de licitación pública y poder avanzar mediante el proceso de contratación directa para la adquisición de bienes y/o servicios por parte de la Administración.

Este remedio excepcional evidentemente debe ser de interpretación restrictiva toda vez que importa una excepción a la regla general.

Por ello la importancia de la interpretación jurisprudencial de sus alcances y los requisitos de procedencia de la urgencia a efectos de verificar la validez de las contrataciones que en el marco de la misma se realicen.

Nuestro Superior Tribunal de Justicia en un reciente fallo tuvo la oportunidad de sentar posición y criterios que aportan claridad sobre lo aquí debatido.

En una causa donde se reclamaba a una Municipalidad el pago de una suma de dinero por la provisión de agua y la demolición de cordones cunetas contratados en forma directa en virtud de la existencia de una supuesta urgencia.

El Máximo Tribunal provincial establece cuales son los requisitos para la procedencia de este instituto:

Es debido a esa excepcionalidad que la autoridad competente, previamente constatar la real situación de emergencia que afecte un interés social, debe declarar formalmente que existe una situación de esa naturaleza en la que se indiquen cuáles han sido los motivos que dan sustento al acto declarativo, su extensión temporal y territorial y la razonabilidad de los medios elegidos para vencer aquellas dificultades extraordinarias

Atento a que en el caso no se pudieron probar los extremos requeridos se rechazó la demanda señalando:

...la legislación aplicable establece una forma específica – licitación pública o, en su defecto contratación directa en la medida que se acredite el motivo de la excepción- aquella forma debió ser respetada por tratarse de un requisito esencial.-

Por ello, se concluye que es improcedente admitir la pretensión basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato no celebrado de acuerdo con las normas de derecho público local que rigen las contrataciones administrativas..-

Resulta válido precisar que al establecer la ley procesos especiales para la contratación con el Estado no lo hace por una mera formalidad, sino con el propósito de asegurar un trato estrictamente igualitario entre los posibles oferentes y garantizar, de este modo, la selección de la propuesta más conveniente al interés general. (Autos: Canevaro Pedro Hernan c/Municipalidad de 25 de mayo sobre demanda Contencioso Administrativa Expte C 72/2016)

Sin perjuicio de otros aspectos destacados del fallo, referidos a la debida acreditación de la buena fe del contratista como requisito de procedencia del pago de las sumas reclamadas, que merecen un análisis distinto, este encuadre que da el Superior Tribunal es revelador de un límite a la vigencia de este remedio.

Remedio que sin duda califica de excepcional y en ese marco determina las condiciones de su procedencia, limitando y con acierto, la discrecionalidad del Estado requiriéndole que acredite las situaciones que dan marco a la urgencia (elemento fáctico), los informes de los organismos especializados que demuestren la objetividad de la misma (elemento técnico) y las debidas razones que justifiquen la misma (elemento jurídico).

## **CONCLUSIONES**

La urgencia es un procedimiento de excepción que como se ha pretendido exponer en el presente trabajo debe serlo de aplicación (e interpretación) restrictiva.

Ello no sólo porque importa una autorización para la contratación fuera de la regla general que es la licitación pública, sino que en dicho ejercicio se autoriza un régimen que solo debe ser de excepción.

Uno de los grandes desafíos que este instituto plantea es su conceptualización, esto es que hechos ameritan ser admitidos como causales de la urgencia.

Porque existe una línea muy delgada de diferencia si se pretende distinguir entre urgencia e imprevisión, y no pueden ser abordados con efectos similares.

Un gasto puede ser imprevisto pero no por ello urgente y ello también debe traer consecuencias a nivel de responsabilidad del funcionario que la alegue.

La urgencia la podemos ubicar dentro del universo de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, aquellos que no poseen una definición unívoca una manera de poder definirlos o encuadrarlos.

En ese momento es donde aparece la discrecionalidad o arbitrio del funcionario para determinar la necesidad de realizar la contratación fuera del régimen general.

Por ello podemos definir a la urgencia como aquel acontecimiento que por sus características y consecuencias dañosas o potencialmente dañosas al bien común habilitan la aplicación de remedios excepcionales toda vez que se funde debidamente su existencia bajo constancias fácticas y técnicas que así la acrediten y la necesidad de aplicar herramientas excepcionales para su atención.

La utilización en exceso de la urgencia sólo ha provocado (innecesariamente a entender de este autor) la naturalización u ordinarización de un remedio excepcional que va lógicamente en desmedro de su aplicación.

Sin perjuicio que la alegación de este remedio no habilita que se incumplan todos los demás principios de la contratación administrativa y mucho menos obviar el control que corresponda.

¿Qué propongo para su tramitación?

- Que las contrataciones que se realicen bajo este régimen se publiquen en los medios digitales estableciendo un plazo brevísimo para la presentación de las ofertas.
- Que exista un registro de las contrataciones que se realicen bajo esta modalidad, indicándose la causa de la misma, el monto a contratar y los bienes a proveer. Tal como se exhiben las licitaciones públicas y las licitaciones privadas en el sitio web de la Contaduría General de la provincia.
- Que se informe en la cuenta de inversión sintéticamente las contrataciones realizadas bajo esta modalidad.
- Que en cada una de ellas y en forma previa a realizarse la adquisición del bien o servicio se expida de manera obligatoria no sólo el funcionario contratante donde justifique la urgencia alegada sino también los organismos técnicos que correspondan.

De este modo avanzaremos hacia una Administración más transparente y eficiente, esencia de todo buen gobierno.

### **Referencias bibliográficas**

Coviello, Pedro (2011). “Contrato Administrativo y Confianza Legítima”, *Revista Rap* N° 348, (18/11/2011), pp. 303/330.

Gordillo, Agustín (2014). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas*, separata Tomo 9, Buenos Aires: Ed. Fundación de Derecho Administrativo.

## LA INVISIBILIDAD DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA VIOLENCIA EN LAS FAMILIAS

Silvana A. Rodríguez Musso  
UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa,  
Argentina

### **1. Introducción:**

Las problemáticas de la infancia son abordadas como si se constituyeran fuera del ámbito público ya que son vistas como si fueran del ámbito privado, de los progenitores, de las mujeres, de sus maestros, etc..

La violencia en cualquiera de sus formas es una vulneración de derechos.

En la Serie N°1 (UNICEF:2017) se expresa: “La violencia es una clara violación a los derechos humanos y al ser un problema que por lo general ocurre en el ámbito privado es un desafío para el Estado detectarla a tiempo y evitar que ocurra”.

Esto implica una gran dificultad a la hora de diseñar políticas públicas ya que se carece de un relevamiento confiable y coordinado que permita establecer acciones concretas.

La lucha de las mujeres ha logrado ocupar un lugar –con enormes carencias aún- que no ha podido ser significativo para la niñez todavía.

En los hogares o con las mujeres que sufren violencia de sus parejas o sus ex cónyuges o convivientes, cohabitan uno, dos o tres niñas o niños o más, que se encuentran inmersos en la misma problemática que las mujeres. Sin embargo, si la mujer logra visibilizar la violencia y pedir ayuda en cualquiera de los sistemas –administrativo, penal, civil- probablemente se ponga en funcionamiento el dispositivo pertinente pero no siempre éste contemplará la problemática de la niñez que acompaña la situación de violencia.

Aún en los casos que no se trabaje en la emergencia como podría ser el la necesidad de establecer el cuidado de los hijos, una mujer que ha sufrido violencia en la convivencia – junto a sus hija/os- probablemente realizará una denuncia, luego pasará por una mediación y quizás termine en el Poder Judicial debatiendo un cuidado personal unilateral o compartido. Durante ese transcurso existe una gran probabilidad que esas niñas o niños pasen inadvertidos en los diferentes campos. Sin embargo, la actuación temprana y coordinada pareciera ser una necesidad imperante y una herramienta eficaz para el futuro.

### **2. Las estadísticas:**

Las estadísticas constituyen una herramienta esencial en la toma de decisiones y a la hora de diseñar políticas públicas.

Nos encontramos aquí con el primer problema en materia de infancia. No existen en el país estadísticas oficiales que permitan conocer certeramente cual es la situación real de las niñas, niños y adolescentes que sufren violencia en sus familias o relaciones, no se encuentra disgregada o visibilizada la violencia que sufren cuando sus progenitoras son víctimas de violencia. No se encuentra separada la violencia hacia las mujeres o hacia adolescentes madres o no.

Siempre que una progenitora con hija/os es víctima de violencia éstos también la sufren. Sin embargo las acciones políticas, administrativas y judiciales que se ponen en marcha –cuando una mujer logra pedir ayuda- se encaminan generalmente pensando en la mujer y no en la/os hija/os que conviven con ella.

### **2.1. Datos sobre violencia:**

Los datos que se abordan en la Serie N°1 (UNICEF:2017) toman en consideración la violencia física (engloba todo lo relacionado al daño físico como golpes, patadas, rasguños, puñetazos entre otros), emocional (incluye insultos, gritos, frases de menosprecio y humillación, apodos, chantajes emocionales, amenazas), sexual (incluye manoseos, acoso, violaciones, abuso sexual, entre otros) y económica (control de dinero o bienes de la víctima, la amenaza o retención de bienes y objetos. En los niños se identifica mediante la rotura, ocultamiento o ausencia de bienes entre otros).

En 2009-2013, de los primeros 33.899 llamados referidos a violencias familiares, 9.727 eran niñas, niños y adolescentes. Casi el 29%. La cifra es alarmante. El 48% de esos llamados fueron realizados por las propias víctimas.

Del total de víctimas niñas, niños y adolescentes atendidos (9.727) se detectaron 5.215 agresores; con lo cual, cada agresor produjo un promedio de dos víctimas.

Los agresores según el vínculo en dicho periodo resultaron un 76% ser el padre, luego el padrastro 13%, la madre 9%, pareja 2%.

Esta información permite en primer lugar obtener una simple y dramática conclusión: “los familias” que deberían ser un lugar seguro y de máxima protección para las niñas, niños y adolescentes, resultan ser un espacio donde sus derechos son vulnerados por quienes deberían protegerlos y son sus referentes afectivos.

## **2.2. Datos sobre abuso sexual:**

El abuso sexual tiene severas consecuencias para el desarrollo individual y social de miles de niñas y niños.

El abuso sexual es definido (Bianco, Chiapparrone, Müller y Wachter, 2015: p.4) como: Una de las formas de abuso de poder y dominio sobre la niñez más dolorosa. Durante décadas las voces de gran cantidad de niñas y niños víctimas de abuso sexual fueron silenciadas y continúan siendo en gran medida. Silencio sostenido por el abusador a través de amenazas y manipulación; por las familias, quienes en pro de mantener la “unidad familiar” postergan los derechos de los niños/as; y por las múltiples instituciones que no son capaces de detectar, escuchar y actuar para proteger y velar por la integridad psico, física y social de las niñas y niños abusados sexualmente.

En la Serie N°2 (UNICEF:2017) se definen las Violencias (...son acciones, relaciones y discursos que buscan dominar y someter a las niñas, niños y adolescentes aprovechándose de la vulnerabilidad y desigualdad existente); la violencia sexual (acción de someter a una persona a la voluntad de un agresor, aprovechándose de la impotencia y desvalimiento de las víctimas, con la intención de dañarla, causarle dolor y sufrimiento, despersonalizarla y dominarla sometiéndola a actos sexuales sin su autorización ni consentimiento); y, Abuso o violencia sexual contra Niñas, Niños y Adolescentes (Se entiende por abuso sexual contra una niña, niño o adolescente cuando un adulto/agresor hace intervenir a un niño/a o lo usa para actos sexuales, estimularse él mismo, al niño o a otra persona. Incluyen los tocamientos, manoseos, violaciones, explotación o pornografía, obligar a un niño/a a observar actos sexuales de otros sean adultos o niño/as, entre otros). En este sentido, la Serie demuestra que desde Octubre 2006 a Agosto 2016, de las 10.511 intervenciones, fueron atendidas 9.986 víctimas de las cuales 5.239 eran niñas, niños y adolescentes (el 52,5%). De las 5.239 víctimas el 87,9% son mujeres y 12,1% son varones. No se registraron víctimas transgénero.

El 14,5% de las víctimas de violencia sexual son menores de 5 años de edad y el 38,2% de las víctimas son niñas de entre 11 y 15 años.

De acuerdo al vínculo (desde Enero 2011 a Junio 2016) el 53,9 % de los agresores de niñas y niños de 0 a 10 años son familiares y el 30% son conocidos no familiares.

Si bien los datos presentados nos iluminan sobre la problemática y la compleja realidad de asimetrías de poder que se reflejan en la temática, no existiendo cifras oficiales de la totalidad de los casos denunciados y los que no llegan a serlo, demuestra la imperiosa necesidad de visibilizar la problemática.

### **3. La normativa:**

El marco legal es vasto y nos permite actuar desde las múltiples facetas de la violencia. Sin embargo, pareciera que la voz de las niñas, niños y adolescentes no se han escuchado aún con la fuerza suficiente.

En el ámbito internacional, desde la Convención Universal de Derechos Humanos (1.948), la Convención de los Derechos del Niño –CDN- (1.989), la Convención contra la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- (1.994), la Convención de Belem Do Para (1.996), como instrumentos principales y obligatorios en nuestro país. Asimismo los diversos informes y Observaciones que ha emitido el Comité de los Derechos del Niño -como la Observación General N°13-, las Recomendaciones de la CEDAW, etc. son aportes más que valiosos y que los Estados deberían prestar fundamental atención.

En el ámbito nacional, la Ley N°24.417 de Protección de la Violencia Familiar (1.994), la Ley N°26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes (2.005), Ley N°26485 de Protección Integral de las Mujeres (2.009) y el propio Código Civil y Comercial (2.015) ponen a disposición herramientas particulares.

En primer lugar debemos considerar el nuevo paradigma que considera a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos y toda la concepción holística que de ello se deriva.

La CDN es entonces —el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado (Beloff, 1999:p.9).

El Sistema de Protección Integral parte de la adecuación normativa y busca adecuarse a los enunciados de la CDN complementándola con otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Así han expresado (Bertolé – Colombato) citando a Ocaña:

La doctrina de la protección integral traduce en términos teóricos una representación social que materializa a los niños como nuevos sujetos históricos, caracterizados por ser titulares plenos de derechos, pero en paralelo también caracterizados por una condición particular de fragilidad y posibilidad de ser dañados frente a formas de control social informal o formal. Frente a esa situación de fragilidad, cualquier práctica debe encaminarse a subsanar su desprotección frente a los adultos en cualquier rol, sea este público o privado. Sin embargo, la atención del Estado tiene como única finalidad reparar el avasallamiento de derechos para asegurar que el niño, en el caso concreto, continúe ejerciendo la titularidad de estos como portador y como demandante de su ejercicio, sin que sea admisible ninguna acción perjudicial ejercida en nombre de su protección o interés superior (Ocaña, 2005:, p. 26).

También en el artículo 32 de la Ley N°26061 se encuentra definido el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes<sup>1</sup>.

En segundo lugar, tomando la normativa que ha logrado consagrar los derechos de la mujer y la específica de niñez, permiten resaltar que existen elementos suficientes para intervenir en problemáticas violentas.

La CDN define en su artículo 9: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas...para proteger a los niños contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual”.

La Ley N°26061 define en su artículo noveno el Derecho a la Dignidad y a la Integridad Personal<sup>2</sup>.

El propio artículo 647 del Código Civil y Comercial define:

---

<sup>1</sup> Está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional.

<sup>2</sup> Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral. La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley. Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.

Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

Asimismo, existen en las Leyes N° 26485 y N°24417 medidas preventivas urgentes y medidas cautelares que pueden mitigar los efectos de la mujer y las hijas e hijos víctimas de violencia.

Con lo cual, estamos en presencia de un nuevo enfoque de los derechos de la niñez, integral como el propio sistema lo define y atravesado por la perspectiva de derechos humanos que nos interpela a actuar en consecuencia.

#### **4. Intersección de las violencias:**

La violencia contra las mujeres y la violencia doméstica se relacionan directamente con la violencia contra las niñas, niños y adolescentes.

En las revisiones internacionales (Guedes, Bott, García-Moreno, Colombini: 2016) se advierte que existen factores de riesgo similares entre los casos de violencia contra la mujer y los de violencia en la niñez:

Ambos tipos de violencia tienden a ser más comunes en las sociedades donde las sanciones legales contra la violencia son débiles, las normas sociales toleran la violencia, los niveles de desigualdad de género en el ámbito social, legal, económico y político son altos, y la protección de los derechos humanos es insuficiente.

También los estudios han demostrado que las mujeres que han sufrido violencia en la niñez presentan un riesgo elevado de ser víctimas de violencia luego en la etapa adulta.

También influyen en la intersección de las violencias las normas sociales que toleran la violencia (castigos corporales a los niñas y niños como permitidos), promueven la masculinidad basada en la violencia y el control, se atribuye la culpa a las víctimas o se prioriza la reputación de los agresores, normas que apoyan la desigualdad en materia de género o las que ponen la privacidad familiar por encima del bienestar de la víctima.

También existen efectos intergeneracionales. La violencia contra la mujer tiene consecuencias negativas para las niñas y niños al igual que la violencia ejercida durante el embarazo. Las consecuencias del maltrato en la niñez se extiende hasta la edad adulta afectando la salud física, mental y emocional.

La exposición de las niñas y los niños en contextos familiares violentos, en hogares donde se manifiesta la desigualdad de poder, el control, o la inestabilidad de los adultos, puede incidir de manera directa en los mismos, contribuyendo en un trato negligente hacia ello, que se afecte su salud, vivir en un estrés crónico, etc..

Asimismo, de acuerdo a los estudios, existe una estrecha relación entre las niñas y los niños víctimas o testigos de violencia y la reproducción de esos patrones en el futuro. De la misma manera, la coexistencia de violencia entre la pareja y el maltrato infantil en el mismo hogar. Cuando hay violencia en la pareja hay mayor probabilidad que las niñas o niños que conviven en el hogar tengan un trato negligente o sufran maltrato.

Además la polivictimización puede tener efectos acumulativos o mutuamente exacerbantes. Se entiende por polivictimización (Guedes, Bott, García-Moreno, Colombini: 2016) “cuando las personas están expuestas a varias formas de violencia”.

En varias investigaciones (Intebi, 1998; Giberti, 1998; Rozansky, 2003, citados en Ferrari:2015) indican que, la violencia hacia la infancia tiene origen en la violencia de género, en la desigualdad de poder entre hombres y mujeres, fenómeno en que los más vulnerables son los niños, las mujeres y los adultos mayores. Esto explica en parte que en el Abuso Sexual Infantil la mayoría de los menores de edad abusados son niñas y en general, es un hombre adulto cercano el que ejerce violencia. La perspectiva de género permite comprender que las vulneraciones de derechos afectan a las niñas y niños de manera diferenciada.

Por último, existe una notoria intersección en la adolescencia que muchas veces queda totalmente invisibilizada tratándose de personas menores de edad –con la vulnerabilidad propia de la edad- en el medio de estadísticas de la “mujer” o de “la pareja”.

Estos puntos en común que tienen la violencia hacia las mujeres o la violencia doméstica y la violencia en la niñez debieran ser un punto de partida para coordinar y definir políticas públicas contribuyendo de esta manera a prevenir y erradicar ambas violencias. La colaboración entre la Familia, el Estado y los Organismos e Instituciones que atienden ambas problemáticas resulta indispensable.

Los efectos recién vistos exigen que haya una intervención temprana e integrada, un intercambio de conocimiento y de datos en todos los campos –administrativos, servicios de salud, sociales, educacionales y judiciales- y un diseño de políticas conjuntas. Quienes aborden de manera aislada una sola forma de violencia pueden “pasar por alto

vulnerabilidades importantes o tergiversar la evidencia científica acerca de las causas, los correlatos y las consecuencias” (Guedes, Bott, García-Moreno, Colombini: 2016).

## **5. Accesos a la Justicia:**

En cuanto al acceso a la justicia se indica (CEDAW/C/GC/33:2015):

La discriminación contra la mujer, sobre la base de los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género, que afectan particularmente a las mujeres, tienen efectos adversos sobre la capacidad de éstas para obtener acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres. Además la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o en diferente forma que a los hombres y otras mujeres.

“El derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.” (CEDAW/C/GC/33:2015)

Ley 26485 en su artículo 2 establece que tiene por objeto promover y garantizar –entre otras cosas- el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia.

A menudo las mujeres enfrentan serios obstáculos a la hora de materializar el acceso a la justicia en pie de igualdad. (CEDAW/C/GC/33:2015):

Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres...

Es una obligación del Estado remover esos obstáculos –incluidos los estereotipos de género y la violencia basada en el género, a los fines de posibilitarles un efectivo ejercicio de sus derechos.

En el fallo de la Corte IDH (Duque vs. Colombia:2016) se plasmó:

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha definido la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados

motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

La Recomendación General nº33 (CEDAW:2015) establece seis componentes esenciales y relacionados entre sí —justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, rendición de cuenta de los sistemas de justicia y suministro de recursos a las víctimas— que son necesarios para asegurar el acceso a la justicia.

## **6. Conclusión:**

La violencia contra las mujeres y la violencia doméstica se relacionan directamente con la violencia en la niñez. Esta perspectiva debe ser considerada en toda intervención y diseño de políticas públicas para obtener un resultado en lo inmediato y a largo plazo sobre todo como faz preventiva.

La coexistencia de la violencia contra la mujer y la violencia en la niñez plantea retos particulares en los servicios sociales, legales y de salud, así como en los tribunales penales y de familia, como así también garantizar un real y efectivo acceso a la Justicia.

Para lograr este objetivo, resulta indispensable contar con datos serios, sistemáticos y coordinados.

A su vez, educar desde la edad temprana sobre perspectiva de género y derechos humanos permitirá darles herramientas a niñas, niños y adolescentes que les permitan interactuar con otra mirada.

“La prevención de la violencia de una generación reduce su probabilidad en la siguiente” (Observación General N°13:UNICEF).

Ninguna duda cabe que cuando los derechos de las niñas o niños se ven amenazados se deben activar todos aquellos mecanismos que tienden a eliminar el impacto que un ilícito sobre ellos puede provocar.

La Violencia en la Niñez y el fenómeno del Abuso Sexual Infantil es un tema vasto, complejo y multifacético, por consecuencia las intervenciones responsables deben ser de la misma naturaleza. Sin embargo, en el plano de la práctica se evidencian acciones aisladas, desarticuladas y con sesgos paternalistas que perpetúan las situaciones de violencia. Estas acciones tienden a justificar la violencia y los actos de abuso, mantienen el silencio y la impunidad con la consecuente revictimización.

En el ámbito de las responsabilidades todos tienen su parte, el Estado, la Sociedad, la Familia así como los operadores y profesionales intervinientes.

Empezar hablar, un punto de partida.

### **Referencias bibliográficas:**

Beloff, Mary (1999), “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, Justicia y derechos del niño, nro. 1, Santiago de Chile, UNICEF.

Bertolé – Colombato “La Incorporación de Nuevos Sujetos y Nuevos Derechos Humanos en La Pampa (1994-2009) Colección libros académicos de Interés Regional, EdUNLPam).

Bianco, Mabel, Chiapparrone, Norma, Müller María Beatriz, Wachter, Paula (2015). Abuso Sexual en la Infancia: Guía para orientación y recursos disponibles en CABA y Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer.

Ferrari, Analía (2015) Abuso sexual infantil desde una perspectiva de Género y Derechos Humanos. La madre entre las múltiples facetas de la responsabilidad. Montevideo (Uruguay): Universidad de la República Facultad de Psicología.

- Grosman, Lloveras, Kemelmajer de Carlucci, Herrera, 2018, “Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”
- Guedes, A.C.; Bott, S.; García-Moreno, C.; Colombini, M., Cerrar la brecha: revisión mundial acerca de las intersecciones entre la violencia contra la mujer y la violencia contra los niños y las niñas, Pan American Journal of Public Health, Global Health Action, 2016.
- Perez, Agustina. Cambios normativos en materia de niñez y adolescencia en la Provincia de La Pampa. Retomando la voz de los operadores. Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2014. N°1, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.
- UNICEF- Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (2013), Encuesta sobre Condiciones de Vida de Niñez y Adolescencia 2011-2012.
- UNICEF (2015), Agenda de 12 puntos por la infancia y la adolescencia 2016-2020.
- UNICEF- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Un análisis de los datos del Programa Las Víctimas Contra Las Violencias, Serie N°1 Violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes.
- UNICEF- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Un análisis de los datos del Programa Las Víctimas Contra Las Violencias, Serie N°3 Violencia Sexual contra Niñas, Niños y Adolescentes.

**Normas/fallos referenciadas:**

- Código Civil y Comercial de la Nación (2015)
- Convención Universal de Derechos Humanos (1948)
- Convención de los Derechos del Niño –CDN- (1989)
- Convención contra la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer – CEDAW- (1994)
- Convención de Belem Do Para (1996)
- Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia del 26 de Febrero de 2016
- Ley Nacional N°24.417 de Protección de la Violencia Familiar (1994)
- Ley Nacional N°26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005)
- Ley Nacional N°26485 de Protección Integral de las Mujeres (2009)
- Observación General N°13 del Comité de los Derechos del Niño (2011)

- Recomendación General N°33 de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia.

**DESDE LA TRANSMISIÓN DE CONOCIMIENTOS A LA CONSTRUCCIÓN  
DEL CONOCIMIENTO EN EL PROCESO ENSEÑANZA-APRENDIZAJE EN  
EL MARCO DEL NUEVO PLAN DE ESTUDIOS DE CARRERA DE  
ABOGACÍA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS  
DE LA UNLPAM**

Mariana Soto  
UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa,  
Argentina

**1. Introducción. La transmisión y construcción de saberes**

Nuestras universidades surgieron bajo la idea de posesión y transmisión de los saberes desarrollados en las distintas épocas, entonces la universidad era el lugar sagrado de conocimiento, la alta casa de estudios. Y ese conocimiento atesorado se transmitía a unos pocos que querían y podían aprender. De modo que un hombre, luego se incluyeron las mujeres, que sabía mucho de un tema, un experto, explicaba todo lo que sabía a sus estudiantes y ellos tomaban notas, buscaban en libros el tema, lo estudiaban y luego en las mesas examinadoras comunicaban lo que habían aprendido y el docente le colocaba una nota certificando el aprendizaje.

Dicho así, queda claro que “entre medio”, es decir, entre lo que el docente transmitía y certificaba el aprendizaje, en los tiempos actuales, hay mucho más.

Lo cierto es que esa forma de enseñar, de permitir que otro aprenda como pueda resulta insuficiente. No es suficiente que el alumno sea pasivo, solo depositario de información, aprendiendo solo lo que se le enseña, y el docente un tecnócrata, único depositario del saber, que lo transmite.

Pese a ello, esta forma de aprendizaje perdura. Aun hoy hay mucha resistencia al cambio de paradigma educativo. Resistencia a enfrentar ese “entremedio” al cual hacía referencia, que no es otra cosa que cuando se enseña como docente, se observa hacia quien está dirigida mi enseñanza.

En un sistema jurídico donde hasta el código civil ha cambiado de paradigma colocando en el centro a la persona humana y sus derechos humanos, ¿por qué demoramos en

humanizar el aprendizaje? El aprendizaje humanista es democrático y centrado en la persona, en la comunicación, en el intercambio.

Y se sabemos que lo peor que le puede suceder a una institución y a un educador es desentenderse del aprendizaje de sus estudiantes (Prieto Castillo, 2015). Éste es, sin duda, uno de los problemas centrales de muchas universidades de nuestro país.

Al asumirse la responsabilidad de enseñar promoviendo y acompañando el aprendizaje ciertamente hay un crecimiento en las relaciones interpersonales, en la comunicación y organización de los contenidos, en el abordaje del trabajo que se convierte en receptivo y recepticio –utilizando un concepto de las características de los actos jurídicos-.

Por ello, los viejos argumentos en torno a si corresponde hablar de pedagogía en el ámbito universitario, a si el contenido está por encima de los procedimientos, carecen de sentido en la actualidad. Dos elementos valen la pena resaltar de esa rica caracterización: la conducción del acto creador y la referencia a dos o más estudiosos. En el primero entra el método como elemento clave, como sustancia de la pedagogía universitaria; en el segundo reconocemos la presencia de un educador y de un educando embarcados en la maravillosa tarea de aprender juntos, con responsabilidades diferentes según el grado de experiencia de posesión, o de apropiación, de un determinado campo del saber (Prieto Castillo, 2015).

La responsabilidad del docente es aquí muy grande, porque dicha conducción no se resuelve sólo en el conocimiento de un tema.

No se trata, entonces, de la distancia entre las primeras letras y la astrofísica, sino de cómo colaboramos en esa apropiación, de cómo se resuelve la relación humana que la posibilita o la malogra (Prieto Castillo, 1999).

Por observación propia, destaco que en distintas aulas universitarias de derecho, de distintas universidades, en clases de grado y de postgrado, esta premura en la enseñanza sin detenerse en el aprendizaje, se reitera. Tal vez con justificativo en el escaso tiempo de las clases, el cumplimiento del programa y otros, las clases generalmente se desarrollan totalmente expositivas.

Así, suele ocurrir que desde el saludo de inicio hasta su cierre, la clase es unidireccional. El docente, parado o sentado, frente a los alumnos, detrás el pizarrón, diserta la unidad temática o los temas seleccionados, a modo de carrera o maratón, sin dar lugar a las intervenciones de los alumnos, a las preguntas, dudas o consultas. Ellos se limitan a tomar

notas, en una actitud totalmente pasiva. Ese tipo de clases son anticipadamente un fracaso para el aprendizaje, y sin embargo... se repiten.

También ha de tenerse en cuenta, que a pesar de ser la lección magistral un método de enseñanza común en la docencia universitaria, sobre todo en las facultades de derecho, malograda, como es algunas veces, es escasa su contribución para el aprendizaje de los estudiantes. Porque se halla centrada básicamente en el docente y en la transmisión de conocimientos. Se trata de una exposición continua de un conferenciante. Los alumnos, por lo general, no hacen otra cosa que escuchar, quedando el aprendizaje relegado a un segundo plano, y predominando la finalidad informativa. Es por ello que la clase consiste simplemente en transmitir una serie de temas, limitándose el alumno a memorizarlos.

Este tipo de clases pueden ser sentidas por los estudiantes como una pérdida de tiempo, pues, la información que se transmite puede encontrarse tal cual en los libros de textos de la cátedra.

Por otra parte, estas clases no fomentan el análisis, la comparación y la relación de los temas, y mucho menos un análisis crítico. Por el contrario, dan por válido de modo universal e inmutable conceptos, teorías y posturas. Sobre todo la postura de una cátedra. También este tipo de clases genera en los estudiantes falta de interés e incluso inasistencia. Esto se nota en la concurrencia a las clases las cuales el docente se limita a repetir de forma monótona el contenido de una unidad didáctica.

## **2. El Plan de Estudios de la FCEYJ- UNLPAM**

Entonces, inmersos en esta propuesta de cambio de paradigma en la enseñanza del derecho en el nuevo plan de estudios de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, “construcción y apropiación del conocimiento profesional” parece ser parte de los ejes centrales de esta nueva propuesta.

Así, el enfoque conductista, del viejo plan de estudio, en el cual el profesor universitario formula la transmisión del saber, parece orientarse hacia una nueva mirada constructivista, hacia la construcción de un conocimiento significativo, es decir de un pensamiento profundo (Silveira, 2012).

Por ello el giro en el cambio de paradigma de enseñanza del nuevo plan de estudios es oportuno, venturoso y auspicioso.

En el mencionado plan, el año calendario se divide en dos cuatrimestres, y dentro de los espacios curriculares tiene una marcada Área de Formación General/ Disciplinar y un Área de Formación Práctica. Apunta a una enseñanza de organización contemporánea de los contenidos académico, acompañados por un área práctica.

El Área de Formación Práctica está compuesta por talleres, clínicas y prácticas comunitarias de aprendizajes. Se destacan en el área el taller de metodología y trabajo de investigación.

Se contempla también que distintas asignaturas por su afinidad y correlatividades de contenidos formen una unidad pedagógica, por ejemplo, las asignaturas Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Taller de Jurisprudencia, Derecho Civil y Teoría General del Acto Jurídico, entre otras.

Estimo que estas estrategias pedagógicas que se han aplicado al área de Formación Práctica promueven la obtención de un aprendizaje significativo por los estudiantes.

Veamos algunas:

- El taller como una estrategia de aprendizaje se centra en el desarrollo de habilidades a través de la realización de una actividad específica e intencionada. Es un espacio en el cual los estudiantes relacionan sus conocimientos con la vida cotidiana, la práctica profesional y el marco teórico. Lo que caracteriza esta estrategia son los niveles de participación del alumno que le permiten un acercamiento fluido con el docente, los contenidos y sus pares.
- Las clínicas. La clínica es la introducción al estudiante en la práctica profesional a través de un caso real o simulado. Se figura el trabajo de un estudio jurídico donde los estudiantes deben pensarse como abogados ya titulados en función de su práctica profesional, sujetos a los parámetros legales de la práctica. Los estudiantes para resolver el caso, deben analizar, estudiarlo y para ello aplicar un amplio rango de habilidades y valores que le permita encontrar una solución manejando destinos mecanismos jurídicos y siendo eficientes en la prestación del servicio profesional, sin dejar de lado los conflictos éticos-legales que se presenten.
- Las practicas comunitarias. En la formación de abogados, como en la las restantes profesiones, la práctica es fundamental para, gradualmente, adquirir las herramientas necesarias para desenvolverse adecuadamente en el rol profesional.

Muchas veces, la realidad profesional se presenta en grado de complejidad que hacen necesaria tener esas herramientas profesionales que ponen en juego el marco teórico y que solo se adquieren a través de experiencias que dan la práctica. Los consultorios jurídicos gratuitos, del área de extensión universitaria, han venido haciendo de catalizadores de esta técnica didáctica, permitiendo a su vez prestar un servicio comunitario de gran valor.

La Investigación. También es importante mencionar en el nuevo plan la incorporación de la investigación como parte de la formación académica, lo cual es muy plausible ya que la investigación es indispensable para el desarrollo de la disciplina y la adquisición de nuevos conocimientos.

Como se dijera, la investigación produce conocimiento nuevo, la investigación científica propiamente dicha, por ello estimo que la curricula posee un taller de metodología de la investigación y la puesta en práctica de esto, que es un trabajo de investigación, poniendo así un horizonte amplísimo con un objetivo científico, académico, en aras de la producción de conocimiento disciplinar, que tal vez, veremos los resultado de ello en un tiempo.

### **3. ¿Cómo fortalecemos el cambio de paradigma educativo?**

Estimo que el marco que propicia las condiciones está felizmente dado, y que sería un modo de fortalecer el cambio de paradigma apuntando a cuestiones relacionadas a las herramientas didácticas utilizadas por los docentes en sus clases, en recrear esas herramientas de un modo que le permitan llevar a cabo intercambios con los estudiantes en la construcción su conocimiento. Es decir que estas herramientas les permitan a los estudiantes sentirse involucrados en la construcción de su conocimiento profesional, y para ello la elección que haga el docente de sus estrategias, de sus herramientas, es fundamental.

También, en este sentido, comparto lo expresado por Silveira (2012), quien evidencia como parte inherente de este proceso, la necesidad de la creación de diferentes recursos cuyo objetivo sea permitir un procesamiento de las evaluaciones y devoluciones, que constituyan aportes fundamentales desde sus funciones diagnósticas, formativas y sumativas imprescindibles para su fortalecimiento y regulación.

Y que resulta imprescindible asumir una toma de decisiones en cuanto a la elección de las estrategias a desarrollar por parte del profesor, en la cual el eje esté centralizado en la creación de herramientas didácticas que, promoviendo el intercambio de aprendizajes, esté orientada hacia la generación y el estímulo permanente del proceso de construcción del aprendizaje.

La creación de herramientas didácticas representan un conjunto de actividades ordenadas y articuladas dentro del proceso enseñanza-aprendizaje de una asignatura y son necesaria para fortalecer el concepto de construcción de conocimiento.

La estrategia didáctica puede definirse como el resultado de un proceso de análisis y toma de decisión por el cual el docente elige un curso de acción para apoyar y orientar el proceso de aprendizaje de sus alumnos. Supone la construcción de un camino que orienta las acciones a desarrollar junto con un grupo de estudiantes. Incluye un conjunto de actividades y técnicas de enseñanza variadas de acuerdo con el propósito que se persigue en cada momento, que se irán utilizando a lo largo de este camino. Por ejemplo, habrá actividades más centradas en el docente que resulten apropiadas para obtener y sistematizar información, habrá otras dirigidas a mejorar la información teórica y sobre el contexto, habrá actividades en las que se requiera una producción o respuesta original del estudiante o del grupo. Es importante señalar que las estrategias didácticas no solamente organizan el trabajo del docente, sino, sobre todo, el de los estudiantes y deben contribuir a que los mismos desarrollen sus propias estrategias de aprendizaje. Esto es así si asumimos que el aprendizaje guiado por el docente constituye solo la etapa inicial y de habilitación para la realización de una tarea que se irá completando con un aprendizaje autónomo y procesos periódicos de actualización en la medida en que la tarea a desarrollar lo demande. Para ello, es imprescindible que los estudiantes cuenten con conocimientos básicos sólidos, pero también y sobre todo, con herramientas propias para adaptar esos conocimientos a diferentes situaciones, para completarlos en función del contexto, etc. (Álvarez, Mónica; Alzamora, Sonia; Delgado, Verónica; Garayo, Perla; Moreno, Verónica; Moretta, Rosana y Negrotto, Adolfo, 2008).

Podemos mencionar varias estrategias de enseñanza - aprendizaje, brevemente reseño las más utilizadas:

- Aprendizaje Basado en Problemas. El Aprendizaje Basado en Problemas (ABP) es una estrategia de enseñanza-aprendizaje en la que un grupo pequeño de

alumnos se reúne, con la facilitación de un tutor, a analizar y resolver una situación problemática relacionada con su entorno físico y social.

- Aprendizaje Colaborativo. En su sentido básico, aprendizaje colaborativo (AC) se refiere a la actividad de pequeños grupos desarrollada en el salón de clase. Aunque el AC es más que el simple trabajo en equipo por parte de los estudiantes, la idea que lo sustenta es sencilla: los alumnos forman "pequeños equipos" después de haber recibido instrucciones del profesor. Dentro de cada equipo los estudiantes intercambian información y trabajan en una tarea hasta que todos sus miembros la han entendido y terminado, aprendiendo a través de la colaboración.
- Aprendizaje Orientado a Proyectos. El aprendizaje orientado a proyectos busca enfrentar a los alumnos a situaciones que los lleven a rescatar, comprender y aplicar aquello que aprenden como una herramienta para resolver problemas o proponer mejoras en las comunidades en donde se desenvuelven.
- Método de Casos. El método de casos es un modo de enseñanza en el que los alumnos construyen su aprendizaje a partir del análisis y discusión de experiencias y situaciones de la vida real. En general, esta forma de trabajo busca dar a los estudiantes la oportunidad de relacionar los conocimientos teóricos del curso con ambientes de aplicación práctica. Para ello, se les involucra en un proceso de análisis de situaciones problemáticas, a las cuales se denomina **casos**. Ante la situación planteada, el estudiante debe formular una propuesta de solución fundamentada en principios teóricos de la disciplina o en principios prácticos derivados del contexto descrito en el caso.
- Aprendizaje-Servicio. El aprendizaje-servicio enlaza dos conceptos complejos: acción comunitaria, el "servicio" y los esfuerzos por aprender de la acción, conectando lo que de ella se aprende con el conocimiento ya establecido, el "aprendizaje".

Los primeros practicantes del aprendizaje-servicio se apoyaron pedagógicamente en el campo de la educación experiencial. Para asegurar que el servicio promoviera un aprendizaje significativo, ellos buscaron conectar la experiencia de los estudiantes con la reflexión y el análisis provisto en el currículum. Ellos señalaron la importancia del contacto con problemas sociales complejos y

contemporáneos, y los esfuerzos para resolverlos como un elemento importante de una educación integral.

- Aprendizaje Basado en Investigación. El Aprendizaje Basado en Investigación (ABI) consiste en la aplicación de estrategias de enseñanza y aprendizaje que tienen como propósito conectar la investigación con la enseñanza, las cuales permiten la incorporación parcial o total del estudiante en una investigación basada en métodos científicos, bajo la supervisión del profesor.

La enseñanza basada en investigación hace referencia al diseño del programa académico donde los estudiantes requieren hacer conexiones intelectuales y prácticas entre el contenido y habilidades declarados en el programa, y los enfoques de investigación y fronteras de las disciplinas que lo componen.

- El espacio del seminario. Como semillero, espacio de interacción, ámbito de relación entre seres preocupados por un mismo tema, es una unidad de comunicación y de interaprendizaje, o no es nada. El seminario es un espacio donde está en juego la mirada pedagógica siempre en la relación con el otro, en el sentido de lo que significa construir y construirse en el respeto por cada ser humano. No hay pedagogía universitaria posible si no se crea algo en cierto espacio del saber y de la práctica, si no está en juego un espíritu crítico, si quienes participan en esos procesos no se ven a sí mismos, todos, como estudiosos aún cuando algunos tengan más experiencia que otros en la posesión del campo. Como un lugar de encuentro, en primer término.

Es importante que en las prácticas docentes se lleven a cabo reflexiones sobre las propias prácticas, cristalización y resignificación del curriculum o programa de estudio que permitan identificar las características socio-cognitivas del sujeto de aprendizaje por medio de instrumentos para conocer/ diagnosticar los saberes previos, los intereses, las necesidades y las habilidades de los alumnos. Este primer momento es de suma importancia ya que permite anticipar la intencionalidad de la estrategia didáctica como forma de intervención docente. Un aspecto significativo es la preocupación por restablecer niveles de construcción conceptual de los conocimientos que permitan, a partir de los mismos, el desarrollo de estrategias de enseñanza. (Álvarez, Mónica, et al, 2008) También debe tenerse en cuenta el desarrollo de procesos de aprendizaje de complejidad progresiva que supone prestar especial atención a las formas de abordaje y progreso de

los aprendizajes y a su encadenamiento. Así como el reconocimiento de las posibilidades de elección en el proceso de enseñanza: las propuestas didácticas deben incluir posibilidades de elección para los estudiantes, caminos alternativos para lograr sus aprendizajes que les permitan seleccionar los que mejor respondan a sus características personales, estilos cognitivos y al contexto en que se utilizarán los conocimientos (Álvarez, Mónica, et al, 2008).

.

La evaluación es uno de los aspectos críticos de la implementación de la enseñanza. Son muchas las oportunidades en que los docentes innovan en las actividades, generan tareas de producción por parte de los estudiantes pero, a la hora de evaluar, vuelven a utilizar los mecanismos tradicionales de verificación de los conocimientos adquiridos. Por ello los métodos de evaluación son un punto a reevaluar en la implementación del nuevo programa de estudio.

#### **4. Algunas conclusiones**

En un sistema jurídico donde hasta el código civil ha cambiado de paradigma colocando en su centro normativo a la persona y sus derechos humanos, ¿por qué demoramos en humanizar el aprendizaje? El aprendizaje humanista es democrático y centrado en la persona, en la comunicación, en el intercambio.

Hoy en día no hay que hacer un cambio de paradigma educativo forzado ya no hablamos de transmitir conocimiento sino de construirlo. Esta construcción de conocimiento en las aulas de la facultad de derecho de la UNLPam debiera llevarse a cabo a través de docentes responsables y comprometidos en la enseñanza de sus alumnos. Docentes que vean en sus alumnos a personas humanas, con todo su bagaje y circunstancias, que están allí motivados en su aprendizaje, y a los que también debemos enseñarles o remarcarles la responsabilidad en su aprendizaje. Dejar en claro que han venido a la facultad para aprender a ser abogados, no para aprobar.

Y en esta perspectiva es que el nuevo plan de estudio da pie a todo ello. Nos abre una dimensión dentro del paradigma de la construcción del conocimiento asistida por el docente, en el marco teórico y en el área práctica. El área práctica permite aprender haciendo, aprender en el ejercicio. Y la formación en la investigación permitiría que los alumnos tenga un conocimiento crítico, que ellos mismos se planteen y replanteen sus

conocimiento y a través de la investigación alcances nuevos conocimientos que enriquecen a la disciplina toda.

El desarrollo de contenidos, la comunicación del docente con los alumnos, las herramientas didácticas utilizadas por los docentes en sus clases, recrear esas herramientas de un modo que le permitan llevar a cabo intercambios con los estudiantes permitirán la construcción su conocimiento, y permitirá a los estudiantes sentirse involucrados en la construcción de su conocimiento profesional.

La elección que haga el docente de sus estrategias, de sus herramientas, es fundamental para fortalecer y acompañar este cambio en el nuevo plan de estudios. También lo serán lo programas de fortalecimiento y formación en docencia de los docentes de la Facultad.

# LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO EN MATERIA DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS E INTERESES COLECTIVOS

Mariana Soto  
UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa,  
Argentina

## 1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación<sup>1</sup> en su entrada en vigencia se convierte en un sistema jurídico “que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales: 1) sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el CCyC; 2) servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes<sup>2</sup>”

Es así que este plexo normativo cambia varios paradigmas jurídicos, adecuándose a la perspectiva constitucional-convencional, y colocando a la persona humana en el centro de la tutela jurídica, “busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.<sup>3</sup>”

Con el alcance de los nuevos paradigmas del CCCN es que al derecho de daños se lo ha repensado, y el principio general “*alterum non laedere*” (*el que daña repara*) que ha sido definido en reiteradas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como ligado a la idea de reparación -por ejemplo los fallos "Santa Coloma", "Aquino", "Diaz, Timoteo",<sup>4</sup> entre muchos otros- para los derechos de la personalidad y los bienes colectivos como sistema de protección, no es suficiente.

Por ello, la nueva dinámica del derecho de daños apunta a la prevención, como una instancia previa a su acaecimiento o en curso, quedando la responsabilidad civil como instancia posterior y reparadora, para el caso que no fuera posible evitar la ocurrencia del daño previsto.

## 2. La función preventiva del daño en el CCCN

---

<sup>1</sup> A los fines de esta presentación se utilizará “CCCN” para referirse al Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>2</sup> Código Civil y Comercial Comentado. Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015. Tomo I, pag. 5.

<sup>3</sup> Código Civil y Comercial Comentado, ob cit, Tomo I, ... ob. cit., pag. 9.

<sup>4</sup> "Santa Coloma" Fallo 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473.

Dicen con certeras palabras los jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Paraná, Entre Ríos en un reciente fallo que:

La justicia que más propende a la paz social es la preventiva, que por ello ha sido calificada como la más alta. A comienzos de la década del 90, Peyrano describía como novedad doctrinaria jurisprudencial al mandato preventivo, “institución incipiente de la mentada "justicia preventiva" íntimamente relacionada con la figura del “juez con responsabilidad social”, superador del modelo de juez “boca de la ley” -cuya faena se centraba en la subsunción de los hechos en las correspondientes normas legales infraconstitucionales, que intervenía oficiosamente lo menos posible en el decurso del proceso so pretexto de neutralidad y de aplicación de la ley a rajatabla, que aplicaba el dogma de fe: "lo que no está en el expediente no está en el mundo", y que consideraba que para un caso dado sólo puede existir una única solución jurídica- (en Marrama, 2017)

Es así que el rol del juez es preponderante, se le “confiere un amplio poder a los magistrados para adoptar las medidas que resulten más apropiadas, y se aparta del principio dispositivo.<sup>5</sup>” El art. 1710 del CCCN lo coloca ante la consagración del deber de prevención. Si bien este deber preventivo ya se encontraba en algunas leyes especiales, y en la propia constitución (arts. 43 y 19 C.N.), resulta útil y extensivo como norma genérica del derecho privado.

El art. 1710 contempla el deber genérico de no dañar a otros. Dice:

Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Ante la circunstancia de omitirse el deber de prevención, se da lugar a la acción judicial preventiva (art. 1711), reconociendo legitimación activa para petitionar judicialmente la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado (art. 1712).

---

<sup>5</sup> Código Civil y Comercial Comentado, ob. cit., Tomo IV, p. 415.

El deber genérico de prevenir el daño de “toda persona”, al decir de la norma “*en cuanto de ella dependa*”, nos deja inferir “que la posibilidad de prevenir debe encontrarse en su esfera de control, pues en caso contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecte la libertad<sup>6</sup>. ”

En este sentido expresa Alejandro Alberto Fiorenza (2018)<sup>7</sup> en un excelente análisis doctrinario del art. 1710 del CCCN, citando a Galdós (2014) que:

Lo que se indica que debe evitarse no es el daño mismo, sino la causación de este, es decir, la puesta en marcha de la cadena causal atinente a la producción del daño o la introducción en ella de una cierta condición que cuente con la entidad suficiente para provocarlo.

En otras palabras, se entronca dentro de lo que se conoce como tutela inhibitoria, que en su faz sustancial “consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado, es decir de adoptar las conductas positivas y de abstención conducentes para impedir su producción o agravamiento. Ello así en la medida que esa conducta dependa de la persona (‘en cuanto de ella dependa’, dice la norma) y en base a los dos parámetros: la buena fe y la razonabilidad, lo que implica analizar las circunstancias de cada caso<sup>8</sup>

Y citando también a Pascual Alferillo (2015), con quien coincidimos al decir que:

“dicha norma “impone el deber de prevención a toda persona sin distinción, razón por la cual se debe entender que incluye tanto a las humanas (arts. 19 y sigs.) Como a las jurídicas (art. 141, sigs. y concs.) que tengan la posibilidad material o jurídica de evitar el perjuicio sea la vinculación contractual o aquiliana”; aunque aclara que su incumplimiento no traerá aparejada sanción alguna “si el sujeto no tiene la capacidad para impedir la producción del menoscabo”, puesto que “la ley no le exige a la persona un esfuerzo anormal o extraordinario para prevenir daños que están fuera de su alcance fáctico o jurídico” ”

Ahora bien, ¿qué sucede con el Estado? Si por un lado, tenemos al art. 146 del CCCN que se refiere a este como una persona jurídica pública, pero, al mismo tiempo, se ha eliminado su responsabilidad de la mano de lo normado por los arts. 1764 y 1765 del

---

<sup>6</sup> Código Civil y Comercial... ob. cit., Timo IV, p. 412.

<sup>7</sup> Fiorenza Alejandro Alberto, El deber de prevenir el daño. Análisis del art. 1710 del Código Civil y Comercial.ED jueves 24 de mayo de 2018, ISSN 1666-8987, N° 14.413, AÑO LVI, ED 277.

<sup>8</sup> Galdós, Jorge M., en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo L. Lorenzetti (dir.), 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. VIII, pág. 294. Cita por Alejandro Alberto Fiorenza, en El deber de prevenir el daño. Análisis del art. 1710 del Código Civil y Comercial.ED jueves 24 de mayo de 2018, ISSN 1666-8987, N° 14.413, AÑO LVI, ED 277.

mismo cuerpo normativo. Por lo cual no resultaría alcanzado el Estado por aquel, así como tampoco por el deber de no dañar, tal y como se encuentran regulados en el CCCN, ya sea que se trate del Estado nacional, provincial o municipal. Todo ello, sin perjuicio de que pueda existir algún otro deber de análogas características que le fuera impuesto en virtud de lo normado por otra legislación especial, como la ley 26.944, que en su art. 1° deja en claro que rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas (Fiorenza, 2018,p.2).

La sensibilidad de este punto se ve reflejada en la prevención del daño en cuanto a los derechos personalismos tal como lo desarrollamos más adelante.

Indica la norma el deber general de prevención en el inciso b) que impone “adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud”. Aquí puede adoptar medidas quien no ha causado el daño, es un hecho ajeno, su deber surge desde que puede evitar que ese daño se incremente. Es un deber jurídico que se impone a terceros siempre y cuando esté a su alcance hacerlo. Por este motivo el tercero que adopta las medidas razonables para evitar o disminuir un daño, tiene derecho a un reembolso del culpable de la conducta, conforme las reglas del enriquecimiento ilícito.

Y esas medidas razonables que debe adoptar deben ser llevadas a cabo con la lealtad y convicción de estar evitando un detrimento excesivo, es decir con buena fe.

A diferencia de lo que acontecía con el inciso anterior, aquí sí se habla directamente de evitar la producción del daño, porque, en realidad, la cadena causal ya ha sido inaugurada. Quedando tanto el inc. a) como el inciso b) como normas generales, solo que el primero se refiere especialmente al sujeto que pone en marcha la causalidad del daño o que introduce en ella una condición de peso para su inicio, mientras que el segundo apunta no solo a estos, sino también a otros sujetos diferentes, que al igual que aquellos pueden interrumpir esa causalidad cuya marcha ya ha sido iniciada. De ahí que haya quienes sostienen correctamente que también “el deber de prevención-evitación comprende el daño causado por un tercero (Fiorenza, 2018, p.4)

Y certera su afirmación citando a Nicolás Maglie (2015), que es posible apreciar “que el nuevo Código propende a un rol activo de las personas como componentes del cuerpo social, obligándolas, dentro de sus posibilidades y de acuerdo a sus circunstancias, a evitar la producción de daños o disminuir la cuantía de estos, aun cuando no fueran los

responsables de los mismos, y dicha responsabilidad repercutiera en terceros” (Fiorenza, 2018, p.4)

Por último, el inciso c. establece “no agravar el daño, si ya se produjo”, es un deber que opera con posterioridad a la producción del daño. Nos dice Fiorenza (2018, p.4) citando a Pascual Alferillo (2014), que la ley impone el deber de no empeorar la situación del sujeto pasivo del mismo. En este sentido y más allá de que el agravamiento de los menoscabos puede ser producido por acción u omisión del sujeto productor de los mismos, se debe tener en cuenta que nace como novedad para el mundo jurídico, con esta regulación, el deber de colaborar con el mejoramiento de la víctima o al menos con el no agudizar los padecimiento de ella”

## **2.1 Dificultad metodológica en la función del daño preventivo**

Existe en este sistema preventivo del daño una debilidad que surge de haber colocado al lado del daño al riesgo. Al iniciarse el capítulo con una referencia genérica en el art. 1708, a que los artículos siguientes aplican las funciones de prevención y reparación. Pero todo el resto de las disposiciones del Título V, y en particular del Capítulo 1 (Responsabilidad Civil), excluyendo los arts. 1710 a 1713, siguen haciendo referencia al daño como elemento aglutinador de los supuestos de hecho generadores de responsabilidad.

De hecho, en las disposiciones sobre responsabilidad, como ser en los hechos de ciertas cosas o actividades, como los arts. 1757 a 1759, se advierten algunas escasas menciones al riesgo, pero se responsabiliza por el daño efectivamente causado; e incluso expresamente se deja por fuera la exoneración el caso de empleo por parte del ofensor de técnicas de prevención del daño.

Lo curioso es que otros artículos que tienen un cariz eminentemente preventivo por fuera de la responsabilidad civil, sí requieren la presencia de riesgos graves e inminentes; a título de ejemplo, el art. 41 lit. b) en sede de internación compulsiva indica que la misma procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros.

En definitiva, más allá de la intención explicitada al comienzo del Título por parte de los codificadores, que apuntaba a colocar al mismo nivel a la prevención y al resarcimiento, lo cierto es que esta última función prevalece notoriamente, y la prevención ocupa un

lugar básicamente secundario, reducido a un mecanismo procesal que es fácilmente reconducible a otros instrumentos preexistentes.

### **3. Los derechos personalísimos**

Cuando hablamos de derechos personalísimos nos referimos al reconocimiento y respeto de la personalidad humana y su dignidad propia en el doble aspecto corporal y espiritual (Rivera y Crovi, 2016). Quedan comprendidos en esta categoría el derecho a la identidad, al honor, a la intimidad y a la imagen como tuitivas de la personalidad espiritual. El derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a la disposición del cadáver, son los que hacen a la personalidad física. Todos ellos fundados en la idea básica de que la persona humana es inviolable y tiene una dignidad (art. 51 CCCN).

Sin ahondar en el desarrollo de los derechos personalísimos en sí, en cuanto el tema que analizamos, el deber jurídico de prevenir el daño como nuevo paradigma del CCCN, dijimos que según lo establecido por el art 1710 es respecto a un daño que no se ha producido, o a aquel que acontecido pueden realizarse medidas para su mitigación o cese, siempre “que la posibilidad de prevenir se encuentre en la esfera de control, pues en caso contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecte la libertad.

Ello da pie para abordar la posible tensión entre derechos personalísimos o entre la protección de bienes jurídicos y la ajustable libertad de actuación. Se evalúan los límites externos al propio derecho y se trata de optar entre uno u otro. Se suele concluir que los derechos prevalecen y que uno de los derechos debe sacrificarse sea porque apriorísticamente es inferior, o bien, porque lo es en el caso concreto. Si partimos de la base de que se trata de derechos amparados por la Constitución Nacional debe entenderse que deben ser armónicamente considerados a fin de alcanzar una composición equitativa de los intereses en conflicto. Sin embargo, si nos posamos en la faz preventiva, vale decir, cuando la colisión concreta aún no se produjo se deberán, desde ésta perspectiva, ponderar los intereses en conflicto y armonizarlos, o bien, sopesarlos. (Valente, 2017)<sup>9</sup>

La jurisprudencia ha destacado -por ejemplo- que se deben ponderar dos intereses esenciales: por un lado, el derecho de la sociedad a estar informada; y por el otro, el

---

<sup>9</sup> Valente Luis, La función preventiva, la función demarcatoria y la tutela judicial efectiva en el moderno derecho de daños (en materia de derechos personalísimos), XXVI Jornadas Nacionales De Derecho Civil – La Plata- 28, 29 y 30 de Septiembre de 2017.

derecho de los sujetos que pueden resultar afectados por el uso que se haga del medio periodístico. En tal situación se deben tener en cuenta las circunstancias del caso. La naturaleza de los derechos exige una precisa determinación de los intereses en juego. En el caso de los derechos personalísimos se exige una consideración especial, habida cuenta de que la cautelar pretendida es susceptible de poner en tensión esos derechos con otros amparados por la Constitución, como por ejemplo, la libertad de expresión o información. (Conf.: CNFed.Civ y Com. Sala III, 05/06/2012. “Mandante S.A c/Yahoo.Com. y otros s/ medida cautelar”. MJ J80514)

En rigor, no se puede hablar de sopesar derechos que no han sido ejercitados sino de ponderar intereses que deben ser aproximados.

Con lo expuesto, queda en pie un aspecto de la problemática y referido a la ponderación de los intereses en conflicto, a fin de delimitarlos acabadamente y sobre la base de justipreciar los límites internos del derecho amenazado.

En la tutela preventiva el interés en obrar se patentiza ante la actividad peligrosa cuyas consecuencias pueden ser evitadas, o disminuidas en sus efectos, o bien, ante el daño jurídico que efectivamente se va a producir, o que si ya se produjo, se trata entonces, de no agravarlo (art. 1710 CCCN).

También nos referimos a la antijuridicidad como una *proyección estimativa* de dos derecho cardinales cuya disputa, *prima facie*, no siempre es fácil de resolver. Es una proyección estimativa que acontece en mayor o menor medida en función del *juicio de probabilidad* que ofrezca la amenaza y que hace previsible la producción del daño. Las consecuencias probables de una acción pueden servir de fundamento para valorar la acción como útil o como peligrosa.

En definitiva, si el hecho no se produjo no puede hablarse de causalidad física pero sí jurídica y sobre la base de una probabilidad razonable.

No se puede exigir la certeza del derecho material sino ponderar la probabilidad de daño y de la razón que seguramente asiste a quien peticiona la medida. De allí que no es del caso exigir el factor subjetivo de atribución (conf. Art.1711- última parte-CCCN) sino la objetiva existencia de aquellos factores que inciden decisivamente en la prohibición inmediata de aquella difusión. El mismo se erige en aquel interés jurídico posiblemente conculcado y que justifica al proceso urgente. El factor tiempo juega un rol propio y decisivo en ésta tutela jurisdiccional diferenciada.

Un interesante fallo de la Cámara Civil y Comercial de Paraná<sup>10</sup>, pone en juego todo lo hasta aquí desarrollado, y muestra como los jueces en ese “sopesar de intereses” que surgen de derechos personalísimos, son guiados por el principio rector de Derechos Humanos del CCCN que es la integridad, inviolabilidad y dignidad de la persona humana. El caso se trata de una impugnación de paternidad de una niña con discapacidad, a la cual se le hace lugar a la impugnación, pero la medida judicial ordena la continuidad de la cobertura de salud por parte del impugnante hasta que sus padres puedan afrontar la cobertura medica de la niña, en función del mandato preventivo aplicado con mucha lucidez por los camaristas.

#### **4. Los intereses colectivos**

En el desarrollo de este punto se ha elegido el uso del término interés difuso siguiendo la idea de ampliación en la legitimación del art. 1710 para solicitar la prevención de un posible daño, y que habla del interés legítimo de toda persona. Empero no dejamos de referirnos a los derechos colectivos en sí, y previo a desarrollar la idea de función preventiva en el daño, en la materia realizamos la distinción que ha hecho la CSJN, y que se encuentran explicitados por el Dr. Galdós en un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil de Azul<sup>11</sup>. Resumimos:

<b>DERECHOS INDIVIDUALES</b>	<b>DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA</b>	<b>DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA REFERENTES A INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS</b>
------------------------------	---	--

<sup>10</sup> Expte. N° 8586 - "G. P. V. S c/ O. C. V. s/ ordinario impugnación de paternidad" - Cámara de Apelaciones en Lo Civil y Comercial de Paraná (Entre Ríos) - Sala Tercera – 20/02/2017. [elDial.com](http://elDial.com) - AA9DAF

<sup>11</sup> Voto del Presidente de la Cámara de Apelaciones de Azul en el marco de la sentencia dictada en la causa “Herrera, María Josefa c/ El Trincante S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios” (Expediente N° 56.869, sentencia del 27/12/12).

<p><b>Derechos subjetivos patrimoniales o extrapatrimoniales</b></p> <p>Se debaten en un proceso bilateral, aun cuando concurra pluralidad de sujetos (actores o demandados) y de litisconsorcio activo o pasivo, en el que la obligación disputada es única, dictándose una sentencia con efectos entre las partes.</p>	<p><b>Tienen por objeto bienes colectivos (o derechos colectivos, transindividuales o supraindividuales).</b></p> <p><b>Y se subdividen en: difusos, colectivos o públicos.</b> Y ésta subclasificación atiende a si los derechos son referidos a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- un grupo indeterminado o de difícil determinación (difusos),</li> <li>- un grupo determinado (colectivos),</li> <li>- a los ciudadanos (públicos).</li> </ul> <p><b>La CSJN en “Halabi”</b> (La Ley, 2009-B, 157), establece que están legitimados el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado (art. 43 Const. Nac.).</p>	<p><b>Que recaen sobre derechos individuales homogéneos (o derechos individuales homogéneos o pluriindividuales homogéneos, o también llamados daños masivos o daños plurales diferenciados).</b></p> <p>Se trata de una pluralidad de derechos subjetivos divisibles, aunque homogéneos porque tienen una causa común, de hecho o de derecho, en los que la cuestión sobre la responsabilidad civil es única por lo que es aconsejable y conveniente el dictado de una sola sentencia con efectos <i>erga omnes</i>, posponiendo para otra etapa la determinación y cuantificación de los daños individuales (patrimoniales y extrapatrimoniales)</p>
--	---	--

El artículo art. 14 del CCCN, sobre derechos individuales y de incidencia colectiva, establece que se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, y c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al

consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Los Fundamentos del Proyecto del CCCN (2015, p. 175) que en los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos.

Como nos señala Pablo Lorenzetti (2015), esto es así debido a que en materia de perjuicios ambientales nos encontramos generalmente frente a situaciones continuadas en el tiempo e irreversibles en sus efectos. El fin último del resarcimiento del daño, cual es el de volver las cosas al estado anterior a la producción del mismo (art. 1.083 del Código Civil anterior), resulta de cumplimiento imposible en la mayoría de los casos. (Por ejemplo ¿Cuánto vale la extinción de una especie de aves o de elefantes? ¿Qué valor tiene la afectación del paisaje por la construcción de un complejo habitacional que altera notablemente el hábitat?)

Siguiendo a este autor, nos dice que la última parte del artículo 1.713 introduce una pauta interesante que también ha sido muy utilizada por nuestra jurisprudencia: el juicio de ponderación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación claramente ha hecho suyas estas ideas al fallar, entre otros precedentes, en el caso “Salas”<sup>12</sup> al decir que la aplicación del principio precautorio -art. 4º, ley 25.675- implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable, por lo que no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (Cons. 2).

Dicen los fundamentos del proyecto del código que citáramos, que el nuevo CCCN “pretende ser el factor de integración del conjunto de los microsistemas del derecho privado”. Por lo cual, hace mención a la prevención del daño que se contemplan, por ejemplo, en la Ley General del Ambiente, en su art. 4º, que reconoce el principio de

---

<sup>12</sup> “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”. 26/03/2009. En LL 08/04/2009, 11; LL 2009-B, 683; LL 06/11/2009, 5

prevención y el principio precautorio; en la Ley de Defensa del Consumidor, en su art. 52, en la ley 23.592 de Actos Discriminatorios, dispone una acción preventiva en su art. 1º; la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que dispone en el art. 79 una acción preventiva de espectáculo.

Lo interesante de este punto es que los microsistemas enmarcados por el artículo de la Constitución Nacional reconocen la función preventiva del daño y expresamente a los legitimados activos colectivos y difusos. El CCCN amplía esa legitimación, otorgándosela para prevenir “a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño”

## **5. Algunas conclusiones**

La función preventiva del daño es un deber jurídico impuesto por el CCCN. Es el deber de prevención consistente en omitir realizar una actividad determinada potencialmente dañosa, o bien restringir o imponerse limitaciones en el ejercicio del propio poder de actuación propia o de un tercero responsable.

En la función preventiva de derechos personalísimos y de derechos colectivos nos encontramos ante dos cuestiones que hacen a la prevención en sí. Una de ellas es la valoración oportuna intereses de los intereses sopesados, y que a su vez, generan una limitación a la libertad de actuación. La otra cuestión, es la tutela judicial efectiva para la prevención y el rol que el juzgador tiene en ello. Esta tutela para obtener esa funcionalidad preventiva debe ser eficaz.

Es preeminente la función preventiva de la responsabilidad civil por sobre su función resarcitoria.

El rol del juez es preponderante, se le confiere un amplio poder a los magistrados para adoptar las medidas que resulten más apropiadas, y se aparta del principio dispositivo del derecho privado (CCCN Comentado, Tomo IV, p. 415).

Es el juez quien se encuentra comprendido también en el deber jurídico que establece el art. 1710 al decir “Toda persona tiene el deber”; y es él, el que debe realizar la ponderación de los intereses en conflicto, de realizar una ponderación razonable.

# EL ESTADO COMO SUJETO SUPUESTO SABER. LAS RECOMENDACIONES DE LA FIA Y LA CIRCULACIÓN DEL SABER EN LA TEORÍA DE LOS DISCURSOS DE LACAN

Héctor Manuel Tedín (h)  
Fiscalía de Investigaciones  
Administrativas\*

## 1. Introducción

La presentación que llevaré a cabo resulta de dos aguas, por así llamarlas, que han chocado, dos corrientes diferentes que se han encontrado hasta formar un delta que vale la pena analizar.

Por un lado, la naturaleza jurídica de las «recomendaciones» que realiza un organismo del Estado, organismo para el que trabajo desde hace 14 años, la FIA, las que no se inscriben en la lógica de lo legal dentro de las permisiones, la prohibiciones y las obligaciones, lo que aquí en la Academia se denomina «lógica modal»; y por el otro, a raíz de los movimientos de la comunidad académica, la lucha por la garantía de la educación pública de calidad a los 60 años de la UNLPam, el desarrollo de la teoría de los discursos lacanianos, originalmente destinada también a los no analistas en la Escuela Superior de París y, con esto, llevando al Psicoanálisis por fuera de los consultorios y hacia el campo de la epistemología.

Es decir, por un lado tenemos un decir Derecho que no encaja muy bien en lo que es el decir Derecho, las «recomendaciones» de la FIA. Por el otro, el decir del Psicoanálisis que no encaja muy bien en la Psicología. Estos dos decires que son decires que dicen mucho más parecen confluir, si bien al principio es un «choque», en lo que en definitiva quiero alcanzar aquí como postura: El Derecho es una ciencia social y el Psicoanálisis me ayudará a decirlo. No cualquier Psicoanálisis, sino el Lacaniano. Quedará por responder, quizá, el lugar que ocupe el «administrado» en todo esto, categoría polémica, pero polémica que no trataremos de apaciguar. No hoy.

## 2. «Nada se da tan generosamente como las recomendaciones...»

---

\* El presente trabajo representa exclusivamente el pensamiento personal del autor, fruto de sus investigaciones, siendo él mismo responsable de lo aquí escrito. De ningún modo este trabajo refiere la postura o las ideas de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, sus funcionarios o sus agentes.

El escritor francés Francisco VI, duque de La Rochefoucauld (2012) solía decir algo así a quienes recurrían a él por su rápida y sutil sabiduría. Sabiduría «de tranvía» podríamos llamar hoy, que casi no existen los tranvías.

La Fiscalía de Investigaciones Administrativas, en ejercicio de la competencia impuesta en la Constitución Provincial (Art. 107); la Ley 1830 y el Decreto Reglamentario, tomó como «costumbre» -permítaseme esta palabra- la de emitir sus decisiones finales, luego de la investigación pertinente, acompañadas de «recomendaciones», «consejos» o «notas» para un más óptimo proceder. Esto es, a la forma y contenido de todo acto administrativo -y deberemos dejar la discusión de lado sobre si el acto final de intervención de la FIA es, técnicamente uno- y, en particular, sobre lo que hace al «fondo» de la cuestión, la investigación de las irregularidades denunciadas o abordadas de oficio, también se decide desde un lugar que, si bien está circunscrito a la propia competencia, la excede, la magnifica, pero no la infringe: la «recomendación» adquiere aquí el carácter de una «sugerencia», de una «encomienda» no deóntica, ya que no es ni una prohibición, ni una permisión ni una obligación, para un mejor-hacer. Esta «recomendación», al fin, puede tener diferente contenido, variando desde cuestiones netas de praxis administrativa hasta una suerte de control de convencionalidad difuso.

La reciente publicación del libro de la FIA por la EdUNLPam, los «Lineamientos de Trabajo» (2017), son una grata recopilación de las principales «recomendaciones» y, al mismo tiempo, en tanto decisión de un Poder del Estado, un Extra-Poder del Estado, ponen en cuestión esto que mencioné más arriba: ¿desde qué lugar la voz decisoria de un organismo estatal puede escapar a la lógica jurídica, la lógica deóntica, y aún así seguir siendo jurídica? ¿Qué clase de discurso es esto de «recomendar»?

De todas formas, las «Recomendaciones» de la FIA sí tienen un primer carácter «civilizador», lo que para el Psicoanálisis es «carácter constitutivo» del sujeto administrado, en tanto lo inscribe en un orden simbólico, un «Discurso», que conflictuaremos más adelante.

Nada se da tan generosamente como las recomendaciones, dice La Rochefoucauld, porque quienes las damos, a los amigos, a los conocidos, a los parientes, nos ponemos en un lugar de saber, o lo que es peor, no tenemos dinero, ya que las personas prefieren el dinero a aquellas.

### **3. Lacan y un dispositivo para el lazo social**

En los años más convulsionados de la historia académica universitaria reciente, estoy hablando de fines de la década del '60, Lacan -y a propósito de sus propias vivencias- desarrolló una «teoría sobre el discurso», en la que el decir del discurso era apenas representativo, en la que el decir lleno de palabras era un muro que había que evadir. En el «Seminario 17» (2008) el psicoanalista francés, expulsado de la IPA y atacado en la Escuela Normal Superior de París por dar clases sin un presunto rigor científico, enuncia una primera definición de discurso, definición que tomaremos para situar al Derecho, su status de ciencia social y el decir de la FIA en sus «recomendaciones»: una estructura necesaria que excede a la palabra, que instaura relaciones duraderas en el tiempo.

El «discurso» es el primero y más importante de los elementos que fundamentan la teoría del lazo social, por la que el Psicoanálisis abandona del diván y se ubica claramente como una ciencia social.

A partir de ello puedo ratificar que el «discurso» es un «espacio de producción de significados y resignificaciones» (Mainguenneau, 1980) cuyo fin esencial es que todo objeto o práctica (referente del mundo real) sea apropiada por los agentes sociales (Buenfil Burgos, 1990): contenido-educando, ley-administrados, etc.

La relación entre quien enuncia el discurso y quien lo recibe, intermediando en la apropiación de un objeto/proceso, genera un vínculo que se constituye como «lazo social fundado en el lenguaje» (Lacan, 2008). Al fin de cuentas, el discurso es «siempre del otro» ya que ningún sujeto tiene acceso directo a los objetos/procesos de la cultura sino a través de un otro, con todas las vicisitudes que ello implica. Son aquellos que cumplen la función materna y paterna, y luego los docentes y luego el grupo de pertenencia y luego otros significativos quienes siempre terminan diciendo los decires en el orden moral, en el orden deontológico y, al fin, en orden a nuestra constitución en la dimensión del lazo social.

Las reflexiones acerca de la naturaleza vincular del discurso culminaron con la elaboración de los matemas conocidos como «los Cuatro Discursos»: «Discurso del Amo», «Discurso del Universitario», «Discurso de la Histérica» y «Discurso del Analista», siendo cuatro formas de articular la relación entre un 'agente' que se dirige a un 'Otro' a partir de una 'verdad' (implícita) y con una determinada 'producción' (resultado esperado).

La estructuración de cada discurso, aunque particular en función esos cuatro lugares, gira en torno a una «imposibilidad», como bien afirma Sanabria (2007): «...Cada discurso se estructura alrededor de un vacío o agujero en torno al cual se define cada campo discursivo específico... se trata del punto de lo «imposible» de colmar o de asimilar en cada discurso y que Lacan remite a la cuestión del goce...».-

¿Cuál es este imposible en el Derecho, más aún, en el derecho de la función administrativa del Estado? Pues me atrevo a adelantar que es el «bien común», ya que el Estado es sólo un fin en sí mismo para el Estado, pero no para ese otro a quien debería servir. Servir, como «servicio», como «servicio público», como garantía de un lazo social que nació de un contrato social. Volveremos a ello más adelante.

Entonces, frente a una epistemología del campo social desde el psicoanálisis, se hace necesario hacer hincapié en la deconstrucción en letras y operaciones entre las letras, siendo el resultante de las operaciones, un tipo específico de discurso. Hay un lugar dominante en cada construcción discursiva y es la del «agente» que lo produce.

El «Discurso del Amo», que es el que aquí interesa, opera representando a un sujeto '\$', por el Estado-significante 'Amo S1' ante el universo cultural 'S2', produciendo un resto o excedente-de-force 'a':  $[(S1 - S2) / (\$ \# a)]$ .

Resulta útil recordar que el sujeto del Derecho, que somos todos nosotros, es, ahora, para nosotros, a los fines de esta exposición, el sujeto lacaniano de derecho, dominado por un «significante» que lo ubica en el lazo social: ese significante es el «significante amo» o S1, la palabra o el decir qué es ley: a través de un ejercicio de poder, el Poder Ejecutivo, a partir de un dictar la ley, el Poder Legislativo, a través de decir qué refiere la ley, el Poder Judicial.

El «Discurso del Amo» es el discurso del Estado, occidental, liberal, cristiano y forja con sus ciudadanos, con sus «administrados», una relación de amo-esclavo, donde éste último busca un «reconocimiento». Así lo propone Hegel (1994) y la tensión del lazo social no puede resolver la lucha permanente de imposiciones de uno hacia el otro en una relación asimétrica, política.

El «saber» del discurso del Estado es el «saber hacer el bien común». Un «bien común» que está definido, no por aquellos esclavos, todos nosotros, sino por el saber que posee el Amo. El Amo, el Estado define qué es lo bueno, lo bello y lo verdadero porque, al fin, es

el amo, y nadie mejor que él para definirlo, para regular el «goce», en definitiva, el encuentro de cada persona consigo mismo.

#### **4. Estado de Malestar**

Me pregunto, como podrán preguntarse ustedes: ¿Es el Estado el culpable de todas nuestras penurias, de todos nuestros malestares?

El padre de Lacan, Sigmund Freud, postuló en «El Malestar en la Cultura» (2009) que no es que haya malestar porque hay cultura, sino porque hay un malestar es que hay cultura. Es decir, eso «irreductible» del ser humano, lo inconsciente, lo pulsional, eso de «poeta y de loco» que tenemos todos, lo indómito, lo violento, la fuerza última que mueve las acciones, tanto positiva como negativamente, pues «eso» es lo que ocasiona que exista cultura. Y decir cultura, permítaseme, es decir la forma de Estado que tenemos aquí en esta Argentina del s. XIX: occidental, liberal, cristiano.

Estos tres adjetivos son los modos en que la cultura encauza la carga o exceso que hay en cada uno para que no dañe a cada otro. Y estos modos históricos también, exigen un cierto y determinado control a partir de distintos aparatos del Estado: la escuela, la iglesia, la ley. Las formas de control escolar, por ejemplo, las formas de control policial y las formas de control moral, si bien diferentes, pueden todas ser análogas a las formas de construir, contener y mantener una forma más amplia, la forma del «lazo social», el discurso general en el que todos estamos atrapados y donde todos somos significados de una u otra manera. Se hace notar que el mismo proceso de subjetivación de los individuos (Laurent, 1992) genera un problema irresoluble: siempre queda un resto sin socializar (Lacan, 1988). Desde el momento en que la organización social (el «Otro») nos prepara un espacio de actuación -y ya desde que somos nombrados y documentados-, quedará un «algo» por fuera de ese espacio, un «algo» que generará cierto ruido, palabrería sin sentido en el mundo de un discurso acabado y completo.

El Derecho, el orden social instaurado, se vale de la Ley como principal construcción para decir lo que está bien y lo que está mal, lo que va a ser tolerado y lo que no, las conductas que van a tener una consecuencia sancionatoria y las conductas que no van a tener una consecuencia sancionatoria.

La sociedad occidental liberal manifiesta, además, el complejo discurso del Derecho con un fundamento angustiante: el hincapié en «lo imposible»: el ideal platónico, la demanda

consumista, la utopía irrealizable, la conducta moral del santo, el sacrificio último del mártir, en definitiva, aquello que es imposible y que en su imposibilidad estructura la personalidad de cada uno y lo ubica en un discurso general de dominio. Lo «imposible» acá sirve para otorgar un contenido al sentido del «Bien Común».

El «administrado» entonces, se vuelve una metáfora moral. El buen administrado, el buen ciudadano, el honrado cristiano y frases así acuden en representación de quienes ocupan el lugar de asimetría, el lugar político de «esclavo» ante quien se constituye un tercero como Amo.

## **5. El «Bien Común», la oveja y la Luna**

He mencionado, llegando al mediodía del trabajo, varias veces el «bien común» y, todas esas veces, en forma crítica. El Prof. Rodríguez Arana Muñoz (2010) lo define como «la principal señal de identidad del Derecho Administrativo... un concepto cardinal, central, capital que hoy, en el Estado social y democrático de Derecho está muy relacionado con la tarea de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos... o, ha de ser consciente de que su papel es de gestor de intereses del pueblo, no de intereses propios». Si bien larga y redundante, la definición alcanza para establecer un estándar de contenido. El fin del Estado y de la burocracia que lo sostiene parece estar ubicado en un otro con quien tiene una relación asimétrica. Es el Estado entonces, el que busca la realidad de los sujetos -de las personas inscriptas como tales en un Discurso- más allá de la realidad de esos sujetos.

Alguna vez Confucio (1998) relató que: Zigong deseaba prescindir del sacrificio de una oveja para la Ceremonia de La Luna Nueva. El Maestro comentó: «Tú aprecias la oveja, yo aprecio la ceremonia.».

Antes de revelar cuál es la oveja y cuál es la luna y, en todo caso, quién es Confucio, vale hacer un pequeño ejercicio de pensamiento: ¿es posible recordar cuándo, por primera vez, decidimos obedecer la ley? No, no lo podemos hacer. En cambio, sí recordamos hechos concretos en que vivenciamos la fractura con el lugar en el que estamos estructurados en este Discurso, el porqué de la Ley, las ganas de incumplirla, la ira de la revolución y aparece con fuerza el reproche de la culpa liberal y la violencia de la relación asimétrica que ha instaurado esa obediencia.

«Alguien» o «algo» ha supuesto un saber sobre el sujeto administrado y ese «alguien» o «algo» es el Estado y ese saber son sus derechos, sus garantías, sus necesidades.

Es así que desde la teoría del Pacto Social (Locke, 1997), las personas no sólo depositan la preexistencia de ciertos derechos y obligaciones, sino también la verdad acerca de sí mismos, en un tercero. Este tercero, este «Amo», resulta que sabe más de los ciudadanos que los mismos ciudadanos: es el sujeto-supuesto-saber.

Cabe preguntarse, qué sucede con el interés público, con el bien común, con los derechos y deberes, una vez entregado el saber al Amo. Al fin de cuentas, ello no interesa. Es el Amo quien decide por aquellos qué es lo que es conveniente, en forma de moral, en forma de ley, en forma de precepto religioso o de consigna en una tarea escolar. El Pacto Social tiene su reflejo en el mito de la Norma Hipotética Fundamental/Fundacional de Kelsen (2009) y así, la rigurosa racionalidad de la Ley, la lógica deóntica de lo permitido, lo prohibido y lo obligatorio se encuentra, a la postre con un acto -o con dos actos- arbitrarios e improbables.

El λόγος del Derecho se reduce al mito que lo funda.

El dilema de la democracia tiene un tanto de todo esto también: ¿estamos eligiendo realmente o creemos que lo hacemos, convencidos de que somos dueños de nuestras propias decisiones? La inocencia es una forma sana de la Realidad, pero es la forma menos real de la Realidad.

Como Zigong en el breve relato, parece ser que sólo podemos acceder a un contenido (político) del «bien común» en forma parcial y parcializada, si observamos la burocracia administrativa que lo satisface y sólo a través de ella, definida por el Estado, quien sabe más y mejor de nosotros que nosotros mismos. En el relato, la figura del Estado-Maestro que dice lo que Zigong sabe y luego dice otro decir superior, desde el lugar de Maestro, fijando la impostura del «discurso» totalizante de la ceremonia, de la burocracia.

## **6. Lo Flotante, hegemónico**

Una noción que encuentro relacionada al de sujeto-supuesto-saber, a la noción de entregar a un otro el conocimiento de uno mismo y suponerlo de esa manera, es el de los «significantes flotantes», como los nombra Laclau (1996), los significantes que no tienen ningún significado aún dentro de un orden de significaciones.

Podemos decir que la cultura, como un orden total de significados, de relaciones entre representaciones mentales y su huella sensorial, hay una serie de saberes que se mantienen en el orden sólo del significante, esperando -por así decirlo- que el Amo les otorgue un significado, un significado para el administrado.

Mencionamos en ese sentido aquello que referimos más arriba como el «Bien Común». ¿Qué es el «Bien Común»? Será el Amo quien le otorgue un «sentido», quien complete el signo con un significado parcializado al tiempo y espacio, al contexto, a la coyuntura. No es lo mismo la «libertad» propugnada por la Francia de fines del s. XVIII que la «libertad» demandada en la movilización del Mayo Francés.

En el trabajo citado, Laclau le da a este «Discurso del Amo» el carácter de hegemónico, que impone los límites de la flotabilidad del término: un significante que podrá significar muchas cosas, pero no todas, sólo aquellas que el Amo desee y haga creer que es una construcción social «no hegemónica».

El «Bien Común» encuentra un contenido en las decisiones del Estado (la gestión, la política), en su discurso, en una continua cadena de otorgamiento de sentido y, en definitiva, en su «Proyecto de Administración», que no es ni más ni menos que el «Proyecto de satisfacción del Bien Común». La demanda del administrado, la demanda original que diera origen al Pacto Social fundante del Estado es mediatizada por la lógica deóntica y estructura el «bien común» desde el lugar de sujeto-supuesto-saber. La cadena encontrará, luego, diversos nombres (si es «técnica», si es «populismo», etc.), pero en esa cadena opera un principio determinista del discurso del Estado.

Resulta oportuno comentar que el Derecho como «Discurso del Amo» encuentra una posible forma de renovación a partir del análisis del Psicoanálisis, desenmascarando aquellos signos, aquellas palabras, aquellos mensajes, que están compuestos por los «significantes flotantes», y que, en definitiva, el Psicoanálisis es algo bastante más complejo que sólo «hablar de lo inconsciente y lo pulsional».

El Psicoanálisis nos dirá también que parte de la «fractura posible», del rompimiento de la dinámica del sujeto-supuesto-saber y el vasallaje estará en «lo inconsciente y lo pulsional», en la tensión permanente, en una suerte de paz armada que los administrados mantienen con el Estado con aquello que no pudo «socializarse», que se resistió a la legalidad del Discurso del Amo. Es esa la sensación del «renieque», que todos llevamos dentro.

## **7. Conclusiones primeras: el Campo Social del Derecho**

El Derecho, no sólo como «herramienta» -en tanto el uso de este concepto resulta entre abstracto y vulgar que nunca termina diciendo algo útil- sino como ciencia, no puede olvidar su pertenencia al Campo Social. Se inscribe como una manifestación de un discurso del Amo -tal como lo hemos analizado-, a través de la estructuración de la forma en que los sujetos entretejen sus vinculaciones asimétricas y políticas con el Estado. El «saber» que se dice en la Academia, que se dice en la Ley y en otras manifestaciones deontológicas (los preceptos morales, los preceptos religiosos), asociados ellos a un idealismo de imposible cumplimiento, que pone al sujeto-esclavo en situación de falta continua, ese saber que es poder y poder constituyente del sujeto en el lazo social a través del discurso puede ver manifestaciones alternativas, puede ver un atisbo de circulación del saber.

He dejado de lado, con toda intención, el análisis de la situación del Derecho en la Academia específicamente, en tanto ello responderá a otros posibles horizontes de estudio. El «Amo Moderno», como Lacan denomina al «Amo Universitario», bien podrá corregir en este punto.

Sí debo hacer explícito cierta violencia al momento de recortar el doble objeto en esta ponencia. Insisto en que la publicación del libro de la FIA fue el puntapié inicial de los pensamientos aquí desarrollados, es decir, me he centrado sólo en la búsqueda de una naturaleza a las «recomendaciones» de la FIA en tanto órgano extrapoder y sólo la relación que puede establecerse con el «Discurso del Amo».

Así, el Extra Poder del Estado, la FIA, al fijar una postura competente -en tanto adecuado y en tanto adecuado «legalmente»- no ya desde el mero decir-la-Ley, como reafirmación del Discurso del Amo, sino más allá de ella pero al mismo tiempo sin salirse y sin desconocerla, al «recomendar» formas de trabajo, de gestión, formas de administrar y ser Administración, rehúsa ocupar el lugar de sujeto-supuesto-saber y devuelve el vínculo al «administrado», cualquiera que fuere este.

La «recomendación» es, por así decirlo, una recreación consciente de un vínculo político asimétrico, en el que se devuelve la consciencia al saber y al sujeto destinatario, donde se barra la «suposición». Es interesante hacer notar que la gran mayoría de las recomendaciones recopiladas tienen relación con el «control de convencionalidad» o, en

otras palabras, una forma más o menos eficiente de explicitar un límite al Amo o, si se quiere, de que el Amo se auto-limite, si es que tal cosa puede existir.

Se ingresa, en el abordaje de la función administrativa de la FIA y, a partir del libro que se publicara en 2017, un concepto propio del Psicoanálisis, siendo éste, una suerte de «resistencia» al dominio del saber tecnocrático, del saber naturalizado, del Amo; sobre todo porque es en el Psicoanálisis el campo epistemológico desde donde se puede interpelar la voz del Estado y, aún más, reconstruir la visión y construcción de la alteridad. Creemos que, en cuanto el Derecho fragüe con mayor fuerza el trabajo en el campo social, quebrará la dinámica del sujeto-supuesto-saber que sostiene la dialéctica de Amo y Esclavo, por la cual el sujeto cree que su verdad está en el Estado, ya dada y conocida por éste por adelantado. No importan los pactos sociales ni los constituyentes fundamentales. Estaremos, entonces, así frente a una relación entre el Derecho y el Psicoanálisis que explicita quiénes y qué son estos sujetos quienes, dice aquél, tienen que cumplir con la Ley, una relación que, tanto desde la técnica como en la praxis, permita acercar al Derecho, ciencia social, a un campo social, a un lazo social estructurado y significado desde determinadas relaciones de poder.

## **8. Referencias bibliográficas**

Constitución de la Provincia de La Pampa.

Ley Orgánica de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas Nro. 1830.

Bertolé, C.; et al. (2017). Lineamientos de Trabajo de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas de la Provincia de La Pampa. Santa Rosa, Argentina: Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa.

Buenfil Burgos, Rosa (1990). Análisis del Discurso y Educación. México: Departamento de Investigaciones Educativas, Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional.

Confucio. (1998). Analectas. Madrid, España: EDAF.

Freud, S. (2009). El Malestar de la Cultura. Madrid, España: Alianza.

Hegel, F. W. (1994). Fenomenología del Espíritu. México: Fondo de Cultura Económica.

Kelsen, H.(2009). Teoría Pura del Derecho. Argentina: EUDEBA.

La Rochefoucauld, F. (1999). Máximas. Barcelona, España: EDHASA.

- Lacan, J (1988) El Seminario de Jacques Lacan. Libro 10: La angustia. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Lacan, J (2008). El Seminario de Jacques Lacan. Libro 17. El Reverso del Psicoanálisis. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Laclau, E. (1996). Emancipación y Diferencia. Buenos Aires, Argentina: Ariel.
- Laurent, E. (1992). Melancolía, dolor de existir, cobardía moral” en Estabilizaciones en las psicosis. Buenos Aires, Argentina: Manantial.
- Locke, J (1997). Dos Discursos sobre el Gobierno Civil. Madrid, España: Espasa Calpe.
- Mainguenneau, D. (1980). Introducción a los métodos de Análisis del Discurso. Buenos Aires, Argentina: Hachette.-
- Rodríguez Arana Muñoz (2010). El Interés General como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. En: Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Santa Fe, Argentina: Editorial de la Universidad Nacional del Litoral.
- Sanabria, A. (2007). El vínculo educativo: apuesta y paradojas. El deseo de enseñar entre la función civilizatoria y el discurso universitario. Caracas, Venezuela: Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.-

**EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DE NIÑAS, NIÑOS Y  
ADOLESCENTES EN SU PARTICIPACIÓN EN PROCESOS JUDICIALES Y  
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: LINEAMIENTOS PARA EL  
DISEÑO DE UNA NORMATIVA PROVINCIAL**

Esteban Torroba  
UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa,  
Argentina

Martín Sebastián Malgá  
UNLPam, FCEyJ, Santa Rosa,  
Argentina

### **1. Introducción**

El 6 de Agosto de 2018, la Comisión de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Observatorio de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa presentó ante la Cámara de Diputados provincial un “Informe relativo al tratamiento de iniciativas legislativas sobre el derecho a la asistencia letrada de niñas, niños y adolescentes”.

La misión fundamental del Observatorio de Derechos Humanos consiste en efectuar un monitoreo de los procesos de adaptación legislativa de los tratados de derechos humanos en la Provincia de La Pampa, contribuir en la formulación e implementación de políticas públicas más eficaces sobre derechos humanos y evaluar la evolución de las prácticas sociales en la materia. Para cumplir con sus objetivos, realiza periódicamente actividades de producción de informes y análisis sobre políticas públicas y legislación, organiza eventos académicos como jornadas, cursos y congresos referidos a la temática, y se vincula con actores civiles, organizaciones e instituciones públicas y privadas para actuar de manera articulada.

Entre los temas prioritarios escogidos por los integrantes de la Comisión, para tratar a lo largo del año 2018, se encuentra el derecho a la asistencia letrada que niñas, niños o adolescentes se encuentran facultados para ejercer en los procesos administrativos o judiciales que involucran sus intereses. A partir de ello, ante la existencia de una iniciativa legislativa en la Cámara de Diputados, se decidió la preparación de un informe técnico que contuviera los lineamientos generales para la elaboración de un cuerpo normativo compatible con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos

humanos suscriptos por el Estado argentino y adaptado a la realidad de la provincia de La Pampa.

El documento, preparado de manera colaborativa e interdisciplinaria por los integrantes de la Comisión, persigue establecer un conjunto de advertencias y recomendaciones para contribuir a un abordaje serio y reflexivo de las iniciativas legislativas vinculadas al ejercicio de este derecho y a la disponibilidad de los servicios que el Estado debe garantizar.

El objetivo de esta presentación consiste en exponer los puntos medulares de la estructura del Informe para involucrar a la comunidad en un proceso democrático y participativo de elaboración de normas y políticas públicas.

## **2. Configuración del derecho a la asistencia letrada de niñas, niños y adolescentes.**

El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todos los asuntos que pudiesen afectarlos es uno de sus derechos humanos fundamentales, pues reviste una utilidad esencial para percibir necesidades, deseos e intereses concretos y, posteriormente, poder canalizarlos para una mejor protección de su superior interés.

Para que niñas, niños y adolescentes sean reconocidos como sujetos plenos de derecho, es necesario darles una voz propia con capacidad participativa y creativa, y este constituye uno de los pilares fundamentales del paradigma de protección de derechos.

En la mayoría de los Estados, incluida la República Argentina, subsisten barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que inhiben la oportunidad de que niñas, niños y adolescentes puedan participar en forma efectiva y trascendente en los procedimientos o asuntos que los involucran. Frente a ello, además de dar cumplimiento a sus obligaciones de respetar y garantizar el derecho, los Estados poseen la enorme responsabilidad de poner en movimiento las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para darle efectividad plena.

Entre las disposiciones normativas integrantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 12 plasmó el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar sus opiniones y ser escuchados en todo asunto que pudiese afectarlos y que se otorgue el debido peso a las mismas, conforme a su edad y madurez. El texto reza:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Esta norma encierra dos preceptos distintos pero estrechamente vinculados. El párrafo primero, de manera general, busca garantizar a toda niña, niño y adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que pudiesen afectarlo, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. El párrafo segundo, desde una perspectiva más específica, reconoce para estos sujetos el derecho a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos.

El Comité de los Derechos del Niño, como órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes, aprobó en 2009 la Observación General N° 12 acerca de “El derecho del niño a ser escuchado” para definir los alcances interpretativos del artículo 12.

En este documento interpretativo indicó que el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño es aplicable sin limitaciones, incluyendo situaciones de conflicto con la ley penal, victimización de violencia u otros delitos y mecanismos alternativos como la mediación y el arbitraje, entre otros.

Explicó también que la expresión “Ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”, implica —una vez que ya se ha definido la participación de la niña, el niño o el adolescente en un procedimiento, de acuerdo a su capacidad progresiva, en función de sus aptitudes y condiciones reales para realizar por sí mismo actos procesales válidos— la posibilidad de hacerlo personalmente o por intermedio de un representante.

La norma convencional, al referirse a la participación por medio de un representante, no define un formato específico, con lo que quedan incluidos órganos estatales, abogados,

psicólogos, asistentes sociales y cualquier otro profesional u órgano idóneo cuya intervención representativa, según las circunstancias del caso, sea requerida.

Por su parte, la Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, aprobada por el Congreso de la Nación en 2005, responde al proceso de adaptación normativa exigible al Estado argentino para compatibilizar su ordenamiento jurídico a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los artículos 2, 3, 24 y 27 recogen el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. Particularmente, el inciso c) del último artículo, relativo a las garantías de procedimiento, estableció:

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: (...) c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

Esta norma plasma en forma detallada el derecho a la asistencia letrada, a diferencia del artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, que no brinda mayores especificaciones sobre las formas de representación niñas, niños y adolescentes en un procedimiento judicial o administrativo.

Concretamente, el artículo 27.c) de la Ley 26.061 define una forma de representación, dentro de otras alternativas, bajo el formato de defensa técnica. El ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de que sea una persona profesional en derecho la que ejerza la asistencia de niñas, niños y adolescentes, en forma individual o colectiva, sobre todos los mecanismos legales disponibles, para tornar vigentes sus derechos y garantías en esas instancias.

Luego de la sanción de la Ley de Protección Integral, aparecieron opiniones divergentes sobre la facultad de niñas, niños y adolescentes de designar su propia representación letrada: una postura entendía que, hasta los 14 años de edad, el artículo 921 del Código Civil de la Nación vedaba la posibilidad de hacerlo, correspondiendo en su lugar la

actuación de un tutor especial; otra, sostenía que la Ley 26.061 no introdujo modificaciones sobre la facultad de actuar con patrocinio propio, por lo que cualquier niña, niño o adolescentes podría designar su propia asistencia letrada; finalmente, con un criterio más permeable o subjetivo, otra indicaba que esta facultad debía supeditarse a la madurez y desarrollo de las facultades, considerando la materia debatida y conveniencia de su designación en el caso concreto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de resolver algunos casos sobre participación autónoma de niñas, niños o adolescentes en procesos judiciales, pero lo hizo con criterios restrictivos. En “G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”, de 26 de octubre de 2010, el tribunal determinó, a solicitud del Defensor Oficial ante la Corte Suprema, que era necesario designar un letrado especializado en la materia para patrocinar a las niñas de diez y catorce años de edad involucradas en un planteo de cese de contacto de su progenitor. El 26 de junio de 2012, en el caso “M., G. c/ P., C. A.”, resolvió que el pedido de una niña de 14 años para ser tenida por parte en el juicio donde se debatía su tenencia, la designación y remoción de un letrado patrocinante y el pedido de actuación por derecho estaban vedados por las disposiciones del Código Civil, pues para este cuerpo normativo los menores impúberes eran incapaces absolutos y no podían realizar por sí mismos actos jurídicos. Esta posición se reiteró en “P., G. M. y P., C. L. s/ protección de persona”, de 27 de Noviembre 2012, donde sostuvo que las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, determinando que son incapaces absolutos de hecho, no habían sido derogadas por la Ley 26.061 y no conculcaban los estándares internacionales en la materia, razón por la cual, los niños —en el caso, 8 y 9 años— estaban impedidos de designar o remover por sí mismos a un letrado patrocinante.

Paralelamente, el Decreto 415/06, reglamentario de la Ley 26.061, aprobado en el año 2006, dispuso en relación al artículo 27:

El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley 26.061, adopten

las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.

La reglamentación marcó, en primer lugar, una distinción entre la figura del abogado representante de los intereses personales e individuales de niñas, niños y adolescentes de otras figuras de representación que velan por los intereses estatales en relación a la niñez. En segundo lugar, instó a las provincias a adoptar medidas para habilitar servicios jurídicos que permitan el ejercicio del derecho.

Además, el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación establece:

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Esta disposición mantiene la solución tradicional propia al derecho civil, que resulta necesaria a los fines de posibilitar la actuación de derechos eficaz en el caso de las personas menores de edad: ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, pero dejando bajo salvaguarda el derecho irrenunciable a ser escuchadas en los asuntos que las involucran.

La norma es innovadora en cuanto a que, desde la noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos, traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad, determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia, asociada a la madurez y derivada del campo bioético. Este parámetro, independiente de la capacidad civil, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello, siempre que se evalúe y concluya que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir.

La fórmula normativa parece limitar la asistencia letrada a situaciones de conflicto de intereses de niñas, niños y adolescentes con sus representantes legales. Seguramente, con espíritu práctico, persigue evitar situaciones que no ameritan la designación de una

asistencia letrada adicional, pues sencillamente pueden ser resueltas adecuadamente por los representantes legales. Sin embargo, debe quedar en claro que, a la luz de los principios y garantías de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061, la figura de la asistencia letrada se extiende a todos los casos en que se encuentren en juego sus intereses, sin limitaciones de ningún tipo y siempre que su interés superior así lo justifique. El derecho al patrocinio letrado del niño constituye una garantía mínima del procedimiento, tanto judicial como administrativo, que no se encuentra condicionada por la edad u otros factores distintos a su real y acreditada competencia.

Además, algunas normas específicas del Código Civil y Comercial de la Nación refieren a la participación de niñas, niños o adolescentes en determinados procedimientos judiciales, siempre que tengan edad y grado de madurez suficientes y se encuentren acompañados por una asistencia letrada adecuada: el artículo 109 dispone que no es necesaria la designación judicial de tutores especiales si existe conflicto de intereses entre los representantes legales y adolescentes que pueden actuar por sí mismos; el artículo 596 establece el derecho de la persona adoptada adolescente a consultar los expedientes vinculados a su adopción y a iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes; el artículo 608.a) exige que el procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se realice con su intervención en calidad de parte; el artículo 617.a) establece para los procesos de adopción la participación de la pretensa persona adoptada en calidad de parte; el artículo 661 les brinda legitimación activa autónoma para reclamar la omisión de prestaciones alimentarias de sus progenitores; el artículo 677 presume que la persona adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con sus progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada; el artículo 678 establece que los jueces pueden autorizar a las personas adolescentes a promover procesos civiles aún frente a la oposición de sus progenitores, siempre que exista asistencia letrada y previa audiencia con intervención del Ministerio Público; el artículo 679 les otorga legitimación activa autónoma para reclamar a sus progenitores sin previa autorización judicial; el artículo 680 prescribe que la persona adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijas o hijos.

Las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial desvirtúan las antiguas interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y posibilitan que, a partir

del principio de autonomía progresiva, sin limitaciones cronológicas taxativas, niñas, niños y adolescentes puedan actuar en calidad de parte en los procedimientos judiciales o administrativos que involucren sus derechos, siempre que su madurez lo permita y con una adecuada representación letrada.

También existe legislación específica que requiere la figura de la asistencia letrada de niñas, niños y adolescentes. El artículo 5 de la Ley 26.743 de Identidad de Género exige que la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen de las personas menores de 18 años sea efectuada con su expresa conformidad, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior, a través de sus representantes legales y con la asistencia profesional prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.

En función de todo ello, corresponde concluir que, como una medida de compatibilización del ordenamiento jurídico con la Convención sobre los Derechos del Niño, el legislador ha considerado la necesidad de reconocer el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser asistidos por una letrada o un letrado especializado en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se debatan sus derechos o intereses. Técnicamente nos encontramos frente a una garantía constitutiva del debido proceso legal, de conformidad con los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos posee raigambre constitucional y convencional, su ejercicio es personal y directo ante la autoridad decisoria, y puede ser utilizado sin importar una edad cronológica fija. En otro nivel, que complejiza e incluye al anterior, involucra la posibilidad de participar, ser informado, requerida la opinión y tenida en cuenta en función de su edad, madurez y el grado de desarrollo de su autonomía, con independencia o aun al margen de la representación legal. Finalmente, un nivel más elevado está dado por el ejercicio de sus derechos en forma personal, bajo un formato de defensa técnica, confiriéndole la calidad de parte con la asistencia letrada, si su edad y desarrollo madurativo resultan suficientes para que instruya a un letrado acerca de sus pretensiones procesales.

De este último surge la obligación estatal de proporcionarles sin condicionamientos, cuando su edad y madurez lo permitan, y de modo preferentemente gratuito, una abogada

especializada o un abogado especializado, en todo procedimiento judicial o administrativo que los incluya, desde el inicio del mismo y hasta su finalización. Esta figura no debe ser confundida, por otra parte, con las formas de tutela especial que aparecen cuando existe conflicto de intereses entre niñas, niños o adolescentes y sus representantes, y no pueden o no desean actuar por sí con asistencia letrada.

### **3. Normativas reglamentarias: experiencias provinciales comparadas y necesidad local**

Si bien este derecho es plenamente operativo, requiere que los Estados provinciales, dentro del ámbito de sus competencias no delegadas para dictar disposiciones relativas al funcionamiento del sistema de justicia local, establezcan mecanismos que garanticen su efectiva aplicación. En la Argentina existen varios antecedentes, con suficiente diversidad para poder realizar un análisis sobre posibles formatos de reglamentación.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue pionera en la instalación de mecanismos específicos de representación, y lo hizo de manera descentralizada a través del Colegio Público de Abogados. Esta institución posee, desde el año 2007, un servicio jurídico gratuito denominado “Registro de Abogados Defensores de Niños, Niñas y Adolescentes” e integrado por profesionales especializados en la materia que cumplen la función de asistir y defender a los niños, niñas y adolescentes en forma independiente de cualquier cuestión que los afecte. Luego, a partir del 2012, comenzó a funcionar el “Equipo Público de Abogados del Niño”, bajo la órbita del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, con el objetivo de garantizar que el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida en consideración se traduzca en una debida defensa técnica. Además, el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires ha celebrado convenios con distintas Organizaciones de la Sociedad Civil a fin de que presten patrocinio en beneficio de este colectivo. Sin embargo, los mecanismos de inscripción y los requisitos para ejercer una defensa técnica especializada, así como los criterios de asignación ordenada de los profesionales, carecen aún de una reglamentación homogénea.

Santa Cruz, mediante la Ley 3.062 de 11 de Agosto de 2009, creó el “Registro Provincial de Abogados Patrocinantes de Niñas, Niños y Adolescentes” en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia, habilitando la inscripción a todos los abogados de la matrícula de

jurisdicción provincial que posean interés. Prevé el derecho de los profesionales a percibir honorarios de conformidad con las reglas de procedimiento locales. Para los casos de inexistencia de profesionales inscriptos en el Registro en la localidad donde tramita el proceso, o en los casos de niñas, niños o adolescentes carentes de recursos económicos, prevé la designación del Defensor Oficial de Pobres, Ausentes e Incapaces de Primera Instancia de la jurisdicción correspondiente. El 23 de Marzo de 2010, el Superior Tribunal de Justicia estableció formalmente el Registro.

La provincia de Buenos Aires, a partir del dictado de la Ley 14.568, el 27 de Noviembre de 2013, cuenta con la figura del “Abogado del Niño”, creada para representar los intereses personales e individuales de niñas, niños y adolescentes ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que interviene en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces. Su sistema consiste en un “Registro de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes”, dependiente del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde pueden inscribirse profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en la materia, certificada por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean del ámbito público, privado o integren distintas Organizaciones de la Sociedad Civil que trabajen la problemática de la infancia y la adolescencia. El 6 de Julio de 2016, el Consejo Superior del Colegio de Abogados, previa suscripción de un convenio con el Ministerio de Justicia, aprobó el Reglamento Único de Funcionamiento del Registro.

Río Negro estableció una legislación similar. Mediante Ley 5.064, de 28 de Septiembre de 2015, creó la figura del “Abogado del Niño” sustentada en los profesionales que integren el “Registro Provincial de Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes” en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Río Negro.

Chaco, a través de la Ley 2.086-C, de 12 de Diciembre de 2012, creó el “Registro provincial de abogadas y abogados capacitados en la defensa de los derechos de la niñez y adolescencia”, pero lo hizo dentro del ámbito de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. En Diciembre de 2017, el Ministerio de Desarrollo Social concretó la creación del Registro.

La provincia de Córdoba, por su parte, dispone las normas genéricas de la Ley 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, de

03 de Junio de 2011. Por ella, provisionalmente, las Asesorías de Niñez y Juventud del Fuero de Niñez, Juventud y Violencia Familiar están asumiendo la defensa de niñas, niños o adolescentes imputados penalmente, pero no en otras situaciones que puedan requerirlo. Paralelamente, para los casos de cambio registral de sexo y nombre de personas menores de 18 años, autorizados por el artículo 5 de la Ley 26.743 de Identidad de Género, el Colegio de Abogados ha avanzado, mediante la Resolución 20.533, en la creación de un listado de profesionales del derecho para intervenir en estos asuntos particulares que requieren indispensable asistencia letrada.

Salta, mediante la Ley 7.970, de 16 de Enero de 2017, estableció la figura del “Abogado del Niño” e instituyó un “Registro Provincial de Abogados del Niño” en el ámbito del Colegio de Abogados y Procuradores local, pero creó tres cargos públicos de Abogado del Niño en el ámbito del Ministerio Público. La Resolución 15.247 del Colegio de Gobierno del Ministerio Público, de 11 de Abril de 2017, estableció la dependencia funcional del Abogado del Niño en relación a la Asesoría General de Incapaces, fijó los requisitos de acceso al cargo y determinó las remuneraciones correspondientes.

El caso de la provincia de Corrientes resulta bastante llamativo, pues a través de la reforma constitucional de 2007 aseguró, en su artículo 41, el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado desde el inicio del procedimiento que los incluya. Para los casos de carencia de recursos económicos reservó la designación de letrados de oficio. A pesar de este particular reconocimiento normativo constitucional, la falta de establecimiento de mecanismos para garantizarlo llevó al Superior Tribunal de Justicia a solicitar a los Colegios de Abogados que elaboren un listado de los matriculados para desempeñarse bajo esa figura.

En Chubut, la Resolución 62/12 del Defensor General, como solución provisional hasta la creación de una dependencia estatal especializada, avanzó en el establecimiento de cargos en la estructura de la Defensa Pública.

Varias provincias más, entre ellas La Pampa, reconocen el derecho en sus leyes de adhesión a la Ley 26.061, pero no han avanzado en la creación de servicios jurídicos que garanticen el derecho de toda niña, niño o adolescente a acceder a una asistencia letrada. A nivel local, la Ley 2.703, que adhirió a parte del articulado de la Ley nacional y su Decreto reglamentario, en relación a las garantías de procedimiento, incluyó disposiciones análogas a las establecidas por el Congreso de la Nación. En el artículo

54.c) incorpora el derecho de asistencia letrada de niñas, niños y adolescentes, preferentemente especializada, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluyan. Por otra parte, sobre control de legalidad de las medidas excepcionales, el artículo 62.e) establece que deben ser parte necesaria del proceso y estar presentes en todas las citaciones, bajo pena de nulidad, la Asesoría de Menores y el letrado patrocinante de la niñas, niño o adolescente, cuando se hubiera designado.

Sin embargo, esta adhesión resulta insuficiente en términos reglamentarios. El Poder Legislativo de la Provincia de La Pampa posee la enorme responsabilidad de dictar una normativa específica y adecuada sobre la figura del abogado del niño, capaz de asegurar el goce y ejercicio pleno del derecho consagrado en la Ley nacional 26.061 y la Ley provincial 2.703. Así todo, hasta tanto eso suceda, de manera provisional, las autoridades judiciales y administrativas deben crear los remedios necesarios para salvaguardar el ejercicio del derecho.

#### **4. Recomendaciones para concretar el dictado de una normativa local adecuada y compatible con la Constitución Nacional, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la Legislación nacional específica**

El Informe preparado por la Comisión de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Observatorio de Derechos Humanos expone de manera desagregada las distintas obligaciones estatales que orbitan el derecho a la asistencia letrada de niñas, niños y adolescentes.

##### **4.1. Obligación legislativa de definir el formato de los servicios jurídicos de conformidad con el principio del interés superior del niño**

La obligación genérica de garantía en materia de derechos humanos impone a los Estados la carga de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos.

El artículo 27.c) de la Ley 26.061 estableció que las niñas, los niños y los adolescentes poseen el derecho a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en cualquier procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y en todas sus etapas.

Además, dispone la obligación de que sea el Estado el que financie esta representación en casos de carencia de recursos económicos. La reglamentación, por su parte, agrega que corresponde a los Estados locales adoptar las medidas necesarias para establecer los servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho.

Podrá advertirse que la normativa no exige un formato de servicio jurídico determinado, y esto significa que puede organizarse bajo la dependencia del ámbito público o de manera delegada hacia el privado, o aún como una estructura híbrida, siempre que se garantice la especialidad e idoneidad del mismo. Las experiencias comparadas de otras provincias revisten bastante diversidad, aunque la mayoría se han orientado a conseguir el apoyo y la colaboración de los Colegios profesionales.

Para poder analizar cuál es el mejor formato de organización de los servicios jurídicos para nuestra provincia debe tenerse en consideración la realidad concreta y no necesariamente los lineamientos que han instituido otras provincias inmersas en contextos diferentes. Una traspolación automática de esas iniciativas puede llevar a la edificación de un sistema inadecuado o poco eficaz.

De hecho, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño hace extensiva las obligaciones derivadas del interés superior del niño a los órganos legislativos de los Estados y, en consecuencia, la aprobación de cualquier normativa debe regirse por este principio. Por ello, es necesario un proceso de evaluación y determinación del interés superior del niño, que dé cuenta de la realidad concreta local, para poder definir el modelo de los servicios jurídicos y concretar una futura evaluación de su funcionamiento.

En esta sintonía, debería concretarse un proceso institucional de consultas que incluya la participación de: el colectivo, para lo que pueden utilizarse, entre otras, las audiencias o parlamentos de los niños, los debates en las escuelas y consultarse a las asociaciones específicas de niñez u otros órganos representativos; el Colegio de Abogados de la Provincia de La Pampa; todos los fueros e instancias de las distintas Circunscripciones del Poder Judicial; la sociedad civil; los profesionales y expertos en la materia; las instituciones académicas; y los organismos públicos correspondientes.

#### **4.2. Obligación de garantizar servicios jurídicos idóneos, especializados, suficientes, accesibles y adaptados**

En primer lugar, los servicios jurídicos que impulse el Estado provincial deben ser idóneos y especializados. El artículo 27.c) de la Ley nacional 26.061 —al igual que el 54.c) de la Ley provincial 2.703— se refiere a una asistencia “preferentemente especializada”. A pesar de no ser imperativo que los profesionales demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño o experiencia en el campo, al menos formalmente, es responsabilidad estatal garantizar la idoneidad y calidad de los servicios, por lo que resulta indispensable que la legislación contenga un marco regulatorio que contemple la capacitación y formación, así como la actualización permanente en la materia.

Quien asuma la asistencia profesional debe poseer aptitudes básicas para hacerlo, entre ellas conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones, tener experiencia en el trabajo con niñas, niños y adolescentes, así como conocimiento técnico sobre las tareas cuya intervención se solicita. Los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para ejercer una representación adecuada.

Este aspecto, muchas veces olvidado en leyes y reglamentaciones, constituye un pilar fundamental para garantizar de manera adecuada y plena el goce del derecho. Por esta razón, deben preverse instancias de acuerdo con instituciones universitarias, u otras entidades de la sociedad civil que trabajan en la temática, para facilitar los procesos de capacitación y educación en la materia.

Es fundamental aclarar que el éxito de los servicios jurídicos no depende exclusivamente de la capacitación brindada a las abogadas y los abogados que deben asumir la asistencia letrada, sino que la misma debe alcanzar a todos los profesionales que trabajen con niñas, niños y adolescentes, incluyendo jueces, fuerzas de seguridad, trabajadores sociales, trabajadores comunitarios, psicólogos, profesores de todos los niveles del sistema educativo, médicos, enfermeros y otros profesionales de la salud, funcionarios y empleados públicos.

En segundo lugar, los servicios jurídicos que se organicen deben disponer un número suficiente de profesionales, del ámbito público o privado, para atender los procedimientos administrativos o judiciales que involucren a niñas, niños y adolescentes. Sin importar la naturaleza y el formato del servicio, la cantidad de asistentes profesionales debe ser proporcional a los requerimientos concretos de casos en los que se encuentren en juego

intereses o derechos del colectivo. Esta forma de asequibilidad incluye también la generación de una infraestructura y espacios de trabajo adecuados. Además, comprende garantías de remuneraciones adecuadas para los letrados intervinientes como forma de fomentar un servicio permanente y profesionalizado. Todas estas condiciones contribuyen sensiblemente a la consolidación de un servicio serio, personalizado y efectivo.

En tercer lugar, los servicios deben ser accesibles. Ello implica que dentro de cada jurisdicción todas las niñas, niños y adolescentes tengan la posibilidad de recurrir a la asistencia letrada reconocida en la legislación en caso de requerirla.

Esto significa que los servicios jurídicos deben ser legal y fácticamente accesibles. Por ello, cualquier distinción o exclusión basada en el origen étnico o contextual, color de piel, sexo u orientación sexual, idioma, religión, opinión, condición social o económica, nacimiento o discapacidad debe ser eliminada.

Aún más, las obligaciones derivadas del artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño imponen exigencias especiales para que se garantice el acceso a los niños y grupos de niños vulnerables y desfavorecidos, como por ejemplo —aunque no exclusivamente— aquellos recogidos en instituciones o detenidos, los pertenecientes a minorías y grupos indígenas, quienes presentan discapacidades, los que viven en la pobreza o situación de calle, los refugiados y migrantes, y los que poseen necesidades especiales en ámbitos como la cultura, el idioma, la salud y la educación.

El Estado también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír sus opiniones, especialmente aquellos que padecen discapacidades o pertenecen a minorías, ya sean indígenas, migrantes o sencillamente no hablen el idioma mayoritario.

Paralelamente, la oferta de los servicios jurídicos debe ser accesible en un terreno geográficamente razonable, sin barreras o impedimentos físicos. Por esta razón, es obligatorio que exista una distribución geográfica equitativa de los servicios, donde las distancias de acceso sean razonables.

En cuarto lugar, si bien el artículo 27.c) de la Ley 26.061 parece garantizar la gratuidad únicamente para casos de carencia de recursos económicos, lo cierto es que este beneficio es recomendable.

La práctica demuestra que la mayoría de los casos en los que resulta necesaria la asistencia letrada, por imposición legal o debido a las circunstancias del caso, requieren beneficio de gratuidad ante la imposibilidad de que las niñas, niños o adolescentes afronten los gastos de tramitación de los procedimientos. La gratuidad no debería únicamente incluir la cobertura de los honorarios profesionales sino también los demás gastos y costas que pudieran generarse como consecuencia de la tramitación de los procedimientos.

El carácter oneroso debería reservarse para aquellos casos en los que las niñas, niños o adolescentes decidieran recurrir a abogados de su confianza que no integren las nóminas del servicio jurídico establecido por el Estado.

Muchas iniciativas cargan a los progenitores con las erogaciones que pudieran generarse como consecuencia de la participación de asistentes letrados para sus hijas o hijos. Esta solución resulta inconveniente a la luz de la realidad en la que se encuentran inmersos esos sujetos de derecho, pues la mayor parte de los casos en que la asistencia letrada deviene necesaria están marcados por conflictos de intereses, ausencia, abandono o maltrato por parte de uno o ambos progenitores. Ello generaría una carga probatoria excesiva para las niñas, niños y adolescentes que desearan ejercer su derecho.

En caso de que no se estableciera la gratuidad, los servicios deben obedecer a una accesibilidad económica real y deben eliminarse los ritualismos dilatorios y excesivos que suelen poseer los procedimientos administrativos y judiciales para acreditar aquella circunstancia. Los condicionamientos burocráticos que suelen establecerse se erigen como verdaderos escollos para el acceso a justicia.

Por último, los servicios deben ser adaptados. Ello implica que sean compatibles con los requerimientos, intereses y condiciones específicas de todas las niñas, niños y adolescentes, en las sociedades y comunidades de contextos sociales y culturales diversos y transformativos, especialmente aquellos con discapacidad o pertenecientes a grupos minoritarios.

Al tratarse de una forma de representación, resulta fundamental que el profesional comprenda que defiende exclusivamente los intereses de su representado y, en virtud de ello, transmita correctamente las opiniones a la autoridad interviniente.

Para que esta circunstancia sea posible, la niña, niño o adolescente debe haber participado de un proceso de decisión dinámico, genuino y efectivo con el profesional, dotado de ciertas condiciones básicas, a saber: transparente, con información completa, accesible,

atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho y la evolución del procedimiento administrativo o judicial que lo involucra; voluntario, de forma tal que la elección y mantenimiento de la asistencia letrada, incluyendo revocaciones y reemplazos, sea absolutamente libre y no influenciada por adultos; respetuoso de sus opiniones y decisiones sobre el caso en el que se debaten sus intereses; comprensivo del contexto socioeconómico, medioambiental y cultural de su vida; con ambientes y métodos de trabajo que generen confianza y oportunidad para aportar sus opiniones; provisto a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, con la posibilidad de colaboración de profesionales para lograr la mejor protección de su interés superior; incluyente de quien pertenezca a un grupo vulnerable o marginado.

Todas estas condiciones contribuyen a evitar enfoques meramente simbólicos sobre la asistencia letrada o prácticas de manipulación que frustren la verdadera voluntad de los niños en el ejercicio de la representación.

#### **4.3. Obligación de definir funciones, facultades y deberes de las abogadas y los abogados**

La legislación que se apruebe debe definir las funciones, facultades y obligaciones de las abogadas y los abogados que representen a niñas, niños o adolescentes, sobre todo porque existe una carga profesional más intensa en atención a la especial condición de los sujetos representados. Algunas iniciativas han intentado definir las funciones en forma taxativa, fórmula quizás inconveniente desde el punto de vista de la técnica legislativa frente a la posibilidad de que se cuestione su extensión.

Es conveniente utilizar enunciados más generales, que remitan a derechos, principios y garantías que ya se encuentran ampliamente reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los documentos interpretativos y la jurisprudencia de sus órganos de aplicación.

A fin de cuentas, la abogada o el abogado tiene a su cargo la defensa material y técnica de los intereses particulares de la niña, niño o adolescente, con el objetivo de que se dicte una decisión favorable a su voluntad e interés superior, velando por el reconocimiento de todos los derechos, principios y garantías que les confiere el ordenamiento jurídico vigente.

A esos fines, debe entrevistarse personal y privadamente con el niño, niña o adolescente; informarlo debidamente de sus derechos, de los distintos mecanismos y elementos disponibles para una mejor decisión y de cuanto suceda en el procedimiento; y llevar a cabo todas las estrategias procesales pertinentes, entre ellas ofrecer y controlar prueba, participar en las audiencias y apelar decisiones contrarias.

La definición de funciones, facultades y deberes también conlleva la necesidad de contemplar una convivencia con otras instituciones que también pueden llegar desempeñar tareas complementarias o coadyuvantes a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, como las Defensorías Civiles y Penales, las Asesorías de Menores, el Defensor de Niñas, Niños y Adolescentes, el Consejo Provincial de la Niñez y la Adolescencia, entre otros. Precisamente, uno de los principales retos impuestos por el nuevo paradigma está dado por la necesidad de lograr una gestión asociada de las instituciones. Esto implica armonizar el trabajo de los distintos operadores a los efectos no sólo de cooperar para lograr subsanar las situaciones de vulneración de derechos sino también de evitar respuestas contradictorias que puedan agravarlas. Para ello es preciso organizar sistemas de comunicación ágiles y consolidados, a fin de generar soluciones conjuntas e integradas.

#### **4.4. Obligación de consagrar una norma que garantice el derecho de la niña, niño o adolescente a ser informado sobre la facultad que le asiste de ser representado por un abogado, a elegirlo libremente, a no elegirlo, a tomar contacto inmediato con él y a revocarlo**

La intervención de un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, de acuerdo lo prescribe el artículo 27.c) de la Ley 26.061, configura un derecho cuyo ejercicio está sujeto, en primer término, a la voluntad de la niña, niño o adolescente cuyos intereses están involucrados. Y la posibilidad de hacerlo se da en cualquier procedimiento donde se debatan sus derechos o intereses, sea administrativo o judicial.

Sin embargo, algunos procedimientos, por imposición legal, brindan a niñas, niños y adolescentes calidad de parte —como por ejemplo las declaraciones judiciales de la situación de adoptabilidad o los procesos de adopción—, frente a lo cual, si tienen edad y grado de madurez suficiente, deben comparecer con asistencia letrada. Debe quedar en

claro que la designación del profesional, así como su reemplazo, queda sujeta a la decisión de la niña, niño o adolescente.

Además, de acuerdo con el artículo 109 del Código Civil y Comercial, frente a la falta de capacidad o voluntad para asumir la defensa técnica, algunas circunstancias concretas podrían exigir de manera imperativa la designación de un tutor especial para el procedimiento, como los casos de conflictos de intereses con progenitores, otros supuestos de ejercicio inadecuado de la representación legal o cuando lo exija el interés superior de las niñas, niños o adolescentes involucrados.

Se ha debatido bastante respecto de la capacidad de estos sujetos de derecho para designar a un abogado libremente, sin injerencias. En nuestra opinión, resulta prudente adscribir a una postura que armonice el principio de la autonomía progresiva y el derecho a la defensa técnica. Esto implica que la facultad de participar como parte en el proceso con la asistencia de un abogado elegido voluntariamente está sujeta a la capacidad progresiva del niño evaluada en el caso concreto y, ante la ausencia de madurez suficiente, en los casos en que la misma sea obligatoria o necesaria, debería ser la autoridad interviniente la que designe de oficio un tutor especial.

Debe tenerse en cuenta que la tutela especial no suplanta la intervención de una defensa técnica especializada en niñez y comprenderse, en consecuencia, que no resulta recomendable una superposición en figuras estatales como las Defensorías Civiles para cumplir ambas funciones.

Para que el ejercicio de este derecho sea posible es necesario, previamente, al iniciarse un procedimiento administrativo o judicial en los que estén involucrados o afectados sus intereses, que la autoridad competente evalúe de manera interdisciplinaria la capacidad del niño, le informe que tiene la posibilidad de designar libremente un representante letrado de su confianza, o de no hacerlo, y, en caso de no contar con uno pero desear la asistencia, el Estado debe proporcionárselo. Luego de la designación debe garantizarse la comunicación inmediata entre la niña, niño o adolescente y su abogado, para que pueda definir si autoriza o no al representante seleccionado. Finalmente, también debe hacerse saber que en cualquier momento tiene la posibilidad de revocar el patrocinio letrado escogido.

Como garantía de transparencia, resulta necesario que en el expediente administrativo o judicial, según corresponda, se deje constancia escrita de la información brindada sobre

el derecho y la decisión adoptada por la niña, niño o adolescente. También es conveniente que este trámite se desarrolle con intervención de un representante del Ministerio Público.

## **5. Conclusiones**

Probablemente por razones presupuestarias, la mayoría de las provincias han avanzado hacia alternativas que involucran la creación de registros o listados de profesionales pertenecientes al ámbito privado, ya sea por intermedio de los Colegios de Abogados o de alguna dependencia judicial. Sin embargo, al momento de optar por el modelo de organización de los servicios jurídicos, resulta esencial reflexionar sobre las ventajas que puede ofrecer un sistema público, uno delegado o uno mixto, en atención a la realidad concreta.

A partir de ello, en primer lugar, advertimos que las provincias con sistemas delegados en profesionales privados han encontrado dificultades para estimular su participación voluntaria, fundamentalmente por los problemas existentes en las regulaciones y trámites de cobro de honorarios. Por otra parte, como ya lo hemos explicado, no creemos que la mejor alternativa sea imponer a los progenitores de niñas, niños y adolescentes la carga de asumir los honorarios profesionales privados, cuando precisamente gran parte de los casos en los que se requiere asistencia letrada en su beneficio están marcados por ausencias, conflictos de intereses o desacuerdos con ellos.

En el caso de la provincia de La Pampa, una modalidad semejante debe tener en consideración la realidad comprobable de escasez de profesionales con capacitación en temáticas de niñez y adolescencia, frente a lo que el Estado, si decidiera implementarla, debería asegurar la existencia de un incisivo y amplio programa de especialización. Luego, una vez logrados niveles aceptables de capacitación, deberían implementarse mecanismos eficaces para su acreditación.

Además de la posible insuficiencia de abogados inscriptos en los registros o listados, puede aparecer un problema de acceso igualitario a los servicios en las distintas jurisdicciones, lo cual generaría una obligación adicional de buscar soluciones alternativas y viables de descentralización para que el factor geográfico no configure una situación discriminatoria.

Por otra parte, no debe olvidarse que una virtual delegación de facultades hacia el ámbito privado no exime al Estado provincial de su responsabilidad por el adecuado

funcionamiento de los servicios jurídicos. Así es que la alternativa analizada debe prever mecanismos de implementación y control a través de una autoridad de aplicación estatal, que podría ser el Consejo Provincial de la Niñez y la Adolescencia en ejercicio de sus funciones de monitoreo y evaluación. Entre esas atribuciones, pueden incluirse: el establecimiento de los requisitos formales para la inscripción de abogados y abogadas en el listado o registro; la organización y promoción de los procesos de educación, capacitación y actualización para lograr profesionales idóneos especializados; la publicidad de las inscripciones a través de todos los recursos informativos posibles con el objeto de garantizar su accesibilidad, y transparencia en la asignación; la definición de los criterios y casos de selección, asignación y reasignación de profesionales para los procedimientos, teniendo en consideración la especialidad y la cantidad de asignaciones previas; la fiscalización global del desempeño profesional en los procedimientos judiciales y administrativos; entre otros.

Como ventaja del modelo delegado al ámbito privado podría sostenerse que garantiza un mayor nivel de independencia que el público, en el que, en mayor o menor medida, existirá un condicionamiento orgánico y los emolumentos de los abogados intervinientes consistirían en sumas fijas abonadas por el Estado a modo de remuneración o contraprestación por los servicios. Lo cierto es que una ingeniería institucional que rompa con los esquemas tradicionales de la división de las funciones del Estado también puede permitir colocar a los servicios jurídicos fuera del ámbito de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial.

En base a estas consideraciones, algunas desventajas del sistema delegado, creemos necesario poner en debate la posibilidad de crear una dependencia estatal especializada que atienda todos los casos en los que la asistencia letrada sea requerida, o bien un sistema híbrido que involucre a profesionales privados con una fuerte colaboración pública.

Esta posibilidad derivará, lógicamente, en una deliberación sobre el espacio orgánico que debería ocupar en la estructura del Estado. Entre las alternativas cabe considerar la del Ministerio Público de la Defensa, por su afinidad funcional. Sin embargo, también puede pensarse como un órgano extrapoder, al margen de las tres funciones tradicionales del Estado, como alternativa para lograr una mayor independencia y autonomía.

Un sistema delegado en el Colegio de Abogados, que no deja de ser una entidad destinada a cumplir fines públicos pero con independencia del Estado, no necesariamente garantiza

la satisfacción del derecho de niñas, niños y adolescentes a una asistencia letrada preferentemente especializada en la materia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo. El desprendimiento de la obligación estatal, sin que vaya acompañado de una estructura de financiamiento adecuada y sistemas de implementación, evaluación y control idóneos, dificultará enormemente las posibilidades de éxito del sistema.

# ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EDUCACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. ESTÁNDARES PARA LA ACREDITACIÓN DE LAS CARRERAS DE ABOGACÍA

María Verónica Piccone  
CIEDIS- UNRN, Viedma, Río Negro,  
Argentina. UNLP, FCJyS; La Plata,  
Argentina

## 1. Introducción

El 8 de septiembre de 2017 el Ministerio de Educación de la Nación Argentina puso en marcha mediante Resolución 3401-E/2017 el proceso de acreditación de las carreras de abogacía de acuerdo a lo establecido en la Ley de Educación Superior N° 24.521 (en adelante LES). Nos preguntamos si éste proceso producirá transformaciones sustanciales, si no en el derecho vigente, al menos en la enseñanza del derecho. Si el proceso establecido en el Art. 43 de la LES indica que la profesión compromete “...el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes”, ¿la puesta en marcha de la acreditación no debería dar cuenta de los cambios sociales producidos en las últimas décadas, resultado no sólo de la globalización y el desarrollo tecnológico y comunicacional sino, fundamentalmente, de la ampliación de la ciudadanía?

Sin embargo, si ponemos la lupa en el artículo 1 de la Resolución 3401-E/2017 podremos leer que dispone: “Aprobar los contenidos curriculares básicos, la carga horaria mínima, los criterios de intensidad de la formación práctica y los estándares para la acreditación de la carrera correspondiente al **título de ABOGADO**, así como la nómina de actividades reservadas para quienes hayan obtenido el respectivo título...”<sup>1</sup>. Sostenemos aquí que la resolución y parte de su contenido son un exponente de un rasgo que, pese a ciertos esfuerzos, sigue caracterizando a la enseñanza del derecho: su “ceguera al género”, es decir, la negación a reconocer la desigualdad que afecta a varones y mujeres y lo mucho que el Derecho ha hecho para sostenerla.

## 2. Breve aproximación a los estudios de género

---

<sup>1</sup> El subrayado nos pertenece.

Uno de los aportes más relevantes del feminismo es la categoría de género que vino a romper con la idea de la desigualdad natural entre varones y mujeres. Aunque en *El segundo sexo* Beauvoir había dicho que “No se nace mujer: se llega a serlo” (1949: 109), esta herramienta analítica comienza a afirmarse recién a partir de los años setenta para descifrar el sistema de relaciones sociales entre los sexos.

La categoría de género devela que ciertos rasgos atribuidos a varones y mujeres son el producto de una construcción sociocultural e histórica que, en el marco del patriarcado, subordina a las mujeres. Los enfoques basados en el género critican además la construcción binaria de las identidades para dar paso a teorizaciones que ponen énfasis en la multiplicidad de identidades (Gamba, 2009:121). El sistema binario “esencializa” y “naturaliza” una serie de estereotipos que asocia al sexo biológico, vinculando a los varones una serie de características pretendidamente “masculinas” como la racionalidad y la fortaleza y, en contraposición, las mujeres coherentes con el estereotipo de “femineidad” impuesto son catalogadas de irracionales, emocionales y volubles, dominadas por el deseo y “más cercanas a la naturaleza que a la cultura” (McDowell, 2009:11). Obviamente, la relación entre los sexos/géneros binarios es una relación jerárquica: el patriarcado establece que los varones (o los varones que cumplen con el estereotipo de la “masculinidad”) son el modelo de lo humano<sup>2</sup>. Si bien en las diversas culturas pueden encontrarse matices en las formas que adquiere esta desvalorización de la mujer y/o de lo “femenino”, a lo largo de siglos de patriarcado la diferencia sexual condenó universalmente a las mujeres a permanecer ocupadas en el desarrollo de tareas reproductivas y de cuidado, a mantenerse alejadas del espacio público y sometidas a la voluntad –incluyendo la voluntad sexual<sup>3</sup>– de los varones.

El desarrollo de los llamados “estudios de género” ha sido exponencial y presenta actualmente una multiplicidad de aristas y corrientes imposibles de resumir en una ponencia, a las que se suman también dentro del feminismo posturas críticas respecto de la utilidad del género como categoría analítica (Osborne & Petit, 2008).

Los estudios de género, entrelazados con el proceso de lucha por el acceso a los derechos que les fueron negados a las mujeres en el proyecto jurídico de la modernidad, constituyen

---

<sup>2</sup> Si los primeros estudios de género asocian sexo con “natural” y género con “cultural”, el desarrollo de los estudios critica actualmente la naturalización del binarismo del sexo y aborda además las cuestiones de la identidad sexual por fuera de lo “masculino/femenino” así como respecto de los roles sexuales.

<sup>3</sup> Las prácticas sexuales predominantes históricamente han sido denunciadas por el feminismo como una forma de mantener la inequidad entre varones y mujeres (Careaga-Pérez, 2009:101).

una herramienta epistemológica que posibilita construir nuevos derechos pensados desde un enfoque antidiscriminatorio.

### **3. Modernidad, ciudadanía y derecho androcéntrico**

A partir de la modernidad y de las revoluciones burguesas, las luchas sociales comienzan a arrancar una serie de derechos al Estado, que hoy reciben el nombre de derechos humanos, “una de las más sorprendentes invenciones de la modernidad” (Raffin, 2006:1). Sin embargo, la predica emancipatoria burguesa vino asociada a una lógica de poder que excluyó a las mujeres, a las sexualidades diferentes, a las religiones disonantes, a las etnias “barbarizadas”, etc. La adquisición de ciertos derechos de ciudadanía erige entonces a un sujeto antropológicamente individualista y soberano que se impone como una razón universal colonizando cuerpos, tierras y saberes. Raffin afirma “Esa subjetividad, así concebida en la esfera de la ética, es catapultada al universo jurídico. Pero el discurso ético, que provee los componentes del discurso jurídico, esconde una voluntad de poder que lo revela como discurso político: traduce las ideas de aquellos que construyeron el mundo moderno. Se trata, *grosso modo* y con algunas excepciones, de europeos masculinos, mayores, blancos, burgueses y, por lo tanto, propietarios” (2).

La modernidad consolida las nuevas formas de subordinación y violencia que someten a las mujeres a partir del capitalismo, en lo que fue develado por Federici (2010) como una forma de expropiación social masiva de los cuerpos y los saberes de las mujeres. La discriminación hacia las mujeres es constitucionalizada y se oculta bajo el discurso de ser una consecuencia “natural” de los atributos de su sexo (aquello que la categoría de género ayudaría a develar). Si las doctrinas contractualistas postulan al pacto como el límite entre el estado de naturaleza y el estado civil o político, donde el orden estatal se concibe como un acuerdo voluntario, la diferencia sexual condena a las mujeres por su “naturaleza” a quedar subordinadas al varón<sup>4</sup>. La filosofía contractualista de la ciudadanía, en los términos en que se establece sobre todo a partir de la difusión de los postulados de la revolución Francesa, oculta lo que Pateman definió como contrato sexual, instrumento para sostener el patriarcado tanto en el espacio público como privado<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Es a nuestro entender Rosseau el filósofo contractualista que ha defendido en forma más expresa y más virulenta el sometimiento de las mujeres, sobre todo en Emilio o de la Educación.

<sup>5</sup> “Las mujeres son incorporadas a una esfera que es y no es parte de la sociedad civil. La esfera privada es parte de la sociedad civil, pero está separada de la esfera “civil”. La antinomia privado/público es otra expresión de natural/civil y de mujeres/ varones. La esfera (natural) privada y de las mujeres y la esfera

En ese contexto, la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana que formulara en la Francia de 1791 Olympe de Gouges, es una denuncia de la exclusión de la mujer del modelo jurídico moderno.

Esa exclusión sólo sería erosionada exitosamente a partir del siglo veinte y, sobre todo, a partir de la internacionalización del derecho de los derechos humanos producida luego de la Segunda Guerra Mundial. La relación entre el Estado como garante de los derechos constitucionales de sus ciudadanos -y luego también ciudadanas- es transformada en un compromiso que trasciende las fronteras para ser establecida como una obligación pasible de generar responsabilidad internacional frente a la violación de los derechos humanos de los y las habitantes.

Pero el derecho de los derechos humanos tampoco escapó del androcentrismo jurídico consolidado a partir de la modernidad. Si la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>6</sup> establece en el artículo 1 que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” y el artículo 2 instituye el principio-derecho a la no discriminación en función, entre otros motivos, del sexo<sup>7</sup>, los derechos humanos de las mujeres están muy lejos de ser simbólica y jurídicamente un punto de referencia. Recién en 1981, entrará en vigencia la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1979 (conocida por sus siglas en inglés CEDAW), primer instrumento convencional en materia de derechos humanos de

---

(civil) pública y masculina se oponen, pero adquieren su significado una de la otra, y el significado de la libertad civil de la vida pública se pone de relieve cuando se lo contrapone a la sujeción natural que caracteriza al reino privado” (Pateman, 1995:22). El feminismo se encargó de demoler esta frontera ficticia.

<sup>6</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), Si se consulta la citada Resolución en la página de la Organización de las Naciones Unidas, se podrá constatar que se la consigna originalmente como Carta Internacional de los **Derechos del Hombre**. El subrayado nos pertenece. Véase [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)), recuperado con fecha 10/11/2018.

<sup>7</sup> Art. 2: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

las mujeres<sup>8</sup>, cuando los derechos de las mujeres empiecen a tener una presencia relevante en el ámbito internacional<sup>9</sup>.

Suele indicarse en este sentido como un hito, la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, que subrayará que “Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional”<sup>10</sup>.

En ese contexto, las mujeres a lo largo del siglo XX fueron adquiriendo un conjunto de derechos que van colocándolas paulatinamente, al menos en el plano formal, como ciudadanas plenas.

En el caso argentino, recién con el Dec-ley 17711/68 que modificara el viejo Código Civil las mujeres adquieren capacidad civil plena, luego de haber accedido materialmente al sufragio en el ámbito nacional en 1952 (la ley 13.010 de voto femenino fue sancionada en 1947), aunque un análisis más minucioso daría cuenta de la vigencia durante al menos tres cuatro décadas más de un conjunto de normas discriminatorias. En el último período democrático, a partir de ciertas modificaciones legales, son sancionadas normas que introducen mecanismos del derecho antidiscriminatorio, como la ley 24.012 de cupo femenino de 1991 y, recientemente, la ley de paridad 27.412 de 2017, sin olvidar la trascendencia de la incorporación, entre otros, del artículo 37 de la Constitución Nacional reformada en 1994 (primera ocasión en que las mujeres se desempeñan como convencionales constituyentes).

Por supuesto, este arco normativo es impulsado por diversos cambios en las relaciones sociales y por un activismo feminista que, en ocasiones, como en la actualidad, desborda los límites establecidos por la política tradicional. A la vez, la consagración formal de un

---

<sup>8</sup> La CEDAW adolece de toda mención a la violencia contra las mujeres como una forma de violación de los derechos humanos.

<sup>9</sup> Deben resaltarse otras instancias institucionales internacionales que contribuyeron a consolidar los derechos humanos de las mujeres, como las Conferencias Mundiales sobre las Mujeres celebradas en México (1975), Copenhagen (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995).

<sup>10</sup> Citado de [https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf), recuperado con fecha 10/11/2018

derecho con perfil igualitario afirma las posibilidades de empoderarse de muchas mujeres a partir del mayor respaldo jurídico para sostener su independencia económica, civil y política.

Sin embargo, la adopción de normas legales antidiscriminatorias no garantiza la efectiva de la igualdad entre varones y mujeres. Las mujeres no sólo padecen de un menor acceso a derechos, sino que sufren diversas formas de violencia persistentes -incluyendo el femicidio- y de perseverantes obstáculos para acceder a la justicia sustantiva.

Es aquí donde consideramos que la enseñanza del derecho y su remarcado tradicionalismo, juegan un papel no ajustado a los tiempos actuales.

#### **4. Enseñanza del derecho y género**

La enseñanza del derecho en Argentina responde a lo que Gordon denominó modelos tradicionales, articulados en base a la capacitación de aprendices practicantes, la enseñanza casi exclusiva del derecho positivo, la consideración del derecho como un conjunto coherente y unificado de principios y, a enseñar los estudiantes a pensar como abogado/a (Gordon, 2002).

La enseñanza tradicional difunde impunemente la falsa noción de que el derecho es aséptico y está desvinculado de la vida social a la que constriñe. En este modelo, se postula que el derecho positivo debe conocerse memorísticamente, cuantas más normas se conozcan, mejor. Este derecho que se postula consistente y autofundado tendría la capacidad de resolver todas las disputas jurídicas posibles: hay que aprender a buscar a respuesta en el conjunto de normas, aplicar un silogismo y construir un modelo de escrito o discurso aplicable al caso concreto que, de paso, sirva para casos análogos. Al respecto dice Zaikoski “En cuanto a la educación en la ciencia legal o denominada dogmática jurídica, puede decirse que ha sido muy exitosa profundizando y extendiendo la idea que el derecho es un sistema cerrado, autosuficiente y autopoietico (en lenguaje luhmanniano) que se autoabastece y no requiere de otros mecanismos que generarse a sí mismo a partir de una norma hipotética fundamental que se halla fuera de toda valoratividad (Zaikoski, 2015).

No se exploran las contradicciones que el propio sistema legal presenta, mucho menos las relaciones entre el derecho positivo y la realidad social. La doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia que da cuenta de las injusticias que se producen al amparo de un derecho

que facilita el reparto inequitativo de la riqueza y la expoliación de los sectores vulnerables, acostumbra brillar por su ausencia en la mayoría de las clases.

Los estudios críticos, salvo algunas excepciones, suelen encontrarse en los márgenes de la disciplina y generalmente en asignaturas consideradas complementarias de las llamadas vulgarmente “codificadas”. Es un modelo de enseñanza que responde a lo que Paulo Freire denominó educación bancaria donde los y las estudiantes son considerados una *tabula rasa* a disposición de un/a docente que reproduce un discurso acríticamente.

Esa más que limitada presencia de estudios críticos del derecho incluye la omisión de los estudios feministas sobre el mismo. Al respecto se ha dicho que las diversas corrientes que componen el proyecto jurídico feminista no son homogéneas en cuanto a los usos posibles del derecho, pero tienen en común presentar una férrea resistencia a la instrumentalización de la ley como estrategia para instituir y mantener las relaciones patriarcales que oprimen y subordinan a las mujeres y otros sujetos disonantes y perpetúan las desigualdades de género, a la vez que postulan un uso de los instrumentos y las instituciones jurídicas acorde con una “una teoría y una práctica de emancipación” (Heim, 2016:308)<sup>11</sup>.

Las corrientes del feminismo jurídico están atravesadas además por el debate del acceso a iguales derechos y su relativo enfrentamiento con el reconocimiento de derechos específicos de las mujeres, que en los enfoques críticos se cruza con diversas interseccionalidades que, si cabe, son aún más marginales en los estudios de las escuelas de derecho de Argentina. Es decir, no es lo mismo pensar un sujeto/a jurídico (e incorporarlo a la currícula) con rasgos de mujer burguesa heterosexual que, contemplar las desigualdades y opresiones que debe desandar una mujer aborígen homosexual, por ejemplo. Porque el derecho no sólo es androcéntrico sino también racista, clasista y heteronormativo, de acuerdo a aquel sujeto definido en la temprana modernidad.

Por su parte, la categoría de género y los estudios de género no son tampoco, como indicáramos *supra*, homogéneos. Nosotras entendemos que, más allá de los diversos matices, la categoría de género facilita la toma de conciencia de las desigualdades que afectan a varones y mujeres y del histórico sometimiento de éstas al amparo del derecho patriarcal y androcéntrico. Entendemos también que, como categoría inscrita dentro de

---

<sup>11</sup> Para un recorrido de las diferentes corrientes del feminismo jurídico puede verse el recorrido trazado por Heim en *Mujeres y acceso a la justicia* (2016) y, por Malena Costa en *Feminismos Jurídicos* (2016).

las corrientes feministas del derecho, tiene la potencialidad de subvertir el orden jerárquico que el derecho y las facultades de derecho han pregonado tradicionalmente, no sólo en cuando a las relaciones entre varones y mujeres, sino respecto de los integrantes de otros grupos históricamente discriminados.

Incluso entendemos que sirve para explicar y comprender ciertos rasgos del derecho actual, incluyendo algunas nuevas normas antidiscriminatorias. En Argentina se da la paradoja de que, en los últimos años, se han producido notables avances jurídicos que incorporaron paulatinamente los instrumentos y los principios del derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo su remisión en el nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, es claro que las políticas antidiscriminatorias han sido bastante exitosas en establecer parámetros de igualdad ante la ley, pero menos proclives a establecer los mecanismos que permitan igualar no sólo los puntos de partida, sino que tiendan a igualar los resultados.

Este marco jurídico constitucional y convencional arroja como paradoja que la educación tradicional termina configurando supuestos que generan la responsabilidad internacional del estado por violación a los derechos humanos de las mujeres. Es decir, incluso para aquellos que pretenden que el derecho es armonioso y coherente, es difícil justificar la ausencia de una lectura crítica de la discriminación que sufren las mujeres si se leen los informes de diversos comités<sup>12</sup> vinculados a la protección de los derechos humanos.

A sólo título de ejemplo, en las Observaciones finales al Séptimo Informe Periódico de Argentina elaboradas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW)<sup>13</sup>, el mismo observa que la falta de aplicación efectiva del marco normativo que protege a las mujeres y promueve un mayor acceso a derechos, da lugar a una discriminación de facto. También manifiesta su preocupación por las barreras institucionales, procedimentales y prácticas que obstaculizan el acceso a la justicia de las mujeres<sup>14</sup>. Consideramos que esa parcialidad e ignorancia de los derechos de las mujeres fundada en estereotipos discriminatorios y particularmente manifiestas en los casos en

---

<sup>12</sup> Los tratados de derechos humanos sancionados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas suelen llamar comités a los órganos de aplicación establecidos en cada convención, como el mencionado comité CEDAW o, el Comité sobre los Derechos del Niño que aplica la Convención sobre los derechos del Niño, la Niña y los y las Adolescentes aprobada en 1989. No sólo el Comité CEDAW se ha referido a esta cuestión.

<sup>13</sup> CEDAW/C/ARG/CO/7.

<sup>14</sup> Puede consultarse su versión en inglés en [http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/12/CEDAW\\_C\\_ARG\\_CO\\_7\\_25088\\_E.pdf](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/12/CEDAW_C_ARG_CO_7_25088_E.pdf). Recuperado con fecha 10/11/2018.

que sufren violencia, son en parte responsabilidad de un sistema educativo que o los difunde deliberadamente o en forma velada, mirando para otro lado frente a las desigualdades<sup>15</sup>.

Había sido incluso más preciso el Comité CEDAW respecto de los estereotipos en la educación en sus Observaciones al Sexto Informe periódico, donde insta a Argentina a difundir "...información relativa a las oportunidades de educación de las mujeres, incluida la formación profesional...". Asimismo, recomienda "...que se impartan cursos obligatorios sobre género al profesorado en todos los niveles del sistema de enseñanza, en la totalidad del país y en todas las provincias y municipalidades, con el objeto de eliminar los estereotipos de género de los programas de estudio, oficiales o no oficiales. Deben adoptarse estrategias concretas para hacer frente a la cultura patriarcal predominante" (Comité CEDAW, 2010: 8). En esa oportunidad también instó a Argentina a implementar capacitaciones en cuestiones de género para todas las personas involucradas en el sistema de justicia y particularmente, demandó que los y las operadores del sistema de justicia, incluyendo jueces/as, abogados/as, fiscales/as y defensores/as<sup>16</sup> públicos, conozcan los derechos de la mujer y las obligaciones del Estado de acuerdo a la Convención, sin olvidar el establecimiento de mecanismos para comprobar los resultados del trabajo desarrollado en ese sentido (4). Ahora bien, ¿qué papel juega en este contexto político y jurídico la educación legal que se encuentra en proceso de acreditación? ¿cumple con los estándares adecuados desde una perspectiva de derechos humanos?

## **5. Las carreras de abogacía y su acreditación en los términos del art. 43 de la Ley de Educación Superior**

El mecanismo de acreditación se pone en marcha por primera vez este año por parte de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, se inicia con la incorporación de las carreras de abogacía al proceso del artículo 43 de la Ley de Educación Superior en virtud de que su ejercicio compromete el interés público. A partir de allí, las universidades deben respetar con conjunto de contenidos curriculares y una carga horaria mínima total y de enseñanza práctica<sup>17</sup> que son determinados por el

---

<sup>15</sup>Al respecto resulta interesante la lectura de "Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el Género" de Ramiro Ávila Santamaría (2009).

<sup>16</sup> El femenino en la redacción nos pertenece.

<sup>17</sup> Son denominados "criterios sobre intensidad de la formación práctica".

Ministerio de Educación en acuerdo con el Consejo de Universidades. En ese contexto mediante Resolución N° 3401-E/2017 se dispuso: “Aprobar los contenidos curriculares básicos, la carga horaria mínima, los criterios de intensidad de la formación práctica y los estándares para la acreditación de la carrera correspondiente al **título de ABOGADO...**”. Lo primero que debe decirse es que quienes escribieron la resolución lo hicieron con estereotipos de género, porque si fuese de otra manera, no habrían ignorado a la significativa cantidad de mujeres que, en nuestro sistema educativo, alcanzaron el título de abogada. La ceguera al género es mayor si se tiene en cuenta que, aunque hay fuertes brechas horizontales de género en los estudios universitarios que dan cuenta de que hay pocas mujeres presentes, por ejemplo, en el ámbito de las ingenierías, otras ramas del saber, incluyendo la jurídica, se han feminizado intensamente<sup>18</sup>.

El Anexo de la Resolución N° 3401-E/2017 contiene 5 apartados: I. Contenidos curriculares básicos, II. Carga horaria mínima, III. Criterios de intensidad de la formación práctica, IV. Estándares para la acreditación de las carreras de abogacía y, V. Actividades profesionales reservadas al título de abogado. Estos contenidos han sido discutidos y elaborados junto con el Consejo Permanente de Decanos (por supuesto en masculino) de Facultades de Derecho. No hay ni en el lenguaje utilizado ni en los términos de cada uno de los apartados nada que indique que la desigualdad que afecta a varones y mujeres haya sido tomada en cuenta como un elemento relevante al momento de delinear los contenidos del anexo.

Al igual que otros documentos similares, el anexo hace gala de un lenguaje formalista y pretendidamente neutro. Felizmente, más allá de que siempre se refiere al título de “abogado” en masculino, no reitera esa nota tradicional del viejo código civil de mencionar al “hombre” como modelo de humanidad.

El apartado I “Contenidos curriculares básicos”, establece que los mismos “deben asegurar la adquisición de los conocimientos, habilidades y actitudes que permitan un desempeño profesional idóneo”, pero no queda claro que saberes y formas de proceder configuran esa idoneidad.

---

<sup>18</sup> Nos hemos referido a esta cuestión en “Género y enseñanza del derecho. Abordaje crítico en el marco del proceso de acreditación de las carreras de abogacía”, ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional y IX Latinoamericano de Sociología Jurídica: “La sociología jurídica frente a los procesos de reforma en América Latina”, realizado el 5, 6 y 7 de septiembre de 2018, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, Argentina.

La incorporación dentro del Area Derecho Público del apartado<sup>19</sup> Derechos Humanos muestra uno de los espacios que arroja algunas de las novedades más relevantes en cuanto a contenidos: “Género” es uno de ellos. Pero una lectura del conjunto del documento permite percibir un discurso sumamente formalista que no da cuenta, fuera del “género” y de los “derechos de las personas con discapacidad”, de la existencia de otros/as sujetos excluidos del proyecto jurídico de la modernidad. La cuestión relativa a la coloniudad del poder no está presente en lo absoluto, tampoco se hace mención ni a los pueblos originarios ni a las deudas de sistema institucional para con ellos, pese a normas como el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. La diversidad sexual, siendo entusiastas, podríamos suponer que está contemplada dentro de “género”.

No pretendemos un vasto análisis teórico en un documento que a todas luces en su materialización, es decir, en el plan de estudios de cada una de las universidades (y el *curriculum* expreso y oculto que cada una construye), poseerá matices que lo orienten a posturas más conservadoras o más críticas del derecho, ubicadas en distintos modelos de educación jurídica (Gordon) y, por diferentes modelos de ejercicio profesional, pero llama la atención la persistente negación del recorrido político que perfiló los derechos que adquirimos a lo largo del siglo XX y XXI.

Por ejemplo, cuando se aborden temas como “Declaraciones, derechos y garantías” en el marco de la estructura de la Constitución, los planes de estudios ¿darán cuenta de la exclusión de las mujeres? Cuando se estudien los delitos en particular ¿qué dirán los y las profesores de crímenes que afectan en una intensidad trascendentalmente mayor a las mujeres, como la violencia y los abusos sexuales? ¿seguirán sosteniendo los y las docentes que el “femicidio” no existe?

Y, en el derecho privado -otra falsa dicotomía que se reitera- cuando se aborde el “Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho”, ¿se colará por ahí la idea de que sin un reparto equitativo de las tareas de cuidado resulta imposible que las mujeres accedan a una ciudadanía plena? Y, en derecho de familia, ¿será la “violencia doméstica”<sup>20</sup> analizada en el marco contextual de violencia estructural que

---

<sup>19</sup> No hablamos de asignatura o materia porque las carreras no necesariamente están obligadas a tener una asignatura con esta denominación, aunque creemos que es lo adecuado: más allá de que fomentamos un enfoque transversal en materia de derechos humanos, una materia específica obligatoria arroja mejores resultados en el proceso de enseñanza aprendizaje.

<sup>20</sup> Así aparece contemplada dentro de “Derecho de Familia”.

padecen las mujeres? ¿el derecho laboral y de la seguridad social, hablará de las brechas de género en el empleo y la ocupación?

Llama la atención que las diversas particulares que pueden atravesar a un sujeto de derecho, las diversas identidades, queden invisibilidades una vez más en el *ítem* “Contenidos curriculares para la formación práctica”. ¿Cómo identificar una “situación de hecho” y encuadrarla jurídicamente sin tener en cuenta la identidad de quienes se encuentran involucrados/as? Por supuesto, no pregonamos un fuero especial para las (aunque tal vez deberían existir en diversas jurisdicciones tribunales con competencia específica en cuestiones de violencia de género), pero sí que, tal como lo establecen entre otros las observaciones del Comité CEDAW, se implementen los mecanismos para erradicar la discriminación de la mujer en el derecho. El derecho internacional de los derechos humanos ha elaborado un conjunto de instrumentos y tratados que tienden a la protección de diversas categorías de sujetos por su histórica segregación, como sucede con las mujeres, los niños y niñas, las personas con discapacidad, etc. En esa línea, a nuestra consideración, las facultades de derecho tienen la obligación de estudiar y profundizar las herramientas del derecho antidiscriminatorio, para que el derecho haga por las mujeres y otros colectivos/as discriminados/as tanto como hizo contra su bienestar. Como docentes, cómo podemos promover una “actitud de conciencia, compromiso, responsabilidad social y una práctica jurídica orientada éticamente en todo el proceso de aprendizaje”<sup>21</sup> si no tenemos en cuenta las particularidades de aquellas personas que comparten con nosotras el espacio áulico y de aquellas otras que aparecen involucradas en el proceso de justicia.

En cuanto a los “Criterios de intensidad de la formación práctica” (apartado III) y a resulta grave no contemplar la desigualdad de género, ¿cómo problematizar situaciones sin considerar las diversas discriminaciones que contiene el campo jurídico? ¿Acaso no son las estudiantes más pasibles de ser sometidas a situaciones de acoso que los estudiantes varones? ¿No pesan sobre ellas, por el inequitativo reparto de tareas por razones de género, mayores responsabilidades de cuidado que afectan sus estudios? ¿A qué debemos atribuir en nimio porcentaje de decanas? ¿Por qué esto no es tenido en cuenta al hablar del “cuerpo académico” de las carreras de abogacía?

---

<sup>21</sup> Conforme lo postulado en el Anexo 1 de la Resolución.

Como puede apreciarse, son más las preguntas que nos realizamos que las respuestas que podemos ensayar, pero creemos que se trata precisamente de eso. De indagar, de no dar por sentado, de permitirnos cuestionar y cuestionarnos. Quienes hoy impulsamos la incorporación de los estudios de género en las facultades de derecho hemos atravesado y atravesamos todavía un proceso que implica revisarnos y reflexionar sobre nuestras propias prácticas profesionales, que en muchas ocasiones han reproducido estereotipos que hoy queremos erradicar.

Debemos recorrer un camino menos individualista que el que nos propusieron y más sororo. También debemos estar atentas a las revisiones de las propias categorías teóricas que utilizamos, como dice Alicia Ruiz “No se trata de lamentar que una facultad de derecho no dedique un mayor espacio de su *currículum* a los problemas de “género” sino de preguntarnos desde qué perspectivas y de un modo no superficial habría que preocuparse de los problemas de las mujeres en el ámbito de la enseñanza jurídica” (2009:161). Suscribimos la postura de la autora que propone una revisión constante de los puntos de partida epistemológicos desde los que se habla porque categorías como “mujer”, “varón”, “sexo”, género”, “orientación sexual” no son unívocas ni se utilizan siempre con la misma significación.

## **6. A modo de cierre**

El feminismo ha realizado una labor educativa fundamental desde ámbitos no formales que en las últimas décadas se ha ido permeando en la enseñanza formal. Desde allí, debemos indagar si los planes de estudios de las carreras de abogacía que no dan cuenta de la desigualdad y el sometimiento que han sufrido y de las discriminaciones que todavía padecen las mujeres, responden a una intención o estrategia orientada a que las mujeres que estudian abogacía asuman (o continúen asumiendo) ciertas tareas que limitan su tiempo y su posibilidad de incidencia en el campo simbólico y en lo público, a que disputen menos espacios de poder en los colegios profesionales y consejos de la magistratura, o entre las autoridades universitarias. ¿Forma parte de una estrategia para romper solidaridades de género entre “ilustradas abogadas” y los miles de mujeres que reclaman acceso a la justicia sustantiva?

Lamentamos que la perspectiva del género y los estudios feministas del derecho no hayan formado parte del contenido que guía el proceso de acreditación de las carreras de

abogacía. Felizmente, algunas universidades han aprovechado la oportunidad para incorporar esta perspectiva con pretensiones de transversalidad que, aunque insuficientes, representan un avance antidiscriminador. Un derecho con pretensiones emancipadoras requiere de forma indispensable un abordaje crítico con perspectiva de género a la vez que afianzar los lazos de solidaridad entre nosotras/os.

## 7. Referencias bibliográficas

- Bergoglio, M. I. (2007). "Cambios en la profesión jurídica en América Latina". En Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, 5(10), 9-34.
- Bergoglio, M. I. (2009). "Diversidad y desigualdad en la profesión jurídica: consecuencias sobre el papel del Derecho en América Latina". En Revista Via Iuris, (6), 10-28.
- Careaga-Pérez, G (2009). "Diversidad sexual". En Gamba, S. (coord). Diccionario de estudios de Género y feminismos, Buenos Aires: Biblos.
- Costa, M. (2016). *Feminismos Jurídicos*. Buenos Aires. Didot.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/acceso-informacion.pdf>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2010). Observaciones finales Argentina 2010. Disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/observaciones\\_finales\\_cedaw\\_2004\\_2007.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/observaciones_finales_cedaw_2004_2007.pdf)
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) – Argentina (2016). Disponible en <http://acnudh.org/informe/observaciones-finales-de-los-organos-de-tratados/cedaw/>.
- CONEAU (2017). Resolución 3401-E/2017. Estándares para la acreditación del título de abogado. Consultado de <http://www.coneau.gob.ar>.
- Federici, S. (2010). Calibán y la Bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria. Cali: Tinta limón.
- Gamba, S. (2009). "Estudios de género/Perspectiva de género". En Gamba, S. (coord). Diccionario de estudios de Género y feminismos, Buenos Aires: Biblos.

- Gordon, R. (2002). Distintos Modelos de Educación Jurídica y las Condiciones Sociales en las que se Apoyan. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Recuperado de [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/6](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/6).
- Heim, D. (2016). *Mujeres y acceso a la justicia*. Buenos Aires: Didot.
- McDowell, L. (2009). “La definición del género”, en En Ávila Santamaría, A., Salgado J. y Valladares, L. (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*: Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Osborne, R., & Petit, C. M. (2008). La evolución del concepto de género: selección de textos de S. de Beauvoir, K. Millet, G. Rubin y J. Butler (selección y presentación: R. Osborne y C. Molina Petit). *Empiria. Revista de metodología de ciencias sociales*, 0(15), 147-182. <https://doi.org/10.5944/empiria.15.2008.1204>.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Autónoma Metropolitana - Iztapalapa.
- Piccone, M. V. (2018). “*Género y enseñanza del derecho. Abordaje crítico en el marco del proceso de acreditación de las carreras de abogacía*”. Ponencia presentada en el XIX Congreso Nacional y IX Latinoamericano de Sociología Jurídica: "La sociología jurídica frente a los procesos de reforma en América Latina", realizado el 5, 6 y 7 de septiembre de 2018, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, Argentina.
- Raffin, M. (2006). *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ruiz, A. (2009). “Cuestiones acerca de mujeres y derecho”. En Ávila Santamaría, A., Salgado J. y Valladares, L. (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito.
- Zaikoski, D. (2015). Educación Jurídica en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam: entre la reforma del Plan de Estudios y los requerimientos de los estudiantes. *Educación, Lenguaje y Sociedad*, 12(12). Recuperado de <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/els/article/view/1511>

## COMENTARIOS AL PROTOCOLO DE INTERVENCIÓN ANTE VIOLENCIAS Y DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN LA UNLPAM

Daniela Zaikoski  
UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa,  
Argentina

### INTRODUCCIÓN

Las violencias contra las mujeres históricamente se han basado en relaciones asimétricas de poder configurándose lo que la literatura constitucionalista denomina desigualdad estructural (Saba, 2016). Su característica es que si bien las discriminaciones se manifiestan o afectan a un individuo, sus razones y causas se explican porque ese individuo pertenece al grupo desaventajado. No se entienden las violencias y discriminaciones contra las mujeres por fuera de un marco cultural que estructuralmente se sirve de relaciones jerárquicas de poder entre hombres y mujeres, un marco cultural que constantemente refuerza los estereotipos de inferioridad relativos a las posiciones que las mujeres ocupan en las relaciones sociales. Las relaciones sociales educativas no escapan a lo que se ha denominado ‘injusticia epistémica’ (Fricker, 2017), es decir, el sentido de que las instituciones y las prácticas sociales favorecen a los poderosos y que los poderosos gozan de una ventaja epistémica tal que les permite producir sentidos del mundo, y de ello no ajena la universidad.

Desde un punto de vista normativo, la Recomendación General n° 35 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (RG 35) ha revisado el concepto de violencia contra las mujeres establecido en la Recomendación General n° 19 y aclara que el concepto de violencia contra la mujer hace hincapié en el hecho de que dicha violencia está basada en el género. Por ello, la expresión violencia por razón de género contra la mujer “...se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes” (RG 35), por lo que nombrar el fenómeno de las violencias es por demás importante y ha sido la tarea a que se ha dado el movimiento feminista. El Comité explica que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de

los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. Es decir, las violencias contra las mujeres reproducen el orden social androcéntrico y constituyen “...un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, consagrados en la Convención” (RG 35).

Un marco cultural que propicie, silencie o sea indiferente ante hechos de violación contra los derechos de las mujeres en razón de género es contrario a los objetivos y finalidades de educación superior y de la UNLPam en particular, la que, como casa de estudios de educación superior, conforma su actuación estatutaria de acuerdo a una comprensión amplia de los derechos humanos<sup>1</sup>.

El Estatuto de la UNLPam se propone interpretar las necesidades de la sociedad y la institución se representa como dinamizadora del cambio social en el marco de una concepción humanista y orientada a los valores democráticos. La discriminación y violencias contra las mujeres son incompatibles con los valores asumidos por la UNLPam y por lo tanto no pueden tolerarse tales situaciones. La UNLPam entiende a los valores democráticos como aquellos fundados en la libertad e igualdad de las personas, libres de estereotipos, respetuosos de las diferencias y garantes de la concepción de derechos humanos.

Dominguez *et al* (2014) señala que es

...ostensible que la violencia de género trasciende las relaciones sociales establecidas en el ámbito privado/doméstico y se manifiesta en los diferentes espacios tanto públicos estatales como público societales, quedando planteada la dimensión política de la violencia de género y especialmente aquella contra las mujeres. La violencia en instituciones como la universidad no es tan sencilla de develar, porque difícilmente incluye la agresión física, tiene un carácter poco visible, forma parte de la cotidianeidad que las naturaliza y se inscribe en una relación jerárquica de poder que “no se discute.

En esa no discusión se halla la ‘injusticia epistémica’ de precedentemente aludida.

En tal sentido, la intención de esta contribución es presentar los principales descubrimientos de algunas investigaciones realizadas desde los años noventa y discutir el ámbito universitario como espacio donde se producen discriminaciones y violencias contra las mujeres, cuestión escasamente visibilizada en los aspectos funcionales y

---

<sup>1</sup> Disponible en <http://www.unlpam.edu.ar/images/Concursos/Estatuto-UNLPam.pdf>

organizacionales de la Universidad, al menos en la de La Pampa<sup>2</sup>.

## **MUJERES, UNIVERSIDAD Y VIOLENCIAS**

La violencia en razón de género contra las mujeres ha sido definida por el Comité Cedaw en la Recomendación General n° 35 (RG 35) del año 2017 que complementa la Recomendación General n° 19 (RG 19) del año 1992. A la vez Argentina cuenta con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la ley nacional 26485 que contienen definiciones sobre las violencias contra las mujeres, los espacios sociales en los que ocurre: el espacio privado, el comunitario y el ámbito público así como también estas normas identifican a los responsables, sean particulares, agentes del Estado o el Estado por el hecho de tolerarlas. De allí que deban ponerse a discusión algunos presupuestos erróneamente considerados: 1) el que dice que las violencias ocurren en el espacio privado y, en el caso del espacio público, cuándo estos espacios presentan condiciones, disposiciones o infraestructura que puede resultar peligrosos para la circulación segura de las mujeres. En ese caso, la universidad se considera a sí misma como una institución que no presenta condiciones que favorezcan o produzcan violencias; 2) que la violencia contra las mujeres ocurre en sectores sociales con baja o poca educación. Esto es un mito ampliamente tematizado por los estudios feministas; 3) las dificultades para prevenir los hechos de violencia ya que hay un escaso número de denuncias. En este sentido, la escasa cantidad de denuncias puede deberse, como se verá, a múltiples causas, pero no porque hechos no existan; 4) que la violencia contra las mujeres en razón de género en la universidad es siempre asimétrica. Se dificulta la visibilización de la violencias entre pares y 5) que puede tratarse como se trata la violencia laboral, entre otras discusiones que pueden aparecer y que a futuro deberán ser motivo de desarrollos más profundos y documentados.

Lo cierto es que se sabe poco sobre las violencias contra las mujeres en razón de género en la universidad y es muy reciente la sanción de instrumentos normativos internos (protocolos) para cumplir con obligaciones de debida diligencia a cargo de la institución: prevenir (visibilizar y sensibilizar), respetar, proteger, investigar y sancionar, reparar, dar garantías de no repetición y erradicar.

---

<sup>2</sup> Hemos trabajado la escasa incidencia del género y las discriminaciones y violencias contra las mujeres en diversos artículos mediante la técnica de administrar encuestas a estudiantes de 5° año de la carrera, artículos y ponencias que han sido publicados y expuestos en distintos eventos científicos.

Existe abundante normativa internacional sobre educación y mujeres que se despliega en diversos instrumentos que prohíben la discriminación y destacan que las violencias afectan a las niñas y mujeres en los procesos educativos. La Agenda Mundial Educación 2030<sup>3</sup> reconoce que la igualdad de género es un problema global que requiere un enfoque integral que garantice no sólo que las niñas y los niños, las mujeres y los hombres obtengan acceso a los distintos niveles de enseñanza –tal como los desarrolla la Observación General n° 13<sup>4</sup>- sino que el derecho a la educación se concreta cuando estos sujetos adquieran las mismas competencias en la educación y mediante ella. La Cedaw contiene disposiciones sobre mujeres y educación en el art. 10, la Convención de Belem do Pará indica que se debe capacitar a los operadores jurídicos para la integración de la perspectiva de género. Del mismo modo lo prevé la ley nacional 26485 y las Recomendaciones General 33 y 35 del Comité Cedaw, entre otros documentos de derechos humanos.

Por ello, los problemas y la escasa incidencia de la perspectiva de género en los proyectos institucionales (al menos en el último proyecto institucional de la UNLPam) y en los planes de estudios de las carreras respectivas tiene que ver más con las resistencias y mantenimiento de privilegios de los y las actores/as de la comunidad universitaria que con la falta de normativa vinculante. Los poderosos son quienes construyen el sentido del mundo, dice Fricker (2008, 238).

Otra autora lo sintetiza claramente: “Como persona que goza de un privilegio social, no resulta probable que escape a mi propia situación y me preocupe por la justicia social, a no ser que me vea forzada a escuchar la voz de aquellos que mi privilegio tiende a silenciar” (Young,1996:114). Así que serán los varones más que las mujeres, los heterosexuales más que las personas con sexualidades diversas, los profesores/as más que los estudiantes quienes deban reconfigurar las relaciones pedagógicas y laborales en la universidad para no mantener un privilegio injusto y contrario a lo que enseñan.

De una parte a este tiempo, las universidades han empezado a reaccionar ante el problema de la igualdad, no discriminación y las violencias contra las mujeres con el dictado de protocolos de intervención. Cuentan con normas de este tipo: la Universidad Nacional de

---

<sup>3</sup> Disponible en <https://es.unesco.org/themes/educacion-igualdad-genero>

<sup>4</sup> Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), (21º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999), disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm13s.htm>

La Plata<sup>5</sup>, la Universidad de Buenos Aires<sup>6</sup>, Universidad Nacional de La Pampa<sup>7</sup>, Universidad Nacional de Mar del Plata<sup>8</sup>, Universidad Nacional de Córdoba<sup>9</sup>, Universidad Nacional del Litoral<sup>10</sup>, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires<sup>11</sup>, Universidad Nacional de Comahue<sup>12</sup>, Universidad Nacional de La Rioja<sup>13</sup>, Universidad de Río Negro, entre otras universidades nacionales.

A la vez, las violencias contra las mujeres en tanto que constituyen el sector de personal docente ha sido desarrolladas por Unesco (1997) en lo relativo a los derechos, libertades y obligaciones del personal docente en el Capítulo IX) sobre las ‘Condiciones de empleo’ de docentes universitarios en la *Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior* particularmente todo lo prevista en el párrafo 50 que establece:

El despido como sanción sólo debe producirse por causas justas y suficientes relacionadas con la conducta profesional, por ejemplo, negligencia persistente en el cumplimiento del deber, notoria incompetencia, fabricación o falsificación de resultados de investigaciones, irregularidades financieras graves, conducta inaceptable debido a sus connotaciones sexuales o de otro tipo con estudiantes, colegas u otros miembros de la comunidad o amenazas serias a los mismos, corrupción del proceso educativo, por ejemplo, falsificando resultados académicos, diplomas o títulos a cambio de remuneración, favores sexuales o de otro tipo o solicitando favores sexuales, financieros o de otro tipo a empleados o colegas subordinados a cambio del mantenimiento en el empleo.

También se ha pronunciado UNESCO (1960) en la Convención relativa a la lucha contra

---

<sup>5</sup> Disponible en [http://www.fau.unlp.edu.ar/shared\\_resource/pdf/html/protocolo\\_actuacion\\_violencia\\_de\\_genero.pdf](http://www.fau.unlp.edu.ar/shared_resource/pdf/html/protocolo_actuacion_violencia_de_genero.pdf)

<sup>6</sup> Protocolo conforme Resolución CS N°4043/15

<sup>7</sup> Resolución 310/2017 CS

<sup>8</sup> Conforme Ordenanza del Consejo Superior n° 238072017 disponible en <http://www.mdp.edu.ar/attachments/article/651/ocs%202380-17.pdf>

<sup>9</sup> Plan de Acciones y Herramientas para prevenir, atender y sancionar las Violencias de Género en el ámbito de la UNC”, conforme Resolución Honorable Consejo Superior 1011/15, disponible en <https://campus.unc.edu.ar/extensión/plan-de-acciones-y-herramientas-para-prevenir-atender-y-sancionar-las-violencias-de-genero>

<sup>10</sup> Protocolo General de Acción Institucional para la Prevención e Intervención ante Situaciones de Violencia, información disponible en [www.unl.edu.ar/noticias/news/view/la\\_unl\\_aprobó\\_su\\_protocolo\\_de\\_violencia#.Wq7RzuhubIU](http://www.unl.edu.ar/noticias/news/view/la_unl_aprobó_su_protocolo_de_violencia#.Wq7RzuhubIU)

<sup>11</sup> Ordenanza 4589/2016 disponible en <http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/protocolo/Protocolo-de-actuacion-frente-a-situaciones-de-Violencia-de-Gen.pdf>

<sup>12</sup> Ordenanza N° 1572 del 5 de junio de 2014

<sup>13</sup> Ordenanza 077/2017 disponible en <https://www.unlar.edu.ar/images/fotos-secciones/protocolo-violencia-de-genero/Protocolo-Violencia-de-Gnero.pdf>

las discriminaciones en la esfera de la enseñanza<sup>14</sup>. Entre los objetivos estratégicos de la IV Conferencia Mundial de la Mujer se encontraba la educación y la capacitación. Los últimos informes de organismos internacionales a Argentina han resaltado la ausencia o escasa atención que se da a la educación sexual en el sistema educativo en cualquiera de sus niveles.

En el ámbito del derecho interno encontramos el Convenio Colectivo Docente, aprobado por Decreto 1246/2015. Al respecto el artículo 22 señala:

Erradicación de toda forma de violencia laboral. Los signatarios se comprometen a instrumentar toda medida tendiente a evitar cualquier situación de violencia laboral. A tal fin, la Institución Universitaria Nacional debe velar para que en su ámbito no se produzcan situaciones de acoso laboral y/o mobbing y/o acoso sexual y el artículo 23 dice: Erradicación de toda forma de discriminación. Los signatarios se comprometen a eliminar cualquier norma, medida o práctica que pudiera producir arbitrariamente un trato discriminatorio o desigual fundado en razones políticas, gremiales, de género, orientación sexual, estado civil, edad, nacionalidad, raza, etnia, religión, discapacidad, aspecto físico, lugar de residencia, personas viviendo con VIH, como también respecto a cualquier otra acción, omisión, segregación, preferencia o exclusión que menoscabe o anule la igualdad de oportunidades y de trato, tanto en el acceso al empleo como durante la vigencia de la relación laboral.

También se pronuncia acerca de la violencia y discriminación el Convenio Colectivo de Trabajo para el Sector No Docente de las Instituciones Universitarias Nacionales que establece en su Artículo 7°:

Prohibición de discriminación y deber de igualdad de trato: Se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores de las instituciones universitarias nacionales por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, políticos, gremiales o de edad. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones.

Lo importante a señalar es que no sólo ha ido *in crescendo* el dictado de legislación relativa al tema, sino que aunque pocas, existen investigaciones que han establecido que contrariamente de lo que comúnmente se cree las universidades son espacios donde se

---

<sup>14</sup> Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001145/114583s.pdf#page=119> 14 Disponible en [http://dga.unsa.edu.ar/images/patrimonio/normas/decreto\\_1246](http://dga.unsa.edu.ar/images/patrimonio/normas/decreto_1246).

cometen y se ocultan las violencias y discriminaciones.

En ese sentido, Gebruers (2014) señala que si bien el acoso ha empezado a tener un lugar en la agenda de las instituciones, el problema aún sigue invisibilizado debido a que: "...y las mujeres y niñas que se encuentran en estas situaciones deben aún superar numerosos obstáculos para acceder a la justicia. Esto se debe no sólo a la ausencia de normas específicas, sino también a que los roles de género naturalizan ésta violencia y se encuentra fuertemente arraigada en la sociedad". Estas dificultades impiden u obstaculizan la denuncia ya que las violencias suelen ser muy sutiles.

Un ejemplo de 'sutileza' en la violencia y discriminación es que muy pocas/os nos preguntamos por la violencia y discriminación que implica la escasa representación política de las mujeres en las universidades, en sus órganos electivos o no, en la segregación de carreras e inserción laboral destacándose territorios masculinos y femeninos así como también la falta de políticas de conciliación de las trayectorias académicas y familiares, entre otras políticas cuya implementación se demora.

### **¿QUÉ HAN ENCONTRADO DIVERSAS INVESTIGACIONES EFECTUADAS SOBRE VIOLENCIAS CONTRA LAS MUJERES EN LA UNIVERSIDAD?**

Tal como se había señalado, este trabajo revisa bibliografía que da cuenta de algunos estudios realizados sobre el tema.

Según Aguilar Ródenas *et al* (2009):

La violencia de género es una problemática social que afecta a mujeres de diferentes edades, clases sociales, culturas o niveles académicos y que supera estereotipos existentes respecto a quienes la sufren, por qué y dónde se produce. Como parte de esta realidad, los datos de diversas investigaciones internacionales indican que también es un fenómeno que se da en el ámbito universitario y, como consecuencia, existen ya numerosas iniciativas y experiencias en diversas universidades del mundo que implementan medidas para prevenir situaciones de violencia de género en el contexto universitario.

Las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en razón de género en la universidad no son fáciles de advertir y como consecuencia, resulta difícil denunciar y conocer la prevalencia para implementar medidas de prevención, investigación, sanción y reparación ante estas violencias. Así lo corroboran los trabajos de Fernandez y Molina Roldán (2010) y de Igareda y Bodelón (2014) sobre distintas investigaciones realizadas

en los años '90 y primeros de este siglo en Europa, Estados Unidos y Canadá que se han seguido a fines de tener un panorama sobre como regular tales hechos así como para tomar medidas adecuadas.

Según Igareda y Bodelón (2014) la propia universidad se percibe como un espacio libre de discriminación y violencias, sin embargo las investigaciones que ellas relevan demuestran que las universitarias están tan o más expuestas a sufrir violencias como otros grupos etarios de mujeres así como que las universitarias están más expuestas a sufrir violencias por parte de un desconocido, es decir de alguien que no forme parte del grupo familiar o de amigos. Este hallazgo desmitifica la versión de que la violencia no ocurre en sectores con alto nivel de educación.

Los problemas relevados por las autoras pueden detallarse como: dificultades para identificar hechos de acoso o violencia sexual por quien los sufre y cuáles son los factores de riesgo; cómo, cuándo y a quién contaban la experiencia de violencia o acoso sexual; qué expectativas tenían quienes se animaban a denunciar acerca de la reacción o respuestas de las autoridades universitarias, compañeros y grupo de estudios; cuáles son las responsabilidades como universidad ante estudiantes o trabajadores/as que sufren acoso o violencia sexual y las dificultades de homologar categorías jurídicas entre las violencias que ocurren en la universidad y las tipificadas por ejemplo en el derecho penal. Estas autoras encuentran elementos para abonar la idea de la culpabilización de las víctimas y la desresponsabilización o justificación de los agresores, en los relatos de las estudiantes que sufrieron violencias en razón de género. De la investigación se desprende que el hecho de que las universidades tuvieran campus y grandes espacios abiertos no las hacía más peligrosas que otras que no los tuvieran. El hecho de violencia hace que las estudiantes cambien horarios de clases, modos y horarios de llegar o retirarse de la institución, dejar de frecuentar personas o lugares entre otros efectos, los que incluso pueden llegar a repercutir en el avance de la carrera o a su abandono, todas cuestiones que inciden sin dudas en el acceso al derecho humano a la educación.

Por su parte Fernández y Molina Roldán (2010) señalan como problemas a tener en consideración ante las violencias en la universidad, los siguientes: la identificación de la violencia; la culpabilización de las víctimas; la socialización de género y los modelos

dominantes de masculinidad<sup>15</sup> que potencian las violencias; las características de las personas agresoras tanto como las características de las situaciones de violencia; si la violencia se produce entre pares o en relaciones asimétricas y las respuestas y propuestas de las instituciones.

Entre las medidas que las autoras resaltan se hallan las de incrementar el número de denuncias para lo cual es necesario introducir mecanismos ágiles y confiables, de acompañamiento, de identificación de las violencias y de capacitación a distintos agentes de la universidad. Asimismo señalan que debe regularse los hechos como tipos legales mediante protocolos u otras normas que contengan medidas disciplinarias.

Rodigou Nocetti *et al* (2011) en su investigación en la Universidad Nacional de Córdoba sostiene que aún son insuficientes las investigaciones realizadas en nuestro país, corroborando en el estudio efectuado la escasa visibilización por parte de estudiantes y profesorado. Por ejemplo, de la investigación surge la mayor visibilidad de la violencia verbal que trasunta violencia psicológica que el acoso sexual siendo más el número de mujeres que lo visibilizan que los varones. La violencia en la universidad ocurre a mujeres estudiantes, docentes y no docentes y a personas de los colectivos LGTTTBI quienes aún ni siquiera tienen protocolos de actuación ni medidas adecuadas para prevenir y combatir las violencias y discriminaciones y en el caso de mujeres, las autoras sostienen que tanto en las entrevistas como en los discusiones de los *focus groups* persiste una perspectiva individualista del logro educativo y un mensaje de que si se quiere se puede, similar al corroborado por Igareda y Bodelón en el sentido de que si ellas (quienes sufrieron violencia) hubieran sido más prevenidas no les hubiera ocurrido. En ese sentido, se omite la consideración del carácter estructural de las violencias y discriminaciones. Es el triunfo de la idea individualista del mérito por ante todas las cosas.

El estudio llevado a cabo en la Universidad Nacional de Costa Rica en 2008 (Carvajal Orlich y Gutierrez, 2009 y 2010) también resalta la escasa información sobre el hostigamiento sexual en la universidad. En él se investigan cuestiones relativas a los efectos y reacciones que indicó el estudiantado que dijo haber padecido violencia sexual en la universidad, prevalencia y manifestaciones del hostigamiento sexual, percepción de las y los estudiantes sobre la existencia de un ambiente homofóbico y y lesbico en la

---

<sup>15</sup> Involucran estudios sobre fraternidades o hermandades de estudiantes en las que las lealtades se demuestran mediante la comisión de violencias contra compañeras estudiantes.

universidad.

Ese trabajo define el hostigamiento como las conductas "...cualquiera que sea la forma en que se manifieste, causa daño en el estado de bienestar personal de quienes lo reciben, lo cual incluye aspectos emocionales, físicos, sociales y en el caso particular de un centro de enseñanza, el mismo afecta el rendimiento académico. Esta forma de violencia constituye una violación a los derechos humanos porque limita las condiciones de estudio y de trabajo" (Carvajal Orlich y Gutierrez, 2009-2010:60) y comprende situaciones de tipo sexual, que se manifiestan de manera diversa, en el marco de una situación desigual de poder entre el perpetrador y quien la recibe, ya sea por la posición jerárquica dentro de un ambiente laboral o de estudio o por el *status* que le da su condición de género. Estas conductas tienen la intención de acosar, presionar, coaccionar e intimidar a una persona y no bienvenidas ni solicitadas por quien las recibe, además de que involucran una agresión sexual.

Estas autoras coinciden en que las manifestaciones<sup>16</sup> de la violencia sexual son variadas y se hallan naturalizadas, en la universidad quedan comprendidas en las relaciones laborales y estudiantiles. Gebruers (2014) cita manifestaciones tales como: agresiones físicas; violencia psicológica; agresiones sexuales; presiones para mantener una relación afectivo-sexual; recibir besos y/o caricias sin consentimiento; sentir incomodidad o miedo por comentarios, miradas, correos electrónicos, notas, llamadas telefónicas o por haber sido perseguido/a o vigilado/a; rumores sobre la vida sexual; comentarios sexistas sobre la capacidad intelectual de las mujeres o su papel en la sociedad o comentarios con connotaciones sexuales que las degradan o las humillan.

Según Carvajal Orlich y Gutierrez (2009-1020) sus efectos pueden ir desde afectar el estudio, la salud, la estabilidad económica (por ejemplo si la víctima toma una licencia sin goce de sueldo, o pierde la oportunidad de un ascenso, o demora en recibirse etc), impacta incluso en las relaciones familiares o con amigos y pueden durar años.

En cambio las reacciones van desde minimizar los hechos, hasta interponer una denuncia formal, pasando por retirarse del lugar donde está ocurriendo la violencia, abandono de

---

<sup>16</sup> Entre las manifestaciones se hallan maltrato verbal, psicológico, acoso sexual, hostigamiento, ridiculización, humillación, gritos, desautorización, propuestas sexualmente inapropiadas. Puede verse: 'La profesión docente y los rasgos de violencia en la educación superior. Las posibilidades de una ética docente en las interacciones educativas' de Valentín Félix Salazar de la Escuela Normal de Sinaloa y Eustolia Durán Pizaña de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Disponible en Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo. ISSN 2007 - 2619

los estudios, molestias y resignación, etc.

Las mismas autoras señalan que existen serias dificultades para advertir las violencias en razón de sus múltiples manifestaciones normalizadas, como así también su invisibilización ya que de la muestra (1144 estudiantes) solo 422 estudiantes dijeron haber sido objeto de hostigamiento y de ese número sólo el 14% rompió el silencio ante personas conocidas y solo el 2% lo hizo ante autoridades. Esto último pone de resalto como los y las afectados/as se representan la intervención institucional ante la violencia sexual. Mientras las instituciones no den claras señales de que la violencia en el espacio universitario no será tolerada las personas que la sufren no sabrán cómo deben manejarse, y cuáles pueden ser las expectativas y respuestas institucionales (Igareda y Bodelón, 2014 y Fernandez y Molina Roldán, 2010).

Por su parte, un estudio realizado por CEPAL (2016)<sup>17</sup> sostiene que:

La información disponible en diversos países muestra que las instituciones de enseñanza universitaria pueden ser un escenario hostil para las mujeres, donde hay un grado elevado de tolerancia a conductas que pueden caracterizarse como de acoso sexual tanto por parte de las propias víctimas como por parte del medio en el que se produce. Así, la ausencia de denuncias planteadas por las personas agredidas puede obedecer a múltiples razones, entre ellas, porque no consideran que la situación vivida constituya acoso sexual, porque no encuentran mecanismos adecuados para formalizar la denuncia o porque creen que la denuncia empeorará su situación.

Este informe señala que en la región es común la analogía entre violencias y acosos en el trabajo con el acoso y las violencias en los ámbitos educativos. Si ello es así, las mismas normas que protegen al docente de actos discriminatorios y violencia laboral en el empleo son susceptibles de ser aplicadas a otros miembros de la comunidad académica si la situación de asimetría de poder tiene lugar, lo que daría lugar a llenar cualquier vacío legal que pudiera suscitarse, pero no sería una explicación del todo satisfactoria en el caso de violencia o acoso entre pares. Es decir, sea o no analógico el uso de las construcciones teóricas y hallazgos empíricos sobre violencia laboral al espacio educativo, hay que seguir investigando sobre la especificidad del fenómeno en la universidad.

Un estudio reciente efectuado en la Universidad de San Martín (Palumbo, 2017) señala

---

<sup>17</sup> CEPAL - Serie Asuntos de Género N° 141, documento a cargo de Natalia Gherardi (2016). 19 'Hacia la efectiva prevención y sanción del acoso sexual en Argentina'

las escasas investigaciones que existen al respecto y muestra la prevalencia de las violencias en 171 jóvenes nacido/as en democracia. Así el 66% refiere que la violencia está causada por factores estructurales como la cultura, educación y económicos, el 8% lo atribuyó a problemas de pareja o familiares, un 15 % a problemas psicológicos<sup>18</sup>. En la muestra un 10% señala la universidad como un espacio donde se producen violencias. Palumbo señala que en el espacio universitario lo que más aparece son las violencias verbales, psicológicas y simbólicas que son las más naturalizadas y menos visibilizadas. Un 82% de mujeres se vieron puestas a violencias perpetradas en un 71% por varones. Por otra parte, es interesante resaltar que los estudiantes visibilizan en mayor proporción las violencias sufridas por terceros (82%) que las que les han experimentado personalmente (18%). Un descubrimiento de esta investigación es el que muestra a las pares en mayor proporción de situaciones de violencia en comparación a docentes y no docentes.

### **COMENTARIO AL PROTOCOLO de la UNLPam**

El ‘Protocolo de intervención institucional ante situaciones de violencia de género, acoso sexual y discriminación de género en la UNLPam’ surge con motivo de algunos hechos acaecidos en dependencia de la universidad en el marco de

...un proceso de visibilización y desnaturalización de las distintas formas de violencia. Que dada la vulnerabilidad de las víctimas de estas situaciones de violencia, es necesario contar con herramientas que permitan una rápida resolución que garantice sus derechos. Que existen investigaciones en otras universidades de Argentina que dan cuenta que si bien existen numerosos casos de violencia, las denuncias son prácticamente inexistentes debido a la falta de mecanismos específicos que den respuesta a estas situaciones (considerandos de la Res. 310/2017 CS UNLPam)

por el que también se reconoce que “...existe un vacío normativo en materia de actuación ante denuncias por violencia de género, acoso sexual y discriminación de género en las dependencias de la Universidad Nacional de La Pampa” (ídem).

Como antecedentes del Protocolo se encuentran los Planes Estratégicos de la institución que en varios ejes básicos y transversales plantean el problema de la violencia y

---

<sup>18</sup> No aclara si el problema psicológico es de la víctima o del perpetrador. Un 6% la atribuye a la combinación de distintos factores y 5% corresponde a malos procedimientos judiciales, no sabe /no contesta y otros.

discriminación en las áreas académica, de ciencia e investigación, de extensión, de gestión y de bienestar estudiantil, así como también cabe recordar que la UNLPam dictó la Resolución 317/2016 CS por la que se establece su política institucional contra las violencias por la que se propone "...coordinar el accionar de los diferentes actores de la comunidad universitaria estableciendo como punto de partida, las directrices básicas con relación a la visibilización, sensibilización, prevención y erradicación de la violencia en el ámbito de la UNLPam". Otro antecedente tuvo que ver con hechos efectivamente ocurridos en una unidad académica y que hizo apurar la sanción reglamentaria. Cabe resaltar que la universidad no cuenta con planes de igualdad ni con la implementación de medidas de acción positiva como tampoco tales resoluciones se pronuncian sobre el presupuesto para la implementación de las políticas que enuncian.

El Protocolo define su ámbito de acción que son relaciones educativas y/o de empleo dentro de la UNLPam y a quienes alcanza: "...a. funcionarios/as de esta Universidad, b. docentes y no docentes cualquiera sea su condición laboral, c. estudiantes cualquiera sea su situación académica, d. personal académico temporario o visitante, e. terceros que presten servicios no académicos en las instalaciones edilicias de la Universidad en forma permanente o temporal." Este alcance abarca una cantidad y variedad de relaciones respecto de las cuales puede ser responsabilizada la universidad. Así están incluidas las violencias y discriminaciones cometidas por quienes usan las instalaciones (por ej. para espectáculos) o los dependientes de la empresa de limpieza contratada por la institución. Los objetivos se disponen para garantizar un ambiente libre de cualquier tipo de acción violenta, discriminatoria y/o de acoso por razones de identidad sexual y/o de género, para prevenir el desarrollo de cualquiera de estas acciones, para que se conforme un ámbito de contención y confianza adecuado para que las personas afectadas puedan denunciar su situación y que se promuevan acciones de sensibilización, difusión y formación de las problemáticas objeto de la presente normativa.

El protocolo cuenta con un procedimiento de carácter administrativo que se rige por los principios de asesoramiento, confidencialidad y contención al denunciante cuando en realidad debió haberse referido a la persona afectada directamente por los hechos investigados, por lo que aquí se observa confusión o falta de precisión, porque no es lo mismo asesorar, garantizar confidencialidad y contención a quien efectúa la denuncia que a quien es o ha sido víctima de la situación de violencia, que puede o no ser la persona

denunciante.

El protocolo contiene la enumeración de las situaciones que se investigan a través de su aplicación. En el art. 5 dice:

Situaciones. Este procedimiento incluye situaciones de acoso, violencia sexual y discriminación basadas en el sexo y/o género de la persona, orientación sexual, identidad de género y expresión de género que tengan por objeto o por resultado, excluir, restringir, limitar, degradar, ofender o anular el reconocimiento, goce, ejercicio de los derechos o afecte la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Las situaciones señaladas en este artículo pueden llevarse a cabo por cualquier medio comisivo, incluyendo la omisión y pueden dirigirse a una persona en particular o referirse de manera general a un grupo o población.

Asimismo se fijan los principios procedimentales y los relativos al debido proceso. En este último aspecto parece ser que se garantiza el debido proceso al denunciado omitiendo que la garantía del debido proceso también se debe al denunciante (que es parte) y mucho más a la persona que ha sufrido alguna de las conductas del art. 5°. Es decir, si el protocolo de intervención se rige por los postulados de la Convención de Belém do Pará y por lo previsto por la ley nacional 26485, no puede desconocerse la obligación de proveer patrocinio letrado gratuito y especializado en cualquier procedimiento en que se investigue la comisión de violencias contra la mujer.

El art. 10 del Protocolo establece los derechos de las partes. Aquí nuevamente se confunde denunciante con persona que ha sufrido la victimización. A partir del art. 11 el Protocolo fija el procedimiento de designación de Comisión de Intervención, la duración y renovación de los cargos, las funciones y deberes, cuyo análisis excede lo propuesto para este artículo. A partir del art. 16 nuevamente se hacen consideraciones acerca del procedimiento a seguir con detalles sobre cómo y ante quien hacer la denuncia, el modo en que recomendarán sanciones al Rector/a, cómo se valorarán las pruebas, el régimen recursivo, etc.

Destacamos que a la fecha se dictó la Resolución N° 447/2017 por la que se integró el Comité de selección de antecedentes para evaluar a los postulantes a cubrir las designaciones previstas en el art. 11 del Protocolo y se dictó la Resolución 21/2017 CS por la que se aprueba la conformación de la Comisión de Intervención prevista en el mismo artículo. La Comisión está compuesta por egresadas, profesores/as, estudiantes y

personal no docente y está dando sus primeros pasos en la conformación del cuerpo de asesores/as que actuará en los casos concretos.

Teniendo en cuenta los principios de igualdad, no discriminación y los principios rectores del derecho administrativo sancionador, consideramos que la especificidad de las faltas o conductas que constituyen faltas que el protocolo sanciona, ameritaba sancionar un procedimiento que fuera más específico en cuanto a la prueba y su valoración. Si es discutible que se utilicen medidas como la inversión de la carga probatoria, al menos si la carga dinámica de las pruebas y el uso de prueba indirecta, indiciaria o presuncional. Es decir, debemos trabajar en construir una perspectiva género-sensitiva en el derecho administrativo sancionador de modo de encontrar la verdad material a través del procedimiento, ya que éste no debe ser un mero cúmulo de actos rituales. Ineficaces de entrada para reparar a la persona que ha sufrido la violencia o discriminación

En ese sentido, y sin perjuicio de señalar las dificultades del derecho antidiscriminatorio a las relaciones jurídicas, Ormazábal Sanchez (2011, 58) se inclina por la postura de que se puede establecer un régimen de prueba particular en estas situaciones de violencia en la universidad. Es decir, dada la especial situación de las personas que han sufrido actos u omisiones del que se generen violencias o discriminación y el valor del principio de igualdad y no discriminación por razones de género que impregna al protocolo, pudo bien establecerse claramente un régimen de prueba y su valoración atendiendo como dice Ormazábal Sanchez a los siguientes postulados: alterar las reglas relativas a la distribución de la carga probatoria, de manera que la incerteza sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de discriminación y violencias no perjudiquen a la víctima; establecer presunciones mediante la ley (en este caso la resolución que aprueba el protocolo); reducir el estándar de certeza o convicción subjetiva para trabajar las probabilidades en el procedimiento administrativo y combinar la primera y tercera propuesta. Esto se propone como posible reforma al protocolo cuando se evalúe y merite su aplicación, o cuando se redacte la memoria que los organismos creados por esta resolución deben rendir a la comunidad universitaria.

## **PALABRAS DE CIERRE**

Las violencias y discriminaciones contra las mujeres en el espacio universitario no son un fenómeno nuevo sino que es reciente su consideración como objeto de investigación

y de acción por los gobiernos universitarios. En la UNLPam a raíz de un caso concreto fueron los/as docentes, el estudiantado y otros miembros de la comunidad quienes pusieron en agenda el problema en el Consejo Superior y se convocó a acciones de sensibilización y visibilización. El Protocolo es fruto de ese esfuerzo.

Sin embargo faltan medidas concretas que cumplan con uno de los postulados de Cedaw, cual es el de remover los estereotipos culturales, a fin de que las discriminaciones en el acceso y permanencia en las carreras, en las trayectorias de los y las docentes, no docentes y estudiantes se igualen, medidas concretas para compatibilizar las exigencias académicas con las familiares, entre otras a implementarse en un ámbito que oculta que el mérito no es neutral, sino que tiene sesgo de género.

La UNLPam cuenta con normas que pueden favorecer estos procesos de toma de decisión, pero la decisión es política. En este sentido, resaltamos que debemos desterrar el mito como dice Femenías (2016) de que las personas educadas son menos violentas. Ello es el principio para pensar cómo los procesos de educación formal que se llevan a cabo en la universidad reproducen las violencias y la discriminación, para preguntarnos con esta autora si es que la educación reproduce la ideología sexista y, en su caso, qué responsabilidad nos cabe.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Aguilar Ródenas, Consol. 'Violencia de género en el ámbito universitario. Medidas para su superación' Universidad Jaume I, María José Alonso Olea Universidad del País Vasco.
- Carvajal Orlich, Zaira y Delvó Gutierrez, Patricia (2009). Universidad Nacional. Reacciones y efectos del hostigamiento sexual en la población estudiantil (2008). En Revista de Ciencias Sociales, 126-127, pp 59-74.
- Carvajal Orlich, Zaira y Delvó Gutierrez, Patricia (2010). Análisis comparativo de dos estudios sobre hostigamiento sexual en la población estudiantil en la Universidad Nacional. En Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Vol 21 (2): 83, julio-diciembre.
- Domínguez, Alejandra, Nidia Fernández, Silvia Fuentes, Rosa Giordano, Alicia Soldevila: ¿Docentes ejercen violencia de género en estudiantes de la UNC?, Escuela de Trabajo Social Universidad Nacional de Córdoba, Actas del Tercer

- Congreso: Género y sociedad, ISBN 978-950-33-1155-4, disponible en <http://conferencias.unc.edu.ar/index.php/gyc/3gyc/paper/viewFile/2611/692>
- Femenías, María Luisa. (2016) Subtexto de género y violencia. Algunas consideraciones mínimas. En Colanzi, Irma, Femenías, María Luisa y Seoane, Viviana: Violencia contra las mujeres. Editorial Prohistoria: Rosario.
- Fernandez, Rosa Larena y Molina Roldán, Silvia. Violencia de Género en las Universidad: Investigaciones y Medidas para prevenirla, En Trabajo Social Global, 1 (2), pp 202-219.
- Fricker, Miranda (2017). Injusticia Epistémica, Herder.
- Gebruers, Cecilia (2014). Hacia la efectiva prevención y sanción del acoso sexual en Argentina. Revista Derechos Humanos. Año III, N° 5 pág. 105 Abril de 2014, Infojus, Disponible en [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl40313-gebruers-hacia\\_efectiva\\_prevenion\\_sancion.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl40313-gebruers-hacia_efectiva_prevenion_sancion.htm), pp.105-132.
- Igareda, Noelia y Encarna Bodelon. Las violencias sexuales en las universidades: cuando lo que no se denuncia no existe, en Revista Española de Investigación Criminológica, núm 12, pp 1-27.
- Ormazábal Sanchez, Guillermo (2011).Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil. Marcial Pons, Madrid.
- Palumbo, Mariana (2017). Pensar (nos) desde adentro. Representaciones sociales y experiencias de violencia de género. UNSAM.
- Rodigou Nocetti, Maite, Blanes, Paola, Burijovich, Jacinta y Dominguez, Alejandra (2011). Trabajar en la Universidad. (Des)Igualdades de género por transformar,
- Saba, Roberto (2016). Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Siglo Veintiuno: Buenos Aires.

**LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DAÑO. SU IMPACTO EN EL DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL ¿PODEMOS MEDIR EL IMPACTO QUE PRODUJO LA PUESTA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL? ¿INFLUYÓ EN EL DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL?**

Norma Martínez  
UNLPam, FCEyJ, CICJ, Santa Rosa,  
Argentina

## **INTRODUCCIÓN**

El artículo 1 del CCC marca un punto de inflexión legal para dejar de lado la tradicional división entre el derecho público y el privado. Impone a los jueces el deber de ponderar el diálogo de fuentes a aplicar a cada caso evaluando los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, los principios generales sobre los que se asienta el orden jurídico, los principios generales, reglas y valores del código y todos los microsistemas que integran el orden jurídico.

Abordaré a modo de ejemplo y en breve síntesis varios pronunciamientos de ejecución penal en los que el derecho civil, el daño y el deber de prevención inclinaron la decisión de los magistrados.

Centraré mi atención en planteos de prisión domiciliaria que obtuvieron respuesta jurisdiccional positiva por parte de los jueces de Ejecución Penal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal.

Los argumentos que dieron sustento a los pronunciamientos fueron: 1. el interés superior de los niños, niñas y adolescentes para madres de niños mayores de cinco años con padre también privado de la libertad (María Cristina Martínez), para padres de niños en idénticas condiciones y con madre abandonante (David Erasmo N.Rodríguez y Claudio Ferretti); 2. La tutela de los adultos mayores de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de los Adultos Mayores para una mujer mayor de 60 años pero menor de 70<sup>19</sup> (Petrikas), para el hijo que debía cumplir con su deber de asistencia respecto de su progenitora afectada de Alzheimer (Capello) y la de otro en el que se conjugó la necesidad de tutelar al adulto mayor, la acreditada resocialización del condenado y el plazo razonable en el juzgamiento (Castro). Se incluyen además dos casos de detenidos

---

<sup>19</sup> La ley 24660 exige que la persona tenga 70 años para otorgar el cambio de modalidad.

con patologías en las que la situación de encierro podría agravar el riesgo de modo anormal para su salud (Linaza) y la imposibilidad de tratamiento de la enfermedad (Camos).

En todos los casos el principio de intranscendencia de la pena se constituyó en el común denominador y se ponderó que en la tensión entre el derecho del Estado de ejercer el poder punitivo en su función de tutelar a la sociedad en su conjunto y los derechos humanos básicos de un sujeto menor o mayor de edad, deben prevalecer estos últimos. La aplicación de esos principios rectores para ponderar los supuestos sometidos a consideración tuvo en cuenta también la necesidad de evitar la posible responsabilidad internacional del estado argentino por incumplir la previsión del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Las Reglas de Tokio y las de Bangkok marcaron el camino de las resoluciones. Vía artículo 18 de la Constitución Nacional se tornaron operativas para habilitar el cambio de modalidad pretendida para el cumplimiento de la pena

La premisa de la que se partió al evaluar las diversas situaciones excepcionales planteadas y verificadas, es que la prisión domiciliaria es sólo un cambio de modalidad en la ejecución de la pena que pasa a cumplirse en un domicilio con todas las restricciones que supone el instituto.

Las decisiones adoptadas intentaron prevenir la causación de un daño o el agravamiento del que estaba en curso (artículo 1710, CCC) en las distintas circunstancias acreditadas. Juegan y se interrelacionan el derecho civil, el derecho de forma y el de fondo con sustento en los derechos humanos.

## **LOS CASOS**

### Causa FBBB 31000269/2010 - Martínez, María Cristina- Resolución N°42/17

Madre de dos hijas de 15 y 7 años. Padre detenido.

Se citó el artículo 20.1 de la Convención de Derechos del Niño.

Hay remisión al caso “Pratto” como precedente.

Se dijo que ante la inexistencia de familiares directos, negar la prisión domiciliaria sería agravar aún más la situación quedando expuestos sus hijos a ser institucionalizados o alojados en diferentes casas generando un mayor desmembramiento del núcleo familiar.

Los informes psicológicos y educativos de las menores dieron cuenta de impacto que produjo en las menores las detenciones de sus progenitores.

Se citó el artículo de doctrina “La prisión domiciliaria de madres: el encierro hogareño”<sup>20</sup>.

Se aplicaron las Reglas de Tokio adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990 (regla 5.1 y 8.2 inc.k)<sup>21</sup>

#### Causa n°94000011/2012-Ferretti, Claudio Oscar. Resolución N°38/2018

Padre de cuatro hijos de 10, 8, 6 y 4 años, con madre abandonante. A partir de su detención los menores quedaron a cargo de su abuela paterna.

Se afirmó que el ISN del artículo 3 de la CDN ilumina la tarea jurisdiccional cualquiera sea el fuero.

Se aplicó el principio de intrascendencia de la pena (artículo 5.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

La Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes –a la que se le dio intervención- presentó un informe psicológico de los niños en el que señaló que la ausencia de Ferretti generó afecciones en la dinámica familiar que impactó en ellos.

Se analizó el impacto de instrumentos internacionales en la taxatividad formal de las normas que las convirtieron en enunciativas.

Se concluyó que las normas de fuente internacional exigen un comportamiento proactivo de los tres poderes para el ejercicio de los derechos reconocidos en los instrumentos ratificados por Argentina. La omisión legislativa interna puede colocarnos ante una inconvencionalidad por omisión.

No está previsto por el artículo 32, inciso f) de la Ley 24660 la detención domiciliaria de un padre para asistir a sus hijos. Sólo se regula para la madre.

Se sostuvo que el artículo 1 del CCC impone el diálogo de fuentes. El mismo cuerpo normativo habla de progenitores y la ley de identidad de género prescinde de identificarlos (Ley 26743).

---

<sup>20</sup> Guereño, Indiana. “Revista de la Asociación de Pensamiento Penal”, publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42203-prision-adomiciliaria-madres-trampa-del-encierro-hogareño>

<sup>21</sup> Esta regla afirma que la prisión domiciliaria tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y satisfacer las exigencias de justicia social y rehabilitación del condenado.

Causa FBB N°8891/2016- David Erasmo Nazareno Rodríguez- Resolución 109/18

Padre de una menor con trastornos de personalidad depresiva e intento de suicidio. Madre abandonante. Abuela paterna con discapacidad que afecta su movilidad a cargo de la menor.

La situación es análoga a la expuesta en el caso Ferretti.

La Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes aportó su informe en el que destaca la situación de vulnerabilidad de la menor. Se glosó otro informe psicológico de la profesional tratante de la niña –en un hospital público- que ratifica la situación emocional de tristeza que atraviesa.

Causa FBB N°8145/2015-Capello Lisandro Israel-Resolución N°60/2017

Hijo detenido. Madre de 68 años con alzheimer. Padre que debe trabajar para sostener la economía familiar y que vio restringida su posibilidad de hacerlo porque tiene que atender a la enferma.

Se afirmó que se debe garantizar el ejercicio de los derechos que el estado asumió a través de los instrumentos internacionales (principio de intrascendencia de la pena -artículo 5.3, PSJCR-; tutela a los adultos mayores en los términos de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores –Ley 27360- y Reglas de Tokio<sup>22</sup>).

De nuevo se habla de inconveniencia por omisión. No puede invocarse una norma de derecho interno para incumplir los instrumentos internacionales bajo riesgo de incurrir en responsabilidad internacional<sup>23</sup>.

Se probó que la detención de su hijo impactó directamente en el estado de salud de la madre y le produjo un serio deterioro.

Se impone tutelar de manera especial al adulto mayor tal como lo señala la convención (derecho a la dignidad en la vejez, a la salud y a ser cuidado).

El esposo de la enferma necesita salir a trabajar ante el incremento –probado- de los gastos de la enfermedad degenerativa que padece la esposa.

---

<sup>22</sup> La regla 2.3 establece que a fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior.

<sup>23</sup> Artículo 27, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

Causa FBB N°94000008/2011-Castro, Omar Luis- Resolución N°61/2017

Este caso es más excepcional aun. Se planteó la suspensión de la detención y la prisión domiciliaria con autorización para trabajar.

El hecho ocurrió en el año 2008. La sentencia se dictó el 21/11/14 ante la imposibilidad de constituir el tribunal de juicio. La condena impuesta unificó otra anterior y fijó en tres años la pena a cumplir. Se pretendió detenerlo en el año 2017.

El Parágrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas. Como argumento de autoridad se utilizó lo que expresó la Corte Intereamericana en los casos Valle Jaramillo y otros vs.Colombia, Tibi vs.Ecuador, Genie Lacayo vs.Nicaragua donde se conjuga esa previsión con la del artículo 8.1 de la Convención.

Se analizó la razonabilidad y se afirmó que no se cumplió con el plazo razonable. La causa no fue compleja como para que derivara en el retraso. Transcurrieron nueve años hasta contar con una sentencia firme por el uso de documento falso. No se acreditó una conducta dilatoria del justiciable ni se lo declaró rebelde al imputado y, al analizar la conducta de las autoridades judiciales se concluyó que el poder judicial debe hacerse cargo del resultado.

En todo ese lapso Castro –al momento de resolverse tenía 56 años de edad-, no cometió nuevos delitos, trabajaba en la municipalidad de Santa Isabel como Jefe del Polideportivo y contribuía con ello a la manutención de seis hijos, cuidaba y atendía a su madre de 76 años –enferma- con quien convivía.

Castro debía cumplir 8 meses de prisión o tratamiento penitenciario. Si el objetivo de la pena es la resocialización es claro que Castro está resocializado. Qué tratamiento le van a efectuar en los ocho meses que debe cumplir para adquirir su libertad condicional? Tiene sentido detenerlo?

Se adujo que someter a encierro al condenado, en este caso, generaría una desconexión del vínculo laboral y familiar, impactando directamente en terceros ajenos al proceso penal (sus seis hijos y su madre).

Se afectaría el principio de intrascendencia de la pena, el Interés Superior de los Niños (de 11 y 12 años los más chicos) y de su madre a quien tutela la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de los Adultos Mayores.

Se aplicaron también las reglas mínimas de naciones unidas sobre las medidas no privativas de la libertad.

El condenado tenía trabajo y por eso debía salir a trabajar y asistir en sus cuidados a su madre.

No se otorgó prisión domiciliaria. Se impuso como obligación sustitutiva la de cumplir tareas comunitarias en el mismo municipio, por cinco horas semanales para satisfacer en parte la demanda de la sociedad y compensar el espacio de libertad que readquiría.

#### Causa FBB N°94000013/2011- Camos, Carlos Darío-Resolución N°104/2017

A Camos se lo encarceló después de varios años para cumplir una condena que quedó firme luego de agotada la vía recursiva. En ese lapso conformó una familia con hijos menores. Se revinculó con una hija de una anterior relación que ahora está a su cargo. Tenía trabajo y sostenía a su familia.

La Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes elaboró el informe respectivo donde señaló el enorme impacto que en los menores generó el encierro del padre.

Las psicólogas del SPF fueron elocuentes en señalar el estado de salud (psicológico) del detenido. El enorme impacto que provocó en Camos su detención y la imposibilidad de tratamiento en una unidad como la 4 de Santa Rosa.

Se citó la necesidad de juzgamiento dentro del plazo razonable, el principio de intrascendencia de la pena, el interés superior del niño y las Reglas de Tokio.

#### Causa FBB N°4289/2015. Linaza, José Antonio- Resolución N°80/18

Cuando se detuvo a Linaza tenía colocada una válvula de derivación en la cabeza ya que posee un quiste congénito en el cerebelo.

Se aplicaron los artículos 14bis de la Constitución Nacional, 11 y 16 de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 22 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 5.1 del PSJCR y las Reglas de Tokio.

La médica tratante del hospital público fue citada a audiencia y en ese acto manifestó que el lugar donde se aloje a Linaza debe tener buena limpieza y desinfección para no

contaminar la prótesis, evitar el contacto y/o peleas por posible traumatismo de cráneo. Dijo que posee riesgos de complicaciones por infección o disfunción de la válvula. Sostuvo que someter a Linaza a condiciones carcelarias sería aumentar un stress anormal, que provocaría mayor probabilidad patológica de sufrir golpes. Se invocó que la privación de la libertad no puede someter a un detenido con una patología preexistente a riesgos mayores de los normales para la salud o la vida.

#### Causa FBB N°992/2015-Petrikas, Martha Marcelina-Resolución N°40/17

Se pidió la prisión domiciliaria para salvaguardar su precario estado de salud. Petrikas tenía colocada una prótesis de cadera y quedó con serias dificultades para movilizarse. Se verificó su estado en la audiencia de visu.

Su esposo estaba detenido.

Mediante acta firmada ante la policía se comprometieron a asistirlos dos vecinos de su domicilio.

Petrikas quedó incluida en el ámbito subjetivo de tutela de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de los Adultos Mayores (Ley 27360)<sup>24</sup>.

### **CONCLUSIÓN**

La tutela al sujeto de derecho privado dejó de ser potestad de una rama concreta del derecho.

Los jueces al momento de fallar están obligados: 1. a ponderar –cualquiera sea su fuero– que se respete el ISN; 2.a resolver desde una perspectiva de género; 3.a que sus decisiones respeten cada uno de los derechos reconocidos desde la órbita internacional en los instrumentos que Argentina ratificó.

Todos los derechos reglamentados por el CCC y los que tienen su fuente en la norma internacional deben aplicarse a casos civiles y penales. Siempre sostuvimos que el ordenamiento jurídico es uno solo. Esa aplicación exige un esfuerzo desde la hermenéutica interpretativa.

---

<sup>24</sup> El artículo 5 dispone que “Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas... en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad,... incluidas las personas privadas de la libertad...”.

Para tornar de aplicación efectiva el derecho sustantivo es imperativo afirmar que la taxatividad formal de una norma se diluye ante los compromisos internacionales asumidos<sup>25</sup>. Los DDHH atraviesan nuestro sistema normativo de fondo y de forma.

---

<sup>25</sup> Así ocurre con el artículo 32 de la Ley 24660 o el artículo 10 del Código Penal que fijan una casuista al establecer los supuestos que habilitan la concesión de la prisión domiciliaria

**UNA MIRADA CONSTITUCIONALIZADA Y CONVENCIONALIZADA DE  
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA RESPONSABILIDAD  
PARENTAL**

María Victoria Rambur  
UNLPam, FCEyJ

**Introducción: Derecho Privado constitucionalizado y convencionalizado**

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCyN) establece un paradigma considerablemente protectorio estableciendo el diálogo fluido entre la Constitución Nacional, los tratados internacionales de Derechos Humanos (en adelante DDHH) y las normas de derecho privado. Así lo expresa en su artículo primero cuando establece que “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015). En conclusión, se presenta como un código que consigue superar la antigua dicotomía entre derecho público y privado a través de la unificación de sus respectivos principios.

Esta nueva manera de estudiar, analizar y aplicar el derecho civil constituye la garantía de que los derechos contemplados en la norma habrán de ser custodiados por la mirada omnipresente de los derechos humanos. Asimismo, lleva impresa una perspectiva contemporánea y humanizada. Su enfoque en la persona, el lenguaje, la secularidad, el respeto por la diversidad y la perspectiva de género son algunas de sus virtudes.

Nuestro CCCyN incorpora el modelo social de la discapacidad, el cual se estructura sobre la base de cuatro principios: inclusión, diversidad, autonomía y dignidad. Señala que la discapacidad no reside en la deficiencia que pudiese tener una persona, sino en los obstáculos que debe enfrentar cuando intenta desarrollarse y vivir como una persona normal. Aquellos obstáculos no irrumpen solamente en cuestiones de accesibilidad, como sucede con las barreras arquitectónicas, sino también en cuestiones actitudinales.

Hace prevalecer la capacidad por sobre la discapacidad y brega por una igualdad real de oportunidades, buscando comunes denominadores en lugar de elementos diferenciadores entre los seres humanos. Lo dicho se encuentra plasmado en el preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (O.N.U, 2006) cuando establece que “La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta

de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en iguales condiciones con las demás”.

### **La discapacidad en los tratados internacionales**

En el año 2000, a través de la ley 25.280, nuestro país ratificó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la OEA en 1999 y suscripta en Guatemala. En su preámbulo establece que las personas con discapacidad gozan de los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que cualquier otra persona; y señala que no podrán ser discriminadas en razón de su discapacidad, entendiendo que la dignidad y la igualdad son inherentes a todo ser humano. En el artículo primero determina que discapacidad es “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Del mismo modo define el concepto de discriminación, entendiendo que se trata de

toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

En el año 2008, nuestro país adhirió a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada a través de la ley 26.378. Años más tarde, en 2014, se otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante la ley 27.044.

### **Discapacidad y Salud Mental en derecho interno**

En el ámbito nacional se sancionó, en el año 2010, la Ley N° 26.657 de Salud Mental. En su artículo tercero define a la salud mental como “un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.” (Ley N° 26.657, 2010)

Dicha norma obliga a presumir la capacidad de las personas. En su artículo 5° establece, de manera determinante, que “la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad”. Enfatiza en que solamente una evaluación interdisciplinaria podrá determinar dicho riesgo, considerando la situación particular en un momento determinado. Ello ha sido receptado por nuestro CCCyN en su artículo 31, al establecer la presunción de capacidad, incluso en casos de internación; la excepcionalidad de las limitaciones a la capacidad con condición de beneficiar a la persona; la intervención estatal de carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como durante el proceso judicial; y, por último, la prioridad de las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Por lo suyo, en la provincia de La Pampa se encuentra vigente la ley 2.226, conocida como Régimen especial de Protección Integral para Personas con Discapacidad.

### **Análisis jurisprudencial del fallo “J.M.I s/ Protección especial”**

C.M.I. es una mujer con discapacidad psicosocial que, al momento de los hechos, convivía con su padre y sus hermanos, quienes compartían su condición. El grupo familiar se hallaba en situación vulnerable, tanto en razón de la condición de sus hijos, como por su situación económica. Jamás fue parte pasiva de un proceso de insania; por lo que siempre tuvo plena capacidad de derecho.

El 6 de abril de 2012, C.M.I. dio a luz, de manera prematura, a J.M.I. en el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, ubicado en la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CABA).

Durante el proceso de interdicción de su hermana, una asistente social del juzgado emitió un informe advirtiendo acerca de la grave situación de vulnerabilidad de C.M.I. A raíz de esto el Ministerio Pupilar promovió una de acción de protección especial para con el recién nacido. En consecuencia, una vez que el niño fue dado de alta del hospital, fue institucionalizado en el Hogar Querubines, en el que permaneció desde el 7 de Julio de 2012 hasta el 7 de junio de 2016.

La jueza de primera instancia consideró que la madre carecía de aptitud para cumplir con su rol materno, dada su discapacidad y su situación económica precaria, por lo que decretó el estado de abandono moral y material de J.M.I.; con fundamento en el antiguo artículo

317, apartado a), segunda parte, del Código Civil entonces vigente. Dicho artículo disponía:

Son requisitos para otorgar la guarda: (...) No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad Judicial.”(Código Civil y Comercial de la Nación, 2015)

Contra ese pronunciamiento, la progenitora interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue denegado; por lo que recurrió en queja, logrando su admisibilidad. La Sra. Defensora General de la Nación por aquel entonces, la Dra. Stella Maris Martinez, se expidió por la admisibilidad del recurso y ejerció la representación del niño.

### **Responsabilidad parental y personas con discapacidad**

El CCCyN, en su artículo 638, define a la responsabilidad parental como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. En su artículo siguiente establece que la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, el cuidado personal del hijo y la guarda otorgada por un juez a un tercero, son derivados de la responsabilidad parental. Entre los deberes de los progenitores encontramos el deber de cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo (conf. art. 646, inc. a, CCCyN, 2015). Más adelante, en el artículo 658, se dispone que los progenitores tienen “la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos”.

En cuanto a la privación de la responsabilidad parental se refiere, dispone que procederá en caso de abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, y cuando ponga en peligro su seguridad, salud física o psíquica (*art. 700, CCCyN, 2015*).

Relacionado a la salud mental, el código prevé que podrá suspenderse la responsabilidad parental en caso de “c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio” (art, 702, inc. c, CCCyN, 2015).

### **Interés superior del niño y su relación con la discapacidad**

El interés superior del niño es un principio rector de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN). En su artículo 3.1 establece que los Estados signatarios tendrán primordial consideración en todas las decisiones o medidas concernientes a los niños, niñas o adolescentes. (CDN, ONU, 1989)

Por su parte, en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 3, inciso d), señala que el interés superior del niño es la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos que ella reconoce, precisando que debe respetarse el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural. Por otro lado, en su artículo 28, instituye el principio de igualdad y no discriminación, impidiendo cualquier tipo de discriminación al niño, a sus padres o a sus representantes legales en razón de su discapacidad, apariencia física o impedimento físico o de salud, entre otros.

A primera vista podría pensarse que no hay demasiado que debatir acerca de este principio, por cuanto todos creemos deducir qué es bueno para un niño, aunque siempre desde un punto de vista teórico y abstracto.

Cuando hablamos del interés superior del niño no podemos estandarizar ni generalizar, sino que es un deber preguntarse qué sucede en el caso concreto antes de tomar cualquier tipo de decisión. Es de esta manera que honramos el principio de igualdad real sobre el que descansa nuestro sistema protectorio

En el caso que nos ocupa tenemos una pregunta obligada, que desnuda lo más profundo de nuestras convicciones y que necesita, fundamentalmente, que nos despojemos de cualquier tipo de prejuicios para poder contestarla. Exige, sencillamente, que empaticemos. La pregunta es ¿cuál es el interés superior en el caso de J.M.I.?

En la sentencia de segunda instancia nos encontramos con el argumento de que J.M.I. merece la oportunidad de vivir con dignidad, lo que se lograría con su adopción por parte de una familia que le permita crecer y desarrollarse en un ámbito de contención, cuidado y protección. (I.J.M s/ Protección especial, 2014, considerando XVI). No es necesario un mayor análisis para determinar el alto grado de discriminación ínsito en dicho argumento. Cuando hablamos del interés superior del niño es menester analizar el impacto de las decisiones que afectan directamente la vida del niño, niña o adolescente (Herrera, 2011);

máxime teniendo en cuenta que la separación madre e hijo es eminentemente excepcional y por razones que, en autos, carecen de sustento jurídico.

En concreto, el artículo 23 de la CRPD obliga a los Estados partes a tomar medidas positivas y realizar ajustes razonables tendientes a compensar deficiencias y lograr una situación de equidad en cuanto a responsabilidad parental se refiere. El incumplimiento de esta manda no solamente afecta a la persona con discapacidad sino, y más aún, a sus descendientes; quienes son los más perjudicados por la ausencia de ayuda estatal a sus padres. Este precepto se reitera en la CDN, en su artículo 7.

Asimismo, y en consideración primordial al interés superior del niño, en este caso se afecta el derecho a la convivencia con los progenitores por el sólo hecho de su incapacidad. Esto violenta lo contenido en los artículos 3º, inc. c., y 11 de la Ley N° 26.061, en tanto se evidencia un incumplimiento por parte del Estado argentino de asegurar el desarrollo del niño en su familia de origen.

Finalmente, es un derecho del descendiente de la persona con discapacidad el gozar de una igualdad real, sin sufrir discriminación alguna con motivo en esta cualidad (art. 28, CRPD).

### **Conclusión**

Es menester hacer hincapié en la importancia de la formación en derechos humanos de los operadores jurídicos a los fines de evitar consecuencias dañosas en la vida de las personas. Día a día las personas con discapacidad se topan con nuevas y numerosas dificultades; las cuales, la mayoría de las personas, desconocemos en su complejidad y dimensión. El Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de crear, desarrollar y cumplimentar una serie de medidas positivas que compensen la situación desfavorable de las personas con discapacidad. Entendiendo la manda *pacta sunt servanda*, no cabe duda que en este caso habría incurrido en responsabilidad internacional en razón del grave desconocimiento de los tratados vigentes en nuestro país. Somos los futuros y actuales operadores jurídicos los responsables de evitar la repetición de situaciones como éstas mediante la defensa aguerrida de los derechos humanos.

### **Referencias bibliográficas**

- Recurso de hecho deducido por C.M.I. en la causa I., J. M. s/ Protección Especial (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2016 ).
- Herrera, M. (2011). Interés Superior del Niño. Necochea, Buenos Aires, Argentina: V Jornadas de Asesores, Defensores Oficiales Civiles y Curadores Oficiales.
- O.N.U. (2006). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad .
- S.A., E. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación* . Buenos Aires, Argentina : ERREPAR S.A.
- Sosa, T. E., Fernandez Miró, J., Romano, N., Poggio, I. G., Belmudes, M. N., Fernandez, M., y otros. (2015). *Orientación Jurídica para personas con discapacidad y sus familias* . Santa Rosa: EdUNLPam.

# **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL DESARROLLO EMPRENDEDOR.**

## **ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PROVINCIAL**

Edith Alvarellos  
UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa,  
Argentina

Jorge Alberto Marchisio  
UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa,  
Argentina

María Inés Bernal  
UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa,  
Argentina

### **1. Introducción**

La presente ponencia se enmarca en el proyecto de investigación “Emprendedorismo y desarrollo económico-social en el conglomerado Santa Rosa-Toay durante el período 2007-2017” aprobado por la Res.120/18 del CD de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. En el mismo se pretende demostrar que la actividad emprendedora puede ser un motor del desarrollo económico y social en el conglomerado Santa Rosa-Toay.

Este espacio se aboca al estudio de las políticas públicas de jurisdicción provincial, a través de la normativa pertinente en el período bajo análisis.

En la etapa inicial del proceso de investigación, se está llevando a cabo el relevamiento de fuentes bibliográficas y de la normativa relativa a las políticas públicas existentes y o proyectadas, la lectura de la información relevada y el debate acerca de los avances del proceso en encuentros grupales entre los integrantes del equipo de investigación.

Se utiliza una metodología de corte eminentemente cualitativo mediante una fase descriptiva-explicativa que tiene como objetivo dar cuenta del estado actual del marco jurídico provincial relacionado al fenómeno del emprendedorismo en clave de desarrollo social.

Se hace foco en la detección de políticas públicas y en la posibilidad de ser aplicables a la actividad emprendedora. Para ello se recurre a la legislación vigente en el período abordado que contempla la temática desde la perspectiva emprendedora.

## **2. Normativas provinciales abordadas<sup>1</sup>**

### **2.1. Ley Provincial N° 1.534: Instituyendo Nuevo Régimen de Promoción**

#### **Industrial y Minera**

El artículo 1° instituye un régimen de promoción industrial y minera, tendiente a lograr la radicación de nuevas industrias, apoyar y estimular la expansión y/o transformación de las ya existentes, así como estimular la actividad minera, con el objeto de promover el desarrollo económico y social de la Provincia.

El artículo 3° considera actividad promovida principalmente a:

- La que, aplicando procedimientos técnicos transforme física o químicamente, sustancias orgánicas o inorgánicas, en productos o subproductos de consistencia, aspecto o utilización distinto al de los elementos constitutivos o que permitan ser utilizados o consumidos como sustitutos más económicos de sus materias originales;
- la que explote yacimientos minerales, con los alcances del artículo 5° de la Ley Nacional N° 24.196 Régimen de Inversiones de la Actividad Minera, o la que la sustituya con exclusión de los hidrocarburos líquidos y gaseosos;
- la hotelería;
- la explotación de bosques en lo que concierne a extracción racional de la madera;
- las actividades de servicios que aporten al funcionamiento y reparación de bienes correspondientes a los circuitos productivos;

En el artículo 4° aclara que la promoción estará orientada tanto a emprendimientos nuevos como a los que están en marcha, incluyendo los pequeños, medianos y grandes, y también los microemprendimientos incluidos los de características artesanales.

El artículo 5° considera emprendimiento nuevo cuando la actividad productiva se inicie con posterioridad a la presentación de la solicitud de inclusión en el presente régimen de promoción, y emprendimiento en marcha, cuando la actividad se encuentre en etapa productiva a la fecha de solicitud de los beneficios promocionales.

El artículo 6° enuncia que, en los casos de emprendimientos en marcha, el apoyo estará orientado a la ampliación, modernización y perfeccionamiento de los establecimientos existentes.

---

<sup>1</sup> En este trabajo no se incluye Marco Conceptual porque es válido para él, el expuesto en la ponencia de Análisis de la normativa nacional, dado que ambas se integran en el proyecto “Emprendedorismo y desarrollo económico-social en el conglomerado Santa Rosa-Toay durante el periodo 2007-2017”.

En el artículo 8° se considera emprendimiento artesanal al que encuadre en las disposiciones del primer inciso citado en el artículo 3°, la actividad se realice a escala reducida y tenga preeminencia en la misma el aporte personal del empresario beneficiario y su núcleo familiar.

En el artículo 13° establece que las empresas que se acojan al régimen podrán recibir, principalmente, los siguientes beneficios:

– Préstamos en condiciones de fomento, con los siguientes destinos:

Construcción o ampliación de edificios, destinados al emprendimiento; adquisición de maquinarias, equipos e instalaciones; adquisición de inmuebles; participación en programas de investigación tecnológica, realizados por organismos públicos o privados oficialmente reconocidos; y financiación de cursos de capacitación o becas para el personal, técnicos u operarios, en cualquiera de sus especializaciones, cuando el funcionamiento de la empresa lo haga indispensable.

– Exención impositiva:

Para emprendimientos nuevos, por hasta quince (15) años, de todos o algunos de los siguientes gravámenes: impuesto sobre los Ingresos Brutos; Impuesto Inmobiliario; Impuesto de Sellos; Impuesto a los vehículos de carga y utilitarios, de propiedad de la empresa; y todo impuesto que pudiera constituir a las empresas en sujeto pasivo de obligación fiscal.

Para emprendimientos en marcha alcanzará al Impuesto sobre los Ingresos Brutos, en relación con todos los ingresos de la actividad promocionada, siempre que se den las siguientes condiciones: que como mínimo se duplique la capacidad instalada de la planta existente; y que la empresa no haya gozado de exención impositiva, con anterioridad, en relación con el mismo proyecto.

– Compra de inmuebles del Estado:

El Poder Ejecutivo podrá vender a las empresas acogidas a la presente ley los inmuebles del dominio privado del Estado que estime convenientes para el mejor desarrollo de las actividades promocionadas.

– Asistencia Técnica:

A solicitud de las empresas beneficiarias, la Provincia podrá presentarles la asistencia y asesoramiento técnico pertinente, por medio de los organismos oficiales competentes, facilitándoles también información científica, bibliográfica y estadística de que disponga

o que pueda obtener del Gobierno Nacional, de otras provincias, o de países extranjeros con el fin de mejorar, reorientar y establecer correcciones de formulación y ejecución de los proyectos presentados o, si se tratara de emprendimientos en marcha, con el fin de solucionar dificultades de funcionamiento o que presente su estructura.

## **2.2. Ley N° 2.870: De Promoción Económica**

En su artículo 2° establece los objetivos siguientes:

- Impulsar políticas de desarrollo productivo que contribuyan al mejoramiento de las condiciones socio-económicas de la población;
- promover el fomento, el desarrollo y crecimiento de las actividades económicas dentro de la Provincia, que estimulen la actividad industrial, la producción y transformación de la producción primaria y la utilización de los recursos naturales, los servicios y los avances tecnológicos;
- propiciar la creación de zonas y parques industriales a los efectos de lograr un reordenamiento de la actividad industrial, logística, almacenamiento y distribución de mercaderías y el asentamiento de nuevas empresas;
- apoyar proyectos de inversión en actividades económicamente sustentables, que preserven el medio ambiente;
- promover el desarrollo equitativo, fomentando la radicación de empresas en todo el espacio territorial, con miras a afianzar los núcleos de población de toda la Provincia, y alentar la radicación de actividades que puedan contribuir al desarrollo rural local;
- Impulsar, fomentar y auspiciar el desarrollo de actividades económicas y productivas por medio de cooperativas;
- crear condiciones para favorecer la inversión en el territorio provincial, mediante la construcción de infraestructura y provisión de servicios necesarios para el desarrollo de la actividad económica;
- fomentar las producciones primarias mejorando su eficiencia y calidad;
- fomentar las actividades ganaderas a fin de transformar la producción primaria en productos de mayor valor agregado;
- promover la industrialización de las materias primas y productos semielaborados originarios de la Provincia, tendiendo a incorporar el mayor valor agregado posible;
- fortalecer los servicios y la infraestructura turística provincial;

- promover proyectos de integración económica, que tiendan al logro de economías de escala y/o que avancen en procesos de generación de valor;
- promover y crear las condiciones para el desarrollo de encadenamientos y conglomerados industriales, comerciales, de servicios y logísticos;
- promover el fortalecimiento del entramado productivo provincial incentivando la creación, el desarrollo y crecimiento de las pequeñas y medianas empresas pampeanas;
- promover el emprendedorismo en los jóvenes pampeanos, como política esencial para el desarrollo de capital humano;
- generar condiciones e infraestructura para que se desarrollen empresas de base tecnológica;
- crear las condiciones para el desarrollo de industrias culturales;
- estimular y fomentar las actividades que contribuyan al aumento de la comercialización de productos elaborados en la Provincia en el ámbito nacional e internacional;
- incentivar, impulsar y fortalecer la actividad comercial provincial en sus distintas manifestaciones;
- impulsar y promover las actividades que puedan contribuir a la sustitución de importaciones y al desarrollo tecnológico de las empresas locales;
- alentar aquellas inversiones que generen trabajo genuino y mejoren el nivel de empleo en las distintas localidades de la Provincia, como así, generar oportunidades para nuevos emprendimientos para la creación de empleo y el fortalecimiento de los puestos de trabajo existentes;
- priorizar el emplazamiento de proyectos productivos en localidades de menos de tres mil (3.000) habitantes;
- promover la radicación de emprendimientos productivos en las zonas bajo riego a la vera del Río Colorado y en otras potenciales áreas a desarrollarse;
- promover la radicación de inversiones en áreas o parques industriales y en la Zona Franca;
- fomentar inversiones en actividades de producción de energías convencionales y alternativas;
- propiciar una mejora de la eficiencia de los distintos sectores económicos, a través de instrumentos de modernización, reconversión y especialización;

- generar economías de escala mediante procesos de integración y/o de asociativismo;
- capacitar y brindar asistencia técnica para la elaboración de planes de negocios, generación y/o fortalecimiento de estrategias de promoción, marketing, comunicación y ventas, para acceder a las alternativas de financiamiento que ofrece el mercado y las distintas instituciones públicas y/o privadas;
- capacitar a fin de contribuir al incremento de la productividad y competitividad de las pequeñas y medianas empresas, y también a los fines de favorecer la incorporación de nuevas prácticas en administración, gestión, diseño de productos y procesos productivos;
- incentivar la actividad cooperativa en las diferentes micro regiones establecidas por la Ley Provincial 2.358;
- incentivar el desarrollo económico de actividades relacionadas con servicios de educación y salud;
- fomentar actividades de interés comunitario productivas y/o servicios no desarrolladas por el sector privado; y
- fomentar la creación de incubadoras de empresas como centros de atención a emprendedores con fines de orientación, asesoramiento y desarrollo.

En el artículo 3° se establece que el régimen tendrá los propósitos de: lograr la creación y/o radicación de nuevas empresas o emprendimientos; el apoyo al desarrollo, crecimiento y/o transformación de las existentes, como así la recuperación y puesta en marcha de aquellas paralizadas en su actividad; impulsar la promoción económica local, regional o provincial, sea por actividades generadas por el propio Estado o apoyando aquellas que realicen organizaciones vinculadas a los diferentes sectores productivos; y alentar, fomentar, impulsar y financiar actividades que los municipios y comisiones de fomento de la Provincia consideren de interés local.

El artículo 6° enuncia los beneficios que podrán concederse:

- Otorgamiento de préstamos en condiciones de fomento, a fin de financiar: construcción o ampliación de edificios, adquisición de maquinarias, equipos, rodados y/o todas aquellas instalaciones destinadas íntegramente al emprendimiento propuesto en el proyecto; adquisición de inmuebles y activos vinculados, provenientes de proyectos paralizados; conformación de capital de trabajo; ejecución de programas de investigación

y desarrollo de productos y procesos; trabajos de sistematización, obras de infraestructura, equipos de riego e implantación de cultivos y plantaciones; estudios de prospección, exploración y factibilidad en proyectos mineros; adquisición de patentes y licencias; procesos asociativos de generación de nuevas cooperativas y empresas, redes empresariales, unión transitoria de empresas, consorcios de cooperativas, y/o a la conformación de conglomerados industriales o cooperativos que tengan como fin mejorar el desempeño y la competitividad de sus integrantes; amortización de capital o intereses parciales de créditos tomados por los beneficiarios en otras instituciones; sistemas de subsidios a las tasas de interés de líneas crediticias de otras instituciones que fueran tomadas por los beneficiarios en virtud de la presente Ley; y proyecto de primer emprendimiento.

La lista es enunciativa (no taxativa), pudiendo financiarse una, varias o todas las etapas productivas - cualquiera sea su destino- de un proyecto productivo.

- Exenciones y/o beneficios tributarios: podrán otorgarse exenciones o beneficios tributarios por hasta un plazo máximo de quince (15) años, de todos o algunos de los siguientes gravámenes: Impuesto sobre los Ingresos Brutos; Impuesto Inmobiliario; Impuesto de Sellos; Impuesto a los Vehículos de carga y utilitarios; y todo impuesto, vigente o a crearse, que pudiera alcanzar a los beneficiarios del presente régimen cuando fuere sujeto fiscal obligado.

- Venta de inmuebles del Estado: podrán venderse en condiciones de fomento, los inmuebles del dominio privado del Estado que se estimen convenientes para el desarrollo de las actividades económicamente promovidas.

- Asistencia, bajo las siguientes modalidades:

1. Brindar asesoramiento y asistencia técnica por medio de los organismos oficiales con competencia específica en la materia, como así también información técnica, bibliográfica y estadística que el Estado disponga o a la que pueda acceder, con el fin de mejorar, reorientar y establecer correcciones de formulación y ejecución de los proyectos presentados o, si se tratara de emprendimientos en marcha, con el fin de colaboraren la solución o resolución de dificultades de funcionamiento;
2. asistir con recursos humanos especializados cuando ello fuere de evidente necesidad para la orientación y desarrollo de proyecto;

3. otorgar apoyo técnico y financiero para participación en eventos, exposiciones, rondas de negocios, ferias, congresos y/o convenciones municipales, provinciales, nacionales e internacionales, cuando las mismas resulten de interés para el cumplimiento de los objetivos de la presente Ley;

4. gestionar, junto al beneficiario y ante los gobiernos Nacional, de otras provincias y municipales, la obtención de exenciones o reducciones impositivas o de tasas, regímenes aduaneros de importación y exportación, como así para la realización de obras y/o servicios de infraestructura, y/o de cualquier otro beneficio o mediante la promoción o amparo de la actividad respectiva.

- Préstamos o subsidios con destino a gastos de tramitaciones: se podrán conceder préstamos o subsidios con destino a cubrir gastos que se originen en trámites de otorgamiento de certificaciones, patentes y/o licencias, nacionales, provinciales o municipales.

- Subsidios totales o parciales por tiempo determinado: se podrán conceder subsidios totales o parciales a fin de cubrir los siguientes costos: contribuciones patronales previsionales y sociales de los nuevos puestos que se generen por causa directa del proyecto promocionado; salarios de los trabajadores ingresados al establecimiento por causa directa del proyecto promocionado; capacitación laboral; el precio de energía eléctrica, consumida por el emprendimiento promocionado; aportes no reintegrables para emergencias; y cubrir parcialmente -hasta el 50%- el costo de la estructura gerencial y/o del equipo de asesores necesarios para el cumplimiento de los objetivos del proyecto productivo.

- Préstamos para financiar adicionalmente a emprendimientos paralizados en su actividad: en caso de proyectos de reactivación de emprendimientos paralizados en su actividad, además de los beneficios previstos en la presente Ley, podrá otorgarse financiamiento- préstamos- orientado a: planes de modernización, adecuación y puesta en marcha del proyecto económicamente promovido; y capital de trabajo necesario para la puesta en marcha del proyecto promocionado, en los porcentajes que determine por la Autoridad de Aplicación de acuerdo a las características de la actividad promovida.

- Otros beneficios adicionales: a los fines de posibilitar el desarrollo de los proyectos productivos, podrán efectuarse, con cargo al Gobierno Provincial: obras de infraestructura, construcción de viviendas y provisión de servicios de salud, educación y

seguridad; obras de infraestructura industrial y de servicios, en áreas o parques industriales y en Zona Franca, con fines de venta, alquiler, arrendamiento o cesión en uso a beneficiarias de actividades económicamente promovidas, en condiciones de fomento; servicios tecnológicos que preste la empresa Aguas del Colorado S.A.P.E.M.; y gastos y comisiones bancarias otorgados por el Banco de La Pampa S.E.M..

### **2.3. Ley N° 2.461: Sustituyendo el Texto de La Ley Provincial N° 2.358: De Creación del Consejo Provincial de Descentralización**

El artículo 1° crea el Consejo Provincial de Descentralización, que estará presidido por el Gobernador de la Provincia, o quien éste designe, e integrado además un (1) representante de cada una de las regiones definidas en el artículo 2°, y tres (3) representantes del Poder Ejecutivo Provincial.

Enuncia además que la decisión tomada sobre el mérito, oportunidad y conveniencia de la ejecución de cada una de las acciones en sus regiones será por consenso.

El artículo 2° agrupa a las localidades pampeanas en diez (10) regiones, siendo la Región 6 la que incluye a las localidades de Santa Rosa y Toay, además de Winifreda, Ataliva Roca, Anguil y Mauricio Mayer.

En el artículo 3° se crea el Fondo de Financiamiento Federal y en el 5° los siguientes programas: de desarrollo productivo, de desarrollo de la economía social, de asistencia alimentaria, de participación comunitaria, de soluciones habitacionales y de mantenimiento de red terciaria.

El artículo 6° enuncia que el Programa de Desarrollo Productivo impulsará el crecimiento económico y social de los municipios y comisiones de fomento a través de microcréditos, mediante el financiamiento de proyectos industriales y de prestación de servicios al sector productivo, hasta el monto y bajo condiciones que determine el Poder Ejecutivo, priorizándose aquellos, que demanden mayor ocupación de mano de obra y que tengan impacto directo sobre la producción primaria zonal.

El artículo 7° establece que el Programa de Desarrollo Productivo será financiado con el cien por ciento (100%) de los ingresos por recupero de créditos de promoción industrial, otorgados y a otorgar en el marco de la ley Provincial N° 1.534.

#### **2.4. Ley N° 2.362: Creando el Fondo Para el Financiamiento de Proyectos Productivos de Pequeñas y Medianas Empresas**

En el artículo 1° crea el “Fondo para el Financiamiento de Proyectos Productivos de Pequeñas y Medianas Empresas”, para el financiamiento de actividades que se localicen en el ámbito de la provincia de La Pampa y que inicien o desarrollen actividades del sector agropecuario general, apícola, cunícola, ovino, porcino, caprino, hortícola, frutícola u otra producción alternativa de interés provincial, como también del sector industrial y de servicios que configuren un eslabón en la cadena de valor del sector primario que se financia, o que sea interés para el desarrollo productivo provincial.

En su reglamentación mediante el Decreto 561/08, en el artículo 1° del ANEXO I, establece que el Fondo para el Financiamiento de Proyectos Productivos de Pequeñas y Medianas Empresas tiene como objetivo financiar inversiones en activo fijo y/o capital de trabajo de proyectos productivos y/o de servicios de apoyo a la producción, nuevos o en marcha, aprobados por el Ministerio de la Producción.

En el artículo 3° se considera beneficiarios a las personas físicas, personas jurídicas legalmente constituidas y/o las irregulares, y cooperativas de productores, cuyo objetivo sea coincidente con las actividades que se pretenden financiar con el Fondo que se crea.

#### **2.5. Decreto N° 947/97 y sus Modificatorias -Texto ordenado por Decreto 2.272/10.**

Mediante el Artículo 1° del Decreto se crea en el ámbito del Ministerio de la Producción un sistema de préstamos denominado “Programa de Apoyo a Proyectos Productivos”. El referido Organismo será autoridad de aplicación para ejecutar el programa.

En el artículo 2° se definen las funciones de la Autoridad de Aplicación, entre las que se mencionan:

- Promover y asistir a la inversión genuina en el sector Microempresas y PyMEs, a través de medidas que garanticen la evolución de éstas dentro de la economía provincial.
- Identificar las iniciativas y encuadrarlas dentro de las políticas y planes provinciales, establecer prioridades en los proyectos propuestos en función de las políticas vigentes.
- Recibir las solicitudes de asistencia financiera, verificar el encuadre legal de las mismas, controlar la correcta formulación de los proyectos a financiar y realizar la evaluación técnica, económica y financiera de los mismos.

- Pronunciarse sobre la elegibilidad de los proyectos que reciba, los que deberán estar acompañados por un Informe Técnico conteniendo la evaluación técnica, económica y financiera de los mismos.
- Establecer e implementar los mecanismos y trámites necesarios que permitan la efectivización de los créditos, constitución de garantías, recupero de los préstamos otorgados, la admisibilidad jurídica de los proyectos y toda otra medida que contribuya a cumplir eficazmente con los objetivos de este Decreto.
- Efectuar el seguimiento de los proyectos financiados.
- Declarar la caducidad de los beneficios cuando se configuren incumplimientos de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente Decreto.
- Capacitar a técnicos y profesionales del Ministerio sobre la operatoria como, asimismo, a los Municipios y Comisiones de Fomento, a efectos de procurar la intervención y pronunciamiento de las mismas sobre los proyectos a financiarse en su jurisdicción.

En todos los casos la Autoridad de Aplicación deberá, previo análisis de los informes técnicos correspondientes, aprobar los proyectos jurídicamente admisibles, técnicamente factibles, económicamente rentables y financieramente viables.

Será condición necesaria para los proyectos nuevos o incipientes a los efectos de acceder al presente Programa, acreditar capacitación, experiencia en la actividad, o suscribir acta de compromiso de realización de la misma en el primer año de desarrollo del Proyecto.

En el artículo 3° se establecen como destinatarios del Programa a:

- Las personas mayores de edad o emancipadas, residentes en el lugar de implementación de los proyectos.
- Las sociedades regulares o irregulares y cooperativas, con capacidad económica para obligarse financiera y técnicamente para concretar proyectos productivos rentables. Deberá tratarse de proyectos que inicien o desarrollen una actividad vinculada a los sectores agropecuario, minero, industrial, turístico, comercial y de servicios de apoyo a la producción a dicho sectores, tanto que se inicien o lo desarrollen en forma incipiente o que sean empresas en marcha, con destino a bienes de capital y/o capital de trabajo.
- Los beneficiarios del Subprograma “Primer Emprendimiento” cuyo proyecto, individual o asociativo, fuera seleccionado en el marco de dicho Subprograma para ser financiarlo. (En este Subprograma podrán participar Jóvenes de 18 a 35 años con su

primer proyecto empresarial individual o asociativo, a desarrollar en la provincia de La Pampa, o con un proyecto en marcha cuya antigüedad sea menor a veinticuatro (24) meses, según fecha de inscripción en AFIP).

– Las personas físicas, jurídicas y sucesiones indivisas que desarrollen actividades relacionadas con la actividad ovina en el marco de la Ley Nacional N°24.422 “Para la Recuperación de la Ganadería Ovina” y Ley Provincial N° 1.981 que adhiere a aquella, con destino a proyectos integrales con inversión en activo fijo y capital de trabajo.

### **3. Conclusiones**

En la etapa inicial del proceso de investigación, precisamente en el relevamiento de la normativa relativa a las políticas públicas provinciales existentes y o proyectadas, se puede observar que se cuenta con diversidad de legislación que contempla la temática desde la perspectiva emprendedora.

En un primer análisis, la normativa de la provincia de La Pampa citada en el presente, incluye en su articulado la enunciación de objetivos y/o propósitos relacionados con promover actividades económicas tendientes al fortalecimiento y expansión de la economía provincial; estimular la iniciativa privada promoviendo el desarrollo económico y territorial equilibrado con equidad social; favorecer la creación de empleo; la diversificación de la producción, la industria, el comercio y los servicios mejorando la competitividad de los diversos sectores económicos para su mejor inserción en los mercados y el crecimiento equitativo y sustentable de la Provincia y sus habitantes.

Entre los principales beneficios otorgados se pueden mencionar: otorgamiento de préstamos en condiciones de fomento, exenciones y/o beneficios tributarios, venta de inmuebles del Estado, subsidios totales o parciales por tiempo determinado, asistencia técnica, etc.

En este contexto, el estado actual del marco jurídico provincial relacionado al fenómeno del emprendedorismo en clave de desarrollo social, juega un rol necesario en la diversificación del desarrollo productivo en las distintas regiones definidas en el ámbito de la provincia de La Pampa.

### **4. Referencias bibliográficas**

Ley Provincial N° 1.534: Instituyendo Nuevo Régimen de Promoción Industrial y Minera. Santa Rosa, 3 de marzo de 1994. B. O 30 de marzo de 1994.

Ley Provincial N° 2.870: De Promoción Económica. Santa Rosa, 15 de diciembre de 2015- B.O. N° 3.183 –separata- 18-12-2015. Modificatoria: Ley N° 2.966 – B.O. N° 3.239- 6/01/2017.

Ley Provincial N° 2.461 Sustituyendo el texto de la Ley Provincial N° 2.358 De Creación del Consejo Provincial de Descentralización, Santa Rosa, 4 de diciembre de 2008. B. O. 16 de enero de 2009. Reglamentado por: Decreto 2.753/09 de La Pampa.

Ley Provincial N° 2.362 Creando el Fondo para el Financiamiento de Proyectos Productivos de Pequeñas y Medianas Empresas, Santa Rosa, 11 de octubre de 2007. B. O. 09 de noviembre de 2007. Reglamentado por: Decreto 561/08 de La Pampa.

Decreto Provincial N° 2.272 -16-IX-10- Apruébase el Texto Ordenado del Decreto N° 947/97 y sus modificatorios. Santa Rosa, 1 de octubre de 2010. B.O. 01 de octubre de 2010.

Página web: <http://www.produccion.lapampa.gov.ar/creditos.html>

## **POLÍTICAS PÚBLICAS VIGENTES PARA EL DESARROLLO EMPREENDEDOR. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA NACIONAL**

Alejandra Mercedes Galán  
UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa,  
Argentina

Rocío Anahí González  
UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa,  
Argentina

Lucas A. Roldán Schreiber  
UNLPam, FCEyJ, CICE, Santa Rosa,  
Argentina

### **1. Introducción**

La presente ponencia se enmarca en el proyecto de investigación “Emprendedorismo y desarrollo económico-social en el conglomerado Santa Rosa-Toay durante el periodo 2007-2017” aprobado por la Res.120/18 del CD de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. En el desarrollo de este proyecto se pretende demostrar que la actividad emprendedora puede ser un motor del desarrollo económico y social en el conglomerado Santa Rosa-Toay y para que pueda anclarse con solidez en ese espacio se requiere un cambio de visión empresarial en los actores de la sociedad.

En ese sentido, el sistema educativo es un factor clave para lograrlo. Conjuntamente con este esfuerzo educativo, las políticas públicas de las diferentes jurisdicciones estatales y las acciones de las diferentes organizaciones civiles cumplen un papel relevante para afianzar esta forma de desarrollo económico-social. Es necesaria la sinergia entre estos distintos actores para lograr el desarrollo económico-social deseado a partir de la actividad emprendedora.

En esta ponencia el estudio se aboca al análisis del paquete de normativas públicas de jurisdicción nacional, que pueden contribuir a que haya un entorno favorable para la evolución del emprendedorismo.

Si bien aún no hemos realizado un trabajo de campo que lo verifique, hasta el momento hemos tenido algunas repercusiones que muestran que no es muy dinámica la aplicación de la legislación producida.

En esta instancia la metodología a utilizar es eminentemente de corte cualitativo. Asimismo, el estudio realizado es exploratorio por cuanto tiende a adentrarse en un campo aún no analizado integralmente en el marco nacional. Se contará con una fase descriptiva-explicativa que tiene como objetivo dar cuenta del estado actual del marco jurídico nacional relacionado al fenómeno del emprendedorismo en clave de desarrollo social. Para este análisis se acude a las siguientes fuentes: legislación vigente, páginas web, foros de debate y bibliografía que aborda la temática desde la perspectiva emprendedora.

## **2. Marco Conceptual<sup>1</sup>**

Hasta el momento en que se realizó la indagación, no se encontraron trabajos de investigación que refieran a la aplicación de políticas públicas nacionales sino que únicamente están basados en la explicación de la normativa.

Según la “Comisión Económica para América Latina”, en América Latina, las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME) son las fuentes más importantes de empleo y constituyen la mayor parte del tejido productivo, representando más del 90% del número de empresas de la región (Gertel, et al., 2012). Además, Liedholm & Mead (2012) indican que a causa de la alta rotación a que están expuestas, existe una proliferación de los programas de apoyo a las mismas, que los gobiernos, especialmente de los países en desarrollo, aplican como estrategias para promover el crecimiento económico y aliviar la pobreza. Pero, como afirman Gertel et al. (2012: 2), “es frecuente observar que dichos programas se basan en acciones voluntaristas, que no toman en cuenta las peculiaridades y características de estas pequeñas unidades económicas”.

Por su lado Sousa y Dos Reis Azevedo B. (2014) sostienen que en el actual escenario económico mundial, la competitividad de las micro y pequeñas empresas (Pymes) ha sido considerada como un objetivo importante de las políticas públicas, en particular aquellas direccionadas al sector industrial, lo cual ha motivado en los diferentes países “a implementar medidas de apoyo para ayudar a estas empresas a superar, al menos en parte, sus debilidades estructurales”.

Gertel et al.; Líbera y Salgado y Durán y Lukez (en Gertel, et al., 2012) coinciden que en el caso particular de Argentina, al igual que en muchos países de América Latina, tanto

---

<sup>1</sup> Este marco conceptual es válido también para la ponencia “POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL DESARROLLO EMPRENDEDOR - ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PROVINCIAL”, dado que ambos temas se enmarcan en el mismo proyecto de investigación.

la alternativa emprendedora como el autoempleo se convierten, sobre todo en períodos de crisis y desempleo, en una estrategia de supervivencia para aquellos que no encuentran otra forma de obtención de ingresos, siendo incluso fomentados desde las políticas públicas de los gobiernos.

En ese contexto, el acceso al crédito podría permitir que las empresas, principalmente los pequeños emprendedores que cuentan con proyectos de inversión atractivos, no dependan estrictamente de la generación de utilidades o de los recursos de los socios para financiar inversiones para concretar sus planes y comenzar un camino de crecimiento (Meiners y Gertel, 2014).

Holmes et al. (citados en Gertel, et al., 2012) indican que en efecto la escasa evidencia disponible destaca que mientras en épocas de recesión el número de pequeñas unidades de producción familiares y de microemprendimientos orientados al logro de la autosuficiencia crece significativamente, tanto a nivel de hogar como de comunidad, como parte de las estrategias de las familias para paliar la crisis; por el contrario, cuando las condiciones macro-económicas mejoran, el proceso de creación de pequeñas unidades de producción pierde intensidad.

Otro aspecto a destacar, es el diseño de la política. Al menos en América Latina, parece haber apuntado más a la creación de pequeños negocios que al desarrollo sostenido de los mismos en el tiempo. En la misma línea, las investigaciones han puesto énfasis en el estudio de la identificación de los nuevos emprendimientos y de las causas de su mortandad. Sin embargo, pocos estudios se han enfocado al análisis de la supervivencia, es decir, de los factores que afectan las probabilidades de trascender la etapa de supervivencia y posibilitar la autonomía necesaria para superar niveles de subsistencia. (Gertel, et al., 2012: 3)

Complementando lo anteriormente expuesto puede establecerse que "...la sustentabilidad de los emprendimientos como objeto de estudio relevante para el diseño de las políticas públicas es complejo, siendo multidimensional y dinámico. En este sentido es que aparece la principal limitante para abordar esta temática, que consiste en la escasez de fuentes de datos que permitan recoger el perfil de los emprendimientos y emprendedores en el tiempo" (Gertel, et al., 2012:.3).

Un concepto significativo es el vertido por Bezchinsky (2014) respecto a los instrumentos de política orientados a promover o a facilitar el acceso de las pequeñas y medianas

empresas a los mercados de compras públicas que vienen incorporando muchos países de América Latina en los últimos años. Estas experiencias, que son relativamente recientes –dice el autor-, “han tenido distinto grado de coherencia interna y con otras políticas, distinta profundidad en su aplicación, y también distinto grado de compromiso por parte del Estado en los diferentes países”. La eficacia de esta política, aislada o adoptada en complementariedad con otras medidas de promoción, todavía no aparece en “trabajos de evaluación de los resultados y de los impactos de la aplicación de esas políticas”.

Couto y Carmona (2014) hacen referencia a los procesos de descentralización introducidos durante los años noventa en Argentina, que redefinieron el histórico papel de los municipios limitado a la provisión de servicios básicos (alumbrado, residuos, etcétera) demandando de ellos el cumplimiento de nuevas y variadas funciones ligadas al desarrollo social y económico de su localidad, lo cual debió ser asumido en muchos casos sin los recursos y las atribuciones necesarias. Sin embargo, sostienen estos autores, siguiendo la tendencia de muchos países de América Latina, durante los últimos 10 años, bajo el gobierno de Néstor Kirchner y posteriormente de Cristina Fernández de Kirchner, “la Argentina experimentó un crecimiento sostenido, con un rol mucho más activo del Estado en materia de desarrollo socioproductivo respecto del período precedente”.

En la actualidad argentina, habría alguna situación que torna difícil la subsistencia de los pequeños emprendedores cuando tienen que realizar sus actividades en un contexto de complementariedad en la economía de mercado. En esa postura se ubica Cardelli (2017: 4) cuando expone que la “concepción “meritocrática” liberal penetra en la construcción simbólica del “emprendedor”, reformulando la idea de economía social, que ya no es pensada como complementaria de la economía de mercado, sino que se inserta en ella, y debe someterse también a condiciones de competitividad. El Estado interviene justamente para fomentar la competitividad de la economía, enterrando la lógica solidaria...”.

Por su lado, Uribe et al (2014) sostiene que el impulso al desarrollo de nuevas empresas con potencial de crecimiento (NEAPC) requiere de un sistema integral de financiamiento en el que se participen diferentes actores especializados; entre ellos, los programas estatales, a través de los que se busca eliminar o reducir las fallas de mercado.

### **3. Legislación nacional para PyMEs**

Si bien en el ámbito nacional, se encuentran vigentes distintas legislaciones para Pymes, en el presente trabajo se abordarán las dos más significativas: la Ley N° 24.467/1995 “Pequeña y Mediana Empresa. Marco Regulatorio” y la nueva Ley N° 27.349/2017 “Apoyo al capital emprendedor”.

La Ley N° 24.467, publicada en el boletín oficial el 28 de marzo de 1995, referida a la pequeña y mediana empresa tiene como fin, tal como se enuncia en el art. 1°, promover el crecimiento y desarrollo de las mismas mediante políticas que dan origen a instrumentos de apoyo y consolidación de los existentes.

La autoridad de aplicación es quien determina las características para considerar a una empresa micro, pequeña o mediana. Asimismo, es la encargada de crear un fondo de garantía cuyo objeto es facilitar el acceso al crédito a las empresas comprendidas en los programas de: asistencia al sector empresarial (a través de Agencias de Desarrollo Productivo), mejora de la competitividad de PyMEs localizadas en economías regionales y posible inserción en el mercado internacional (mediante el diseño y desarrollo de instrumentos que estimulen y faciliten el proceso de especialización) y la optimización del vínculo entre PyMEs proveedoras y grandes empresas. Otra de las obligaciones que posee es crear un Registro de Empresas MiPyMES.

Uno de los instrumentos detallados por la ley es la bonificación de la tasa de interés de créditos a los que accedan MiPyMES nuevas o en funcionamiento, ya sea para adquirir bienes de capital propios de la actividad, constitución de capital de trabajo, reconversión y aumento de la productividad- que contemple, en este caso, amplios plazos de amortización, tasas comparables a las más bajas de plaza y períodos de gracia según el retorno de la inversión previsto-, para actualización y modernización tecnológica o para financiar y prefinanciar exportaciones de bienes producidos por PyMEs; además quienes cumplan determinadas características tienen una bonificación especial<sup>2</sup>. La mencionada bonificación es solventada por el Estado Nacional.

El Banco de la Nación Argentina y el Banco de Inversión y Comercio Exterior son las entidades que instrumentan líneas especiales para la financiación de pequeñas y medianas empresas, recurriendo a la utilización de fondos provenientes de instituciones multilaterales de crédito o de otras fuentes de origen externo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Ver art. 3 de la Ley N° 24.467.

<sup>3</sup> Ver art. 7 de la Ley N° 24.467.

Como establece el art. 8 de la Ley N° 24.467: “El Poder Ejecutivo nacional estimulará a través de los diversos medios a su alcance la constitución en el ámbito privado de sociedades conocidas como calificadoras de riesgo, especializadas en evaluar el desempeño, la solidez y el riesgo crediticio de las pequeñas y medianas empresas con el objeto de facilitar su operatoria financiera y comercial.” Además, dicta las normativas necesarias para agilizar y simplificar el acceso a distintos recursos ofrecidos en el mercado de capitales y las conducentes a disminuir, en todo lo posible, los costos implícitos en esas operatorias.

La ley 24.467, en su art. 12°, establece la creación de un sistema de información MiPyME con la finalidad de recolección y difusión de información, comercial, técnica y legal, de interés para las micro, pequeña y medianas empresas.

Otra innovación que produce la ley es la creación de la Sociedad de Garantía Recíproca (SGR), cuyo objeto es brindar garantía a los socios partícipes PYMEs (que pueden ser personas físicas o jurídicas) que les facilite el acceso al crédito de estos últimos. En otras palabras, la SGR tiene como finalidad avalar o brindar asistencia a las PYMEs que, por uno a más motivos- como pueden ser la falta de antecedentes crediticios, tuvieron cheques rechazados o atravesaron un proceso concursal-, no pueden acceder a créditos ofrecidos por el sistema financiero formal en forma directa (Ozomek, 2017).

En la ley 24.467, art. 83°, se define como pequeña empresa “aquella que reúna las dos condiciones siguientes: a) Su plantel no supere los cuarenta (40) trabajadores. b) Tengan una facturación anual inferior a la cantidad que para cada actividad o sector fije la Comisión Especial de Seguimiento”. Las pequeñas empresas que superen los requisitos detallados pueden permanecer en el régimen especial de esta ley por un plazo de tres (3) años si no duplican el plantel o la facturación.

Otra particularidad de la reglamentación está vinculada con el contrato de trabajo y las relaciones laborales en la pequeña empresa (P.E.) ya que se regulan por el régimen especial de la Ley N° 24.467: se pueden sustituir libros y registros exigidos en otras normativas convencionales por un “Registro Único de Personal”.

Cabe mencionar que se sanciona, en el año en curso, el Decreto N° 699/18 que complementa a la Ley N° 24.467/95 estableciendo en su artículo primero: “Las Sociedades de Garantía Recíproca solo podrán otorgar garantías a sus socios partícipes y a terceros que cumplan con las características necesarias para ser considerados Micro,

Pequeñas y Medianas Empresas, conforme los términos establecidos en el artículo 2° de la Ley N° 24.467 y sus modificatorias, se encuentren inscriptas en el "Registro de Empresas MiPyMEs" creado en virtud de lo dispuesto por el artículo 27° de dicha ley y cumplan con los restantes requisitos que al efecto establezca la Autoridad de Aplicación". Además aclara en su art. 20° que los beneficios impositivos, es decir, las exenciones en los Impuestos a las Ganancias y al Valor Agregado (establecidas en el artículo 79°, incisos a) y b) de la Ley N° 24.467 y sus modificatorias) comprenden los ingresos obtenidos por las Sociedades de Garantía Recíproca, pero no están exentos los ingresos generados por otras actividades permitidas en su objeto social ni los rendimientos originados en la colocación del Fondo de Riesgo.

Otro tema a destacar es el establecido en el artículo 21° del Decreto N° 699/18 sobre la deducción del resultado impositivo en concepto de aportes de capital y a los fondos de riesgo, de los socios protectores y partícipes, que autorizan los artículos 46° y 79° de la Ley N° 24.467 y sus modificatorias; dicha deducción se considera definitiva cuando se cumplen dos condiciones: los aportes permanecen en la sociedad durante el período de permanencia mínimo requerido al momento de su realización, que asciende a dos años calendario, - computado a partir del día de la efectiva disposición de los fondos a favor de la sociedad y hasta la misma fecha del año en que se cumpla el plazo respectivo- y el otro requisito indicado se refiere a que el grado de utilización del fondo de riesgo promedio, en el otorgamiento de garantía, durante el mencionado período no sea inferior al establecido al momento de su realización.

La Ley N° 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, vigente desde el 21 de abril de 2017 y reglamentada por el Decreto N° 711/2017 se divide en tres títulos:

- 1) Apoyo al capital emprendedor
- 2) Sistema de financiamiento colectivo
- 3) Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)

La mencionada legislación dispone la creación de un Registro de Instituciones de Capital Emprendedor en el que deberán inscribirse todas las instituciones interesadas en acogerse a los beneficios previstos en la misma; entre ellos se destaca la posibilidad de deducir de la determinación del impuesto a las ganancias los aportes de inversión en capital que se efectúen en los emprendimientos beneficiados por el presente régimen. La deducción en el impuesto a las ganancias será equivalente al 75% o el 85% (para determinadas zonas

de menor desarrollo y con menor acceso al financiamiento) de los aportes realizados con un tope del 10% de la ganancia neta sujeta a impuesto del ejercicio o su proporcional a los meses del inicio de actividades. Se establece la creación del Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor (FONDCE), cuyo objeto será financiar emprendimientos e instituciones de capital emprendedor registrados como tales. Por otro lado, se implementa el Sistema de Financiamiento Colectivo como régimen especial de promoción para fomentar la industria de capital emprendedor, a través del mercado de capitales y bajo el contralor de la Comisión Nacional de Valores. Finalmente, se crea un nuevo tipo societario, identificado como sociedades por acciones simplificadas (SAS), que permite acortar procedimientos y reducir costos a través de su constitución por medios digitales dentro del plazo de 24 horas.

En el aspecto laboral, se señala que serán de aplicación a las Sociedades por Acciones Simplificadas las disposiciones de la ley de contrato de trabajo (Ley N° 20.744) y, en particular, las relativas a las responsabilidades solidarias establecidas en los artículos 29, 30 y 31 de la mencionada ley.

Si bien se puede observar una limitación respecto de los beneficiarios que deben ser personas jurídicas y, por lo tanto, esto involucra algunas inversiones administrativas y pecuniarias significativas, excluyendo así a las personas físicas que se encuentran en la etapa inicial de sus emprendimientos; esto se subsana en buena medida con la creación de las SAS por su economicidad y celeridad en los trámites.

Se encuentra como un factor limitante que los inversionistas pueden serlo a través de aportes en efectivo o de activos financieros de rápida realización, lo que excluye al aporte de activos muebles o inmuebles, como plantas con instalaciones, maquinaria o automotores; los cuales pueden ser de gran utilidad.

Mediante algunas indagaciones en foros de consulta en redes sociales cuyos miembros presentan las características de ser profesionales en ciencias económicas, emprendedores o inversionistas se extrae como conclusión que la ley es realmente conocida, sobre todo por el capítulo III de la creación de la Sociedad por Acciones Simplificada, pero no hay muchas prácticas de políticas públicas concretas de apoyo al emprendedor a la actualidad. Respecto del Decreto Reglamentario 711 con vigencia desde el día 11 de septiembre de 2017: se reglamenta el Título I de la ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor, en todo lo referente al “Registro de Instituciones de Capital Emprendedor” (RICE) y al “Fondo

Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor” (FONDCE), delegando a la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa, en su carácter de Autoridad de Aplicación, el dictado de las normas aclaratorias y complementarias que resulten necesarias para la interpretación y aplicación de la ley y el presente decreto.

En este sentido, se establece que las instituciones e inversores de capital emprendedor que se inscriban en el “Registro de Instituciones de Capital Emprendedor” (RICE) deberán realizarlo a través de la plataforma de Trámites a Distancia (TAD). Asimismo, se define el concepto de “sociedad administradora”, establecido en el artículo 5 de la ley 27349, entendiéndose por tal a toda persona jurídica, constituida conforme a los tipos societarios de la ley general de sociedades o como sociedad por acciones simplificada (SAS), que en nombre y representación de la institución de capital emprendedor gestione las inversiones realizadas por esta.

Con relación al tratamiento impositivo, se establecen las condiciones que se deberán cumplir para que los aportes de inversión realizados resulten deducibles del impuesto a las ganancias. En este orden, se establece que:

- Se considerará “aporte de inversión” al que se realice en forma directa o indirecta a través de una institución de capital emprendedor en un emprendimiento.
- En los casos en que el emprendimiento reciba aportes de inversión a través de su sociedad controlante local o extranjera, el aporte de inversión deberá tener como destino final e irrevocable la capitalización del emprendimiento en un plazo no mayor a los 12 meses de efectuado, y la sociedad controlante debe poseer como mínimo el 90% de la participación accionaria en el emprendimiento.
- Se fija en 75% el porcentaje de los aportes de inversión que podrán ser deducidos en la determinación del impuesto a las ganancias y en 85% para el caso de aportes de inversión en capital en emprendimientos pertenecientes a zonas de menor desarrollo y con menor acceso al financiamiento, ubicados en las Provincias de Salta, Jujuy, Tucumán, La Rioja, Catamarca, Misiones, Corrientes, Chaco, Formosa y Santiago del Estero.
- Para el caso de personas humanas, los aportes realizados se deducirán de la ganancia neta sujeta a impuesto, y para el resto de los sujetos, de las ganancias netas imponibles.
- Cuando se trate de sociedades de personas, la deducción de los aportes efectuados deberá ser computada por los socios en sus respectivas declaraciones juradas individuales del

conjunto de sus ganancias, en proporción a la participación que les corresponda en los resultados societarios.

- La deducción en el impuesto a las ganancias será procedente a partir del ejercicio en el cual se realizó efectivamente el aporte de inversión.

Se destaca que la Autoridad de Aplicación dictará las normas correspondientes para establecer las actividades de verificación y control del efectivo cumplimiento de los requisitos y obligaciones con relación a la obtención del beneficio de deducibilidad. Asimismo, será ella la encargada de comunicar a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) el otorgamiento del mismo.

Por otro lado, se regula lo concerniente al “Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor” (FONDCE), el cual podrá estructurarse mediante distintos fideicomisos que comprendan el desarrollo y ejecución de acciones que apoyen y potencien el proceso de creación de nuevos emprendimientos, apoyando el surgimiento y desarrollo profesional de instituciones de capital emprendedor y sus sociedades administradoras, así como instituciones que ofrezcan servicios de incubación o aceleración de empresas.

Se delega en la Autoridad de Aplicación el establecimiento de los criterios y mecanismos para la selección de emprendimientos, instituciones de capital emprendedor e instituciones que ofrezcan servicios de incubación o aceleración de empresas.

#### **4. Conclusión**

En la realidad diaria y como resultado de la búsqueda de antecedentes desplegada hasta el momento, se observa que hay un largo trayecto por recorrer aún, en el sentido de bajar a la realidad o llevar a la práctica el conjunto de políticas públicas nacionales que se ven poco aplicadas o que no parecieran estar produciendo el resultado pretendido por quienes las sancionaron.

Si bien las dos leyes abordadas se complementan, tienen normativas comunes, proponen varias herramientas y la creación de nuevas personas jurídicas, aún no han demostrado todo su potencial para coadyuvar el desarrollo sustentable de las PyMEs, es decir, cumplir el fin por el que fueron sancionadas.

Las normativas tienen en común: la creación del “Registro de Empresas MiPyMEs” en la Ley N° 24.467 y del “Registro de Instituciones de Capital Emprendedor” en la nueva ley;

además, la primera crea la figura jurídica de las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR) y la Ley N° 27.349 crea a las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS).

Los beneficios impositivos en general están orientados a las grandes empresas y bancos que aportan capital en las SGR y en la nueva ley se establecen ventajas impositivas a quienes invierten en emprendimientos.

En síntesis, consideramos –en una aproximación inicial– que las normativas están dirigidas a empresas ya insertas en el mercado (medianas empresas con estabilidad) pero no a las pequeñas empresas que se inician o tienen unos pocos años de vida.

## 5. Bibliografía Consultada

- Barrero, J. M. (2017). *5 beneficios de la nueva Ley de Emprendedores*. Buenosnegocios.com. Recuperado de: <http://www.buenosnegocios.com/notas/3247-5-beneficios-la-nueva-ley-emprendedores>
- Bezchinsky, G. El acceso de las pymes a las compras públicas en América Latina. Situación actual y perspectivas. En: Ascúa, Rubén; Roitter, Sonia, Bacic; Miguel y Rodríguez Miglio; Martín (Editores) *Políticas públicas e iniciativas de apoyo a pymes y emprendedores*. XIX Reunión anual de la Red Pymes Mercosur. Pymes, Innovación y Desarrollo. 24/09/2014 a 26/09/2014. Universidad de Campinas, Brasil.
- Boggiano, M. Á. (2017). No se hagan ilusiones: La Ley de Emprendedores 'no funca'. *Urgente 24*. Recuperado de: <https://www.urgente24.com/263752-no-se-hagan-ilusiones-la-ley-de-emprendedores-no-funca>
- Brandt, M. I. y Castro, D. (2017). Alcance de los Nuevos Beneficios Tributarios para el Ecosistema Emprendedor. *Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE)*, 551. Recuperado de: <http://eol.errepar.com/sitios/ver/html/20170510114708931.html?k=ley%2027349>
- Brandt, M. I. y Stefanich, M. A. (2017). Régimen de Apoyo al Capital Emprendedor: Comentarios acerca de su reglamentación. *Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE)*,

1121. Recuperado de:

<http://eol.errepar.com/sitios/ver/html/20170922180715558.html?k=ley%2027349>

Busaniche, J. (2017). Ley del Emprendedor: dudas y escepticismo por su impacto en Córdoba. *Perfil*. Recuperado de: <http://www.perfil.com/noticias/cordoba/ley-del-emprendedor-dudas-y-escepticismo-por-su-impacto-en-cordoba.phtml>

Cardelli, M. (2017). A buen “emprendedor”... Pocas protecciones. Un análisis sobre la discursividad que sustenta las políticas sociales de Cambiemos. *X JIDEEP - Jornadas de Investigación, Docencia, Extensión y Ejercicio Profesional (La Plata, 2017)*. Facultad de Trabajo Social, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de:

[http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/63785/Documento\\_completo...\\_GT8.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/63785/Documento_completo..._GT8.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Congreso de la República Argentina (1995). *Pequeña y Mediana Empresa. Ley 24.467*. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/15932/norma.htm>

Couto, B. y Carmona, R. Políticas de desarrollo socioproductivo en municipios de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Los casos de San Fernando y Pergamino En: Ascúa, Rubén; Roitter, Sonia, Bacic; Miguel y Rodríguez Miglio; Martín (Editores) *Políticas públicas e iniciativas de apoyo a pymes y emprendedores*. XIX Reunión anual de la Red Pymes Mercosur. Pymes, Innovación y Desarrollo. 24/09/2014 a 26/09/2014. Universidad de Campinas, Brasil.

Decreto Reglamentario 711/17 (P.E.N.) Ley 27.349 Rglamentación. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=31C96FD11AF5BB7A4ED9CD9AF9E8EA35?id=279301>

De Fátima Sousa, G. y Dos Reis Azevedo Botelho, M. Política Industrial e evolução das exportações das empresas de pequeno porte brasileiras nos anos 2000. En: Ascúa, Rubén; Roitter, Sonia, Bacic; Miguel y Rodríguez Miglio; Martín (Editores) *Políticas públicas e iniciativas de apoyo a pymes y emprendedores*. XIX Reunión anual de la Red Pymes Mercosur. Pymes, Innovación y Desarrollo. 24/09/2014 a 26/09/2014. Universidad de Campinas, Brasil.

- Garantizar: una sociedad en la que tenés que estar (Sabina Ozomek en IN semanal). *Infonegocios*. Recuperado de: <https://infonegocios.info/in-semanal/garantizar-una-sociedad-en-la-que-tenes-que-estar-sabina-ozomek-en-in-semanal>
- Gertel H., Giuliadori R, Meiners E. y Galassi G. (2012). Sustentabilidad económica de los microemprendimientos en Argentina según perfiles de emprendedores y emprendimientos. Aplicación de modelos de duración al caso de la provincia de Córdoba. *X Congreso Latinoamericano de Sociedades de Estadística Córdoba, Argentina*. Recuperado de: <http://conferencias.unc.edu.ar/index.php/xclatse/clatse2012/paper/viewFile/559/32>
- Ley 24.467 Pequeña y Mediana Empresa. Marco Regulatorio. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=15932>
- Ley 27.349 Apoyo al capital emprendedor. Disposiciones Generales. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=273567>
- Meiners E. y Gertel H. R. Restricciones al financiamiento de las empresas argentinas según su tamaño y perfil. En: Ascúa, Rubén; Roitter, Sonia, Bacic; Miguel y Rodríguez Miglio; Martín (Editores). *Políticas públicas e iniciativas de apoyo a pymes y emprendedores*. XIX Reunión anual de la Red Pymes Mercosur. Pymes, Innovación y Desarrollo. 24/09/2014 a 26/09/2014. Universidad de Campinas, Brasil.
- Poder Ejecutivo Nacional (2018). *Decreto Nacional 699/2018*. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/699-nacional-reglamentacion-ley-24467-dn20180000699-2018-07-25/123456789-0abc-996-0000-8102soterced>
- Plez N. (2018). Las SAS no son tan "simplificadas": los problemas que complican su puesta en marcha. *iProfesional*. Recuperado de: <http://www.iprofesional.com/impuestos/262418-afip-impuestos-impuesto-a-las-ganancias-Las-SAS-no-son-tan-simplificadas-los-problemas-que-complican-su-puesta-en-marcha>
- Uribe, C. T., Geldres, V. V.; Júnior, E. I. Indicadores y claves del proceso de fondos de capital semilla emprendedor. En: Ascúa, Rubén; Roitter, Sonia, Bacic; Miguel y Rodríguez Miglio; Martín (Editores) *Políticas públicas e iniciativas de apoyo a pymes y emprendedores*. XIX Reunión anual de la Red Pymes Mercosur. Pymes,

Innovación y Desarrollo. 24/09/2014 a 26/09/2014. Universidad de Campinas, Brasil.

### **Referencias bibliográficas**

- Cristobo, Matías (2009) “El neoliberalismo en Argentina y la profundización de la exclusión y la pobreza” en revista Margen, N° 55, Año 2009.
- Di Liscia, María Herminia (2014) Mujeres que dicen y hacen. Ciudadanía y memorias en La Pampa. Introducción y Capítulo 1. Editorial UNLPam.
- Di Marco Graciela, Palomino Hector, Altamirano Ramón, Méndez Susana, Libchaber Mirta (2003) Movimientos sociales en la Argentina. Asambleas: la politización de la sociedad civil. Editorial UNSAM.
- Lagardé y de los Ríos, Marcela (2008) Retos teóricos y nuevas prácticas. Introducción. Editorial UNAM.
- Masci, Nilda (2014) Mujeres desobedientes de todos los tiempos. Editorial Independiente Kexploten Lunas.
- Modonesi, Massimo (2007) “Crisis hegemónica y movimientos antagonistas en América Latina. Una lectura gramsciana del cambio de época”, UNAM.
- León, Magdalena (2001) “El empoderamiento de las mujeres: encuentro del primer y tercer mundos en los estudios de género” en Revista La Ventana, N° 13, Año 2001.
- Svampa, Maristella (2006) “Movimientos sociales y nuevo escenario regional: inflexiones del paradigma neo-liberal en América Latina” en revista Cuadernos de Socio- Historia, N° 19-20, Año 2006.

# **RESPONSABILIDAD SOCIAL: UN ESPACIO CURRICULAR EN EL MARCO DE LAS NORMATIVAS UNIVERSITARIAS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

Raúl Fernando Ortiz

UNS, DCA, Bahía Blanca, Argentina

## **1. Introducción**

La universidad pública desarrolla su actividad académica sobre la base de tres pilares: docencia, investigación y extensión. Esta institución tiene un papel destacado en la actualidad, en pleno desarrollo de la sociedad de la información y del conocimiento, tanto por su incidencia presente como por su proyección sobre el futuro (Saravia & Escobar, 2010). Cumple una importante función social ya que debe responder a las necesidades de transformación de la sociedad donde está inmersa, poniendo en práctica un conjunto de principios y valores, contribuyendo así al desarrollo sostenible. En ese escenario la enseñanza de la Responsabilidad Social (RS) adquiere especial importancia, en particular si se trata en carreras de ciencias económicas donde se debe complementar la tradicional formación técnico-profesional con nuevos conocimientos gerenciales que fomenten en sus destinatarios competencias de compromiso con el entorno social y el medio ambiente. Su estudio es relativamente reciente si se lo compara con otros campos del saber. Las transformaciones acontecidas en el mundo de los negocios, en particular a partir de los avances del proceso de globalización, contribuyeron a incrementar su relevancia promoviendo su incorporación en los currículos de las diferentes universidades y centros de investigación.

En la Universidad Nacional del Sur, desde comienzos de la década de 1990 se incorporó su consideración dentro de los contenidos de las disciplinas del área de Administración General. Este documento busca mostrar esa experiencia así como su complementación con tareas de investigación y extensión, en tanto bases de la actividad académica universitaria.

## **2. La experiencia en docencia**

Desde su creación en 1994 la carrera de Licenciatura en Administración incluye los contenidos de RS. En esa etapa formaban parte de la asignatura Administración General cuando se abordaba el estudio de las organizaciones, en general, y las empresas, en

particular. En 2010 la unidad académica decidió impulsar una actualización del plan de estudios de la carrera y fue así como el Consejo Superior Universitario aprobó un nuevo plan que incluía una asignatura optativa para alumnos de cuarto/quinto año denominada “Empresa y Responsabilidad Social” (EyRS). Esta modificación obedeció a la relevancia que venía adquiriendo el tema en cuestión, tanto a nivel nacional como internacional, resultando de manifiesto en la Misión de la unidad académica:

El Departamento de Ciencias de la Administración se propone construir una comunidad académica de profesores, estudiantes y egresados empeñados en la búsqueda del saber con el propósito de formar graduados de excelencia, creativos, críticos y sensibles a los problemas sociales, empleando programas de grado y posgrado actualizados para desempeñarse adecuadamente en el mundo laboral y contribuir al progreso y bienestar de la comunidad toda.

En 2016 tuvo lugar una nueva modificación del plan de estudios de la Licenciatura en Administración y el Consejo Departamental propuso al Consejo Superior Universitario la incorporación de esta asignatura con carácter obligatorio dentro del mencionado plan. Tales cambios fueron motivados tanto por las razones que impulsaron la incorporación de la materia en 2010, como por las preferencias de los alumnos al momento de realizar la elección de cursos optativos.

Actualmente EyRS es una asignatura obligatoria de la carrera de Licenciatura en Administración, ubicada en el segundo año del plan de estudios. Esta asignatura cuenta con una dotación docente de tres integrantes para la atención de 70 alumnos. Se dispone de 64 horas cuatrimestrales para su dictado presencial y se utiliza una metodología activa que exige la participación permanente de los alumnos durante todo el curso. Sin embargo, en un relevamiento realizado desde nuestra Universidad durante este año, 2018, entre todas las facultades de Ciencias Económicas de Universidades Nacionales se han localizado únicamente siete cátedras de RS en las Universidades Nacionales del Comahue, de Río Negro, de Córdoba, de Mar del Plata, del Sur, UBA y de Villa María, siendo esta última la única que posee estudios bajo la modalidad semipresencial.

## **2.1. Contenidos**

La materia comprende cuatro unidades que se desarrollan durante el segundo cuatrimestre.

- En la primera se estudia el concepto de Responsabilidad Social, su evolución, estado actual y perspectivas futuras. Resulta importante incluir el rol que la empresa cumple en la sociedad actual y cómo fueron mutando las exigencias de la sociedad desde aquella vinculada al logro económico hasta la demanda actual en cuanto a reputación y confianza. Se incluyen también dos conceptos que estarán presentes durante todo el curso y que constituyen su razón de ser: el desarrollo sostenible y los grupos de interés.
- En la segunda unidad se abordan los principales temas clave que conforman la agenda de la responsabilidad social: ética, valores y principios; derechos humanos y condiciones de trabajo dignas; medio ambiente y cambio climático; gobierno corporativo, transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción; la responsabilidad social en la cadena de valor; y las relaciones con la comunidad.
- La tercera unidad busca efectuar una rápida revisión de los principales documentos internacionales que se ocupan del tema, tanto referidos a principios declarativos y códigos de conducta, como aquellos vinculados a dar cuenta de la gestión. A saber: el Pacto Global de las Naciones Unidas, las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, la norma ISO 26000 y algunos modelos de información y balance con énfasis en la Guía para la elaboración de memorias de sostenibilidad de la Global Reporting Initiative (GRI), los Indicadores Ethos-IARSE y el Modelo de Balance Social de la OIT-ANDI-CJC.
- Por último, la unidad cuatro busca mostrar las diferentes etapas tendientes a la implantación de la RS en empresas pymes y/u otras organizaciones de la comunidad, como las existentes en la zona de influencia de la Universidad. Se incluye, entre otros, la conformación del propósito empresarial y la definición de la política social como expresión de su contribución al desarrollo sostenible; la elección de la estrategia así como las modalidades e instrumentos que se utilizarán para lograr su cometido; los sistemas de medición y avance; por último, modelos de comunicación y retroalimentación.

## **2.2. Desarrollo del proceso de enseñanza – aprendizaje**

La RS conforma un cuerpo de conocimientos que se encuentra en permanente cambio y evolución. A modo de ejemplo, a fines de la década de 1980 se hacía referencia a las responsabilidades sociales dentro y fuera de la empresa (Gallo, 1989). Desde la vigencia de la norma ISO 26000 (2010), la RS es aplicable a todo tipo de organizaciones, no solo a empresas. Algo similar ocurre con las partes interesadas donde se pasó del concepto limitado de shareholders al concepto más amplio de stakeholders. Además de su

permanente avance, y dadas las competencias que deberán ejercer nuestros futuros profesionales, resulta aconsejable que tales conocimientos no queden únicamente a nivel teórico y se proyecten al campo de la acción, allí donde deberán interactuar con otras personas, grupos y organizaciones de variada naturaleza, desde aquellas del ámbito empresarial a las de índole estatal y/o sindical, por mencionar solo unas pocas. En todas sus actuaciones deberá adoptar decisiones, esa será su mayor tarea. En cada una de esas decisiones estará presente la cultura organizacional y también su nivel de desarrollo moral, debiendo encontrar soluciones creativas a los dilemas que se presenten y equilibrando sus propios intereses con el bien común.

Todo ello nos ha llevado a pensar en metodologías de enseñanza-aprendizaje más activas, que enfrenten a los alumnos a situaciones reales, a buenas y malas prácticas, pero que más allá del conocimiento teórico, produzcan mayor recordación (Reficco & Jaén, 2012).

Las cuatro unidades del programa tienen el mismo tratamiento en cuanto a su desarrollo.

- En la primera clase de cada unidad los docentes realizan una presentación dialogada del tema. También efectúan sugerencias sobre la bibliografía que compone la unidad y suministran cuestionarios de auto-evaluación para orientarlos en su lectura.

- Se utilizan las clases siguientes para realizar diferentes actividades grupales tales como la proyección y discusión de vídeos, la realización de ejercicios, la presentación de buenas y malas prácticas y también recibir la visita de algún directivo empresarial y/o funcionario público y/o de alguna ONG reconocida.

- En ese lapso deben realizar también algunas tareas individuales tales como envío a la plataforma educativa Moodle© de artículos periodísticos afines a los temas objeto de estudio. Conforme las unidades desarrolladas puede corresponder también la presentación de algún informe individual breve.

- Cada unidad finaliza con la presentación conjunta y participativa de todos los documentos cuya lectura se sugirió al efectuar la presentación dialogada de la unidad. De esta forma los alumnos resultan evaluados a través de su participación permanente en todas las clases del cuatrimestre: al enviar sus artículos periodísticos y/o sus informes individuales, al participar en las presentaciones bibliográficas y/o en las discusiones de vídeos, al realizar los trabajos prácticos, al consultar a los invitados y también al brindar su opinión sobre los temas que se van desarrollando en las sucesivas clases. Los docentes tienen el trabajo previo de preparación de materiales y fundamentalmente de seguimiento de los alumnos durante el cursado. Una consideración adicional merece la actividad individual relativa a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que comienza a

ejecutarse durante la primera unidad temática y se extiende hasta la finalización del cuatrimestre.

Los cursantes asisten a la presentación del tema por parte de los docentes y luego de ello se les solicita:

- La presentación de un informe breve en el cual deberán ofrecer alguna idea para el desarrollo de su barrio/localidad que esté vinculada con alguno de los 17 ODS, que resulte de aplicación factible y donde deberán indicar antecedentes consultados; aliados estratégicos; condicionantes previos requeridos y resultados/impactos esperados. Disponen de 2 meses para su elaboración.
- Un mes antes del vencimiento del plazo previsto para su entrega, se efectúa una encuesta obligatoria utilizando Google Form © en donde darán cuenta de la tarea emprendida y del avance logrado. Desde la cátedra se utiliza este recurso para conocer el estado de desarrollo y también para colaborar en la resolución de dificultades que pudieran enfrentar.
- En la fecha prevista se reciben los informes individuales. Todos aquellos que cumplan acabadamente con las consignas y además demuestren creatividad en su propuesta y factibilidad de aplicación son invitados a preparar un vídeo de hasta 2 minutos para presentar su idea a los restantes compañeros del curso.

El desarrollo de esta propuesta exige contar con diferentes tipos de recursos didácticos que hagan factible la misma, a saber:

- Recursos convencionales tales como libros de texto, desarrollos académicos, documentos emitidos por diferentes Organismos, tanto nacionales como internacionales. Resultan de especial interés los artículos periodísticos para apreciar la aplicación espacio-temporal de cada uno de los temas incluidos en el programa.
- Recursos audiovisuales entre los cuales pueden mencionarse presentaciones visuales, micro-programas radiales, vídeos cortos, conferencias de reconocidos especialistas, documentales y presentaciones de organismos oficiales tales como Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y otros similares.
- Tecnologías digitales representadas a través de plataformas informáticas, páginas web y redes sociales.

### **3. La experiencia en investigación**

Los docentes participan en actividades de investigación persiguiendo distintas finalidades, e.g.: profundizar y actualizar el estudio de los diferentes documentos, particularmente de quienes ingresan a la cátedra; indagar acerca de la realidad local en este tema, tanto a nivel empresarial como de las ONG y organismos públicos; y enriquecer la labor docente en el aula universitaria, entre otras. Algunos de los proyectos son los que se indican seguidamente:

- Comportamiento social de agroindustrias: las motivaciones radicaron en conocer si: (a) la comunidad que habitamos se ha interiorizado acerca de la RS; (b) las empresas lo han incorporado a sus objetivos y políticas, o si se trata de meros actos de carácter filantrópico, y (c) las acciones que ellas realizan conciben con las aspiraciones que sobre el particular tienen los integrantes de la comunidad. Se trabajó con establecimientos transformadores de materias primas provenientes de la actividad agropecuaria durante el período 2005-2006. Salvo la ONG defensora de los derechos de los consumidores y las cámaras empresarias consultadas, en los restantes grupos de interés, no todos los entrevistados manifestaron conocer sobre el significado de este concepto. Un capítulo aparte merecen los consumidores dado que menos de la mitad de la muestra ha escuchado hablar sobre el tema. El estudio permitió conocer qué estaban realizando las empresas del sector en cada una de las categorías y atributos consultados, como también cuáles eran, para cada uno de ellos, las expectativas de los grupos de interés con los que se estableció la relación. (Toscana, Ortiz & Lagier, 2008).

- RSE y sistemas de información: se buscó conocer las implicaciones que genera a la empresa, desde el punto de vista de sus sistemas de información, la incorporación de un enfoque de RS. Se analizaron: los modelos conducentes a la identificación de los grupos de interés; los principales sistemas de información propuestos por la doctrina para comunicar el desempeño socio-ambiental (AA1000, Guía GRI, Indicadores Ethos, SGE 21 y Balance Social de la OIT); la calidad de la información presentada a través de los reportes de sostenibilidad y la posibilidad de incorporar la gestión socio-ambiental de la empresa a su sistema de información para el control de gestión. Como principales aportes se efectuó un análisis comparativo de los distintos sistemas de información con el fin de facilitar la selección de uno u otro conforme los propósitos organizacionales y se determinó la forma en que una empresa puede incorporar los objetivos estratégicos relativos a la gestión socio ambiental al cuadro de mando integral (CMI). (Ortiz, Lagier, Urriza, Della Valentina & Genovese, 2012).

- Conocimiento, aplicación y difusión de la RS: se estableció como objeto de estudio al empresariado Pyme de la localidad donde la universidad está radicada, empleando una metodología cuantitativa. El objetivo de esta investigación fue conocer la importancia que el sector le asigna a la RS en sus respectivos negocios, así como también lo que manifiestan aplicar y difundir de sus acciones, resultados e impactos conseguidos entre sus públicos de interés. Los resultados permitieron reflexionar acerca del estado de evolución en que se encuentra gran parte de las empresas consultadas, esto es un estadio de desarrollo anterior a -o en tránsito hacia- la “empresa con orientación a la RSE” (Kliksberg, 2013), y de esta forma trabajar en el diseño de estrategias tendientes a incorporar la RS a la agenda de toma de decisiones cotidianas (Ortiz, Lagier & Della Valentina, 2016).

- Estrategias de RS para Pymes de Bahía Blanca: este segundo estudio tuvo como finalidad complementar los resultados comentados en el párrafo anterior. En esta ocasión se utilizó un enfoque cualitativo el cual enfatiza lo local y tiene por objetivo profundizar el conocimiento de la situación, aunque no necesariamente generalizar sus resultados. Para estudiar el tema, se definieron tres categorías para realizar su análisis: las intenciones de las empresas en cuanto a incorporar la RS a la gestión, los conocimientos que sobre la temática tienen y las prácticas que implementan. Cada categoría, a su vez, se desagregó en tres dimensiones. Se trató de indagar las mismas dimensiones en las cuatro Pymes analizadas definiendo una escala observacional en función del nivel de adhesión a las categorías y dimensiones establecidas. Los resultados alcanzados en la investigación cuantitativa difirieron en grado significativo de lo deseable, en cuanto a la importancia que se asigna a la RS y más aún en su aplicación y comunicación. A su turno, el estudio cualitativo efectuado confirmó y profundizó la conclusión anterior. Se propusieron alternativas conducentes a lograr las mejoras que posibiliten la incorporación de este tema a las Pymes estudiadas, e incluso la utilización de las mismas estrategias en aquellas otras Pymes no incluidas en este estudio pero que observen similares falencias. (Pasquaré, Klappenbach & Cafaro, 2016).

- RS. Propuesta formativa en el ámbito del DCA-UNS: el grupo está abocado a un nuevo proyecto que busca efectuar una propuesta formativa tendiente a intensificar la toma de conciencia de los participantes sobre la importancia y urgencia que demanda la consideración de la RS por parte de los diferentes actores sociales. A partir de la tendencia a incorporar nuevas tecnologías de información en el proceso de enseñanza aprendizaje, esta propuesta integrará la clásica formación presencial en el aula con la utilización de la

virtualidad en el proceso formativo. Además, se pretende extender su utilización, adecuación mediante, a diferentes demandas conforme el desarrollo que las actividades de extensión y vinculación con el medio vienen adquiriendo dentro de la dinámica del Departamento de Ciencias de la Administración. (Ortiz, Della Valentina, Rivero & Lagier, 2018).

#### **4. La experiencia en extensión**

En el año 2011 nuestra cátedra fue invitada a participar de la coordinación local del Programa de Formación Ética para el Desarrollo “Amartya Sen” cuya planificación y coordinación general estuvo a cargo de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA y en el cual participaron aproximadamente 25 universidades nacionales. Este Programa se federalizó en 2011 y si bien inicialmente tenía una duración de tres años, su vigencia se prolongó hasta finales del año en curso, 2018.

Inicialmente contó con la aprobación del Consejo de Decanos de Facultades de Ciencias Económicas (CODECE) y tuvo el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). Estaba destinado a alumnos próximos a graduarse o egresados recientes de las carreras de Ciencias Económicas con el objetivo de contribuir a su formación en nuevas áreas del conocimiento gerencial con perspectiva ética y de desarrollo humano.

Cada cohorte tenía una duración de un año y durante su transcurso los participantes asistían al desarrollo de clases teóricas y al relato de experiencias por parte de organizaciones sociales de la comunidad, i.e. funcionarios públicos y de la universidad, como también de empresarios y/o directivos de empresas en temas afines a los contenidos del Programa.

Los participantes trabajaban también en la elaboración de un proyecto social durante todo el año y en el momento de finalización de la cohorte efectuaban su puesta en común. Fruto de este Programa surgió el primer voluntariado de esta unidad académica denominado “VIAS – Vinculación y Asistencia Técnica a ONG” que fuera acreedor a un proyecto de extensión aprobado por el Consejo Superior Universitario (Resol. 72/12) y que posteriormente se constituyó en el antecedente para que se reglamentara la realización de Prácticas Profesionales Supervisadas (PPS) en organizaciones sociales. Entre las ONG que recibieron su asistencia técnica pueden mencionarse la Granja de Economía Social “Los Tamariscos” perteneciente a Cáritas Arquidiocesanas, la ONG

“Soñar, crear y hacer”, la Asociación de Lucha contra el Mal de Alzheimer (ALMA), entre otras. También tuvo lugar un ciclo radial por la emisora local AM-1240 Radio Universidad, denominado “ComprometeRSE” en el que los participantes buscaban generar conciencia respecto al desarrollo sostenible en todas sus manifestaciones. En este ciclo se incluían temas de Ética para el desarrollo, RSE, Sustentabilidad ambiental, Empleo joven, Economía social y Cooperativas, Derechos del Consumidor y RSU. En cada ocasión actuaba como co-conductor alguno de sus integrantes quien recibía la visita de un invitado especial. La iniciativa requirió el desarrollo de un taller sobre la elaboración de guiones radiales y contó, además, con la colaboración de expertos en el tema vinculado a la formación en valores. Los participantes colaboraron en la organización de dos Encuentros Regionales del Programa, en 2013 y en 2017. Estas reuniones buscaban facilitar el intercambio de ideas y la comunicación entre sus integrantes, así como conocer las realidades de cada Universidad. Asistieron representantes de las Universidades Nacionales del Comahue, de la Patagonia San Juan Bosco, de La Pampa, del Centro de la Provincia de Buenos Aires, de Lomas de Zamora, de La Plata y UBA. Los participantes asistían, además, a actividades de inicio y cierre de cada cohorte, las que eran organizadas por la Coordinación Nacional de Programa. Para terminar, todos los integrantes de la cátedra EyRS han participado de este Programa, dos de ellos como asistentes; el restante como coordinador.

## **5. Conclusiones**

Al comenzar este documento se hizo énfasis en la importancia que la responsabilidad social ha adquirido en la actualidad como motor orientado hacia el desarrollo sostenible, es decir aquel que en oportunidad de adoptar decisiones no solo considerará criterios utilitaristas guiados por el interés económico, sino que también deberá sopesar cuestiones tales como la equidad social y el cuidado del medioambiente, todo ello pensando en las generaciones futuras.

Es responsabilidad de la universidad de nuestros tiempos contribuir a la formación de profesionales íntegros que, además de su progreso científico-tecnológico, estén preparados para enfrentar los diferentes desafíos éticos y que también experimenten compromiso con el desarrollo humano. Más aún si su preparación es en las disciplinas incluidas en las ciencias económicas. Del recorrido realizado en este trabajo pueden apreciarse los nuevos saberes que se incluyen en el sentido apuntado y también cómo puede enriquecerse con actividades de investigación conducentes a conocer la realidad

espacial y con las relativas a la extensión, tratando de proyectar esos conocimientos al otro, a la sociedad.

## 6. Referencias bibliográficas

- GALLO, M. A. (1989). *Responsabilidades Sociales dentro y fuera de la empresa*. Revista Empresa N° 89.
- GILLI, J. J. (2011). *Ética y empresa*. Granica: Buenos Aires.
- KLIKSBERG, B. (2006). *Ética empresarial: ¿moda o demanda imparable?* Fundación Carolina: España.
- ORTIZ, R.; LAGIER, M.C.; URRIZA, M.N.; DELLA VALENTINA, F. & GENOVESE, C. (2012). “Responsabilidad Social Empresarial y Sistemas de Información – 2° Informe”. *Jornadas de Difusión 2012 de Proyectos de Investigación y Tesis de Posgrado – Áreas Contabilidad y Administración*. Bahía Blanca: Induvio Editora, 1era. Edición, pp. 275-295. Disponible en: <http://es.calameo.com/books/0007245466364b56172c3>
- ORTIZ, R.; LAGIER, M.C. & DELLA VALENTINA, F. (2016). “Importancia y aplicabilidad de la Responsabilidad Social en Pequeñas y Medianas Empresas de Bahía Blanca, Argentina”. *Revista ADENAG*, vol. 1 (6), pp. 21-31. Disponible en: <http://www.adenag.org.ar/revista/revista/>
- ORTIZ, R.; DELLA VALENTINA, F.; RIVERO, A., & LAGIER, M. (2018). “La RSE en la enseñanza de la Administración. El uso de las TIC y los Objetivos de Desarrollo Sostenible”. *34 Congreso Nacional ADENAG*. Universidad Nacional de Mar del Plata. Disponible en: <http://adenag.org.ar/Adenag/storage/app/public/trabajos/65//CY61poNyEAF515ZaUIjsz wOZeqlRSeMqtFx7yvY.pdf>
- PASQUARÉ, C.; KLAPPENBACH, G. & CAFARO, F. (2016). “La RSE en pymes de Bahía Blanca desde la voz del gestor”. III Congreso Latinoamericano de Administración y VI Encuentro Internacional de Administración de la Región Jesuítico Guaraní. Universidad Nacional de Misiones. Disponible en: <http://www.conlad.com.ar/trabajos-aprobados-en-el-conlad-2016/>
- REFICCO, E. & JAÉN, M. H. (2012). “Enseñanza de la Responsabilidad Social Empresarial y la Metodología de Aprendizaje Centrado en el Participante”. En Licha, I. (Ed.) *Enseñanza de la RSE. Retos de las Universidades en Iberoamérica*. Ed. Sudamericana – PNUD – AECID: Buenos Aires.

- SARAVIA, F. & ESCOBAR, J. (2010). *Hacia una democracia socialmente responsable: una reflexión desde la Universidad pública*. Ed. Prometeo Libros: Buenos Aires.
- TOSCANA, L.; ORTIZ, R. & LAGIER, M. (2008). “Un análisis sobre responsabilidad social a partir de empresas agroindustriales y sus stakeholders”. *Revista de la Escuela de Perfeccionamiento en Investigación Operativa*, Año XVI (29), Sección Ensayos, pp. 61-74.

